

Недобросовестная конкуренция и конкурентная разведка: проблемы квалификации

Аннотация. В статье рассматриваются проблемы юридической квалификации форм поведения хозяйствующих субъектов, известных под литературными названиями конкурентной разведки и промышленного шпионажа. Анализ действующего российского законодательства показывает, что в отечественном правовом пространстве не существует самостоятельных юридических понятий конкурентной разведки, равно как и промышленного шпионажа. Однако как первая, так и вторая имеют место на уровне фактических явлений, объективно присущих как национальной, так и транснациональной конкурентной предпринимательской среде. Чтобы установить их соотношение с легальным понятием недобросовестной конкуренции предлагается модель, в основу которой положен объективный критерий доступности передаваемых, собираемых или хранящихся в целях передачи сведений. Согласно такому подходу, все указанные сведения могут находиться в трех самостоятельных режимах: режиме общедоступности, режиме конфиденциальности (режиме ограниченного доступа), режиме секретности (режиме специального доступа). Каждый из указанных режимов может быть охарактеризован с точки зрения наличия или отсутствия дозволенного обладателем соответствующих сведений доступа к различного рода информационным ресурсам. В статье, кроме того, содержатся критические оценки некоторых норм действующего законодательства и позиции отдельных специалистов в области конкурентной разведки.
Ключевые слова: недобросовестная конкуренция, коммерческая тайна, государственная тайна, конкурентная разведка, промышленный шпионаж.



**Олег Александрович
ГОРODOV,**

профессор кафедры
коммерческого права
Санкт-Петербургского
государственного
университета, доктор
юридических наук,
профессор
gorodovoleg@gmail.com
199106, Россия,
г. Санкт-Петербург,
22-я линия В. О., д. 7

DOI: 10.17803/2311-5998.2022.95.7.077-084

OLEG A. GORODOV,

Professor, Department of Commercial Law,
St. Petersburg State University,
Dr. Sci. (Law), Professor

gorodovoleg@gmail.com

7, 22nd line V. O., St. Petersburg, Russia, 199106

Unfair competition and competitive intelligence: problems of qualification

Abstract. The article deals with the problems of legal qualification of the forms of behavior of economic entities known under the literary names of competitive intelligence and industrial espionage. An analysis of the current Russian legislation shows that in the domestic legal space there are no

© О. А. Городов, 2022

independent legal concepts of competitive intelligence, as well as industrial espionage. However, both the first and the second take place at the level of actual In order to establish their relationship with the legal concept of unfair competition, a model is proposed, which is based on an objective criterion for the availability of information transmitted, collected or stored for the purpose of transmission. According to this approach, all the specified information can be in three independent modes: public mode, confidentiality mode (limited access mode), secrecy mode (special access mode). Each of these modes can be characterized in terms of the presence or absence of access to various kinds of information resources allowed by the owner of the relevant information. In addition, the article contains critical assessments of certain norms of the current legislation and the position of individual specialists in the field of competitive intelligence.

Keywords: *unfair competition, commercial secret, state secret, competitive intelligence, industrial espionage.*

В практике хозяйственной деятельности существует множество форм деятельности, способных вследствие несовершенства законодательства оказывать негативное влияние на конкуренцию. К числу таких форм при определенных обстоятельствах может быть отнесена широко освещаемая и разрекламированная в настоящее время деятельность, именуемая в литературе *конкурентной разведкой*. Рассмотрим этот феномен с точки зрения его оценки как одной из возможных форм недобросовестной конкуренции. Указанная деятельность, ее цели, задачи, особенности ведения, положительные и отрицательные стороны открывают возможности для множества оценочных суждений специалистов на страницах различного рода изданий¹.

Существует не один десяток разных определений конкурентной разведки, известной также как коммерческая, бизнес-, корпоративная, деловая, негосударственная разведка. В обобщенном виде их можно свести к одному определению, которое, на наш взгляд, отражает наиболее существенные стороны этого явления. *Конкурентная разведка* представляет собой комплекс легальных мероприятий, проводимых частной организацией посредством использования специальных методов с целью сбора и обработки информации из различных источников, которая необходима для выработки и принятия управленческих решений с целью повышения конкурентоспособности хозяйствующего субъекта. Указанные

¹ См., например: Ющук Е. Л. Конкурентная разведка. Маркетинг рисков и возможностей. М., 2006 ; Доронин А. И. Бизнес разведка. М., 2003 ; Ярочкин В. И., Бузанова Я. В. Корпоративная разведка. М., 2004 ; Миркин С. Конкурентная разведка или промышленный шпионаж // URL: <https://www.cfn.ru> ; Дроздова Л. А. Конкурентная разведка и промышленный шпионаж // URL: <https://scienceforum.ru> ; Каболов А. И. Промышленный шпионаж и конкурентная разведка в деятельности предприятий // URL: <https://cyberleninka.ru> ; Ермаков А. Деловая разведка: зачем и как следить за конкурентами // URL: <https://kontur.ru> ; Березин И. С. Промышленный шпионаж, конкурентная разведка, бенчмаркинг и этика цивилизованного бизнеса // URL: <https://marketinginform.ru>.

мероприятия обычно проводят специализированные подразделения крупных корпораций, которые скрытно действуют силами специалистов, числящихся по штатному расписанию, например, в отделе маркетинга.

Коммерческая потребность ведения конкурентной разведки, на наш взгляд, может быть охарактеризована как форма зависимости хозяйствующего субъекта от объективных условий его существования, сложившихся в сфере его деятельности. Указанная зависимость возникает вследствие многих факторов, таких как поведение конкурентов и их контрагентов, возможное появление на рынке новых технических средств и технологических приемов, появление новых рынков сбыта продукции или условий инвестирования, изменение торговой или промышленной политики и др.

Ключевыми признаками ведения конкурентной разведки чаще всего называют ее легитимный характер, осуществление проводимых мероприятий в рамках правового поля и соблюдения этических норм. Наличие указанных признаков позволяет отграничить мероприятия, осуществляемые при ведении конкурентной разведки, от мероприятий, которые могут квалифицироваться как промышленный шпионаж. По поводу последнего в открытых русскоязычных источниках высказывается множество далеко не бесспорных точек зрения, основанных преимущественно на материалах, опубликованных в зарубежных изданиях, а не на анализе отечественного законодательства.

Обратим внимание на некоторые из них, предварительно сделав оговорку о том, что в рамках настоящей статьи мы не будем касаться тематики промышленного шпионажа (экономической государственной разведки), который ведется в интересах государства и крупного бизнеса государственными спецслужбами.

Под промышленным шпионажем в литературе чаще всего понимают мероприятия по незаконному получению и разглашению сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну (незаконному добыванию информации)². Осуществление указанных мероприятий по смыслу правил, закрепленных в гл. 22 УК РФ, может быть квалифицировано как преступление в сфере экономики. Так, согласно ч. 1 ст. 183 УК РФ собирание сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным незаконным способом — наказывается штрафом в размере до пятисот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до одного года, либо исправительными работами на срок до одного года, либо принудительными работами на срок до двух лет, либо лишением свободы на тот же срок.

Отождествление промышленного шпионажа с незаконным получением и разглашением сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну (если только не понимать под ним некий литературный, а не юридический термин), представляется ошибочным по следующему основанию. В основу явления, обозначаемого юридически безразличным словосочетанием «промышленный шпионаж», положено юридически значимое понятие «шпионаж», под которым законодатель в ст. 276 УК РФ понимает передачу, собирание, похищение или хранение в целях передачи иностранному государству, международной либо

² См., например: *Миркин С.* Указ. соч. ; *Дроздова Л. А.* Указ. соч.



иностранной организации или их представителям сведений, составляющих государственную тайну, а также передача или собирание по заданию иностранной разведки или лица, действующего в ее интересах, иных сведений для использования их против безопасности РФ, если эти деяния совершены иностранным гражданином или лицом без гражданства.

Легко увидеть, что субъектом преступления в данном случае может признаваться иностранный гражданин или лицо без гражданства. Субъект же преступления по ч. 1 ст. 183 УК РФ — лицо, достигшее шестнадцатилетнего возраста, а по ч. 2 — лицо, которому информация, находившаяся в режиме той либо иной тайны, была доверена или стала известна по службе или работе.

Юридическая модель понятия шпионаж, используемая законодателем в ст. 276 УК РФ, перекликается в данном случае с обыденным его понятием шпионажа, под которым, как правило, понимают добывание одним государством силами своих спецслужб секретов другого государства.

Поэтому ошибочно камуфлировать под шпионаж, в том числе коммерческий, незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну. Шпионаж здесь, конечно, может иметь место, но при условии, что собираемые сведения находятся в режиме не коммерческой, а государственной тайны. Это уже касается российских граждан и граждан с двойным гражданством, для которых уголовное наказание по смыслу ст. 275 УК РФ может наступить за государственную измену, включающую шпионаж и выдачу иностранному государству, международной либо иностранной организации или их представителям сведений, составляющих государственную тайну.

Еще одной неточностью является утверждение о том, что промышленный шпионаж выступает как одна из форм недобросовестной конкуренции³. В данном случае авторы подобного утверждения не замечают границ между предметными сферами отечественного уголовного и гражданского права, поскольку право на пресечение недобросовестной конкуренции еще со времен принятия Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. отнесено к объектам охраны промышленной собственности как важнейший юридический инструмент, дополняющий возможности защиты, предоставляемые исключительными правами на охраняемые объекты.

Кроме того, согласно ст. 2 Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности, права, относящиеся к защите против недобросовестной конкуренции, включены в качестве элемента в конвенционное понятие интеллектуальной собственности. Имплантация на практике института недобросовестной конкуренции в предметную сферу российского антимонопольного законодательства, носящего в значительной степени публичный характер, привела к искажению частноправового начала указанного института, что, по нашему мнению, является далеко не оптимальным юридическим приемом, который использовал в свое время законодатель.

На наш взгляд, оптимальная модель правового регулирования отношений в сфере пресечения недобросовестной конкуренции реализована в германском

³ Миркин С. Указ. соч. ; Дроздова Л. А. Указ. соч. ; Каболов А. И. Указ. соч.

законодательстве посредством введения в действие отдельного закона против недобросовестной конкуренции.

Анализ действующего российского законодательства показывает, что в отечественном правовом пространстве не существует самостоятельных юридических понятий конкурентной разведки и промышленного шпионажа. Однако как первая, так и вторая имеют место на уровне фактических явлений, объективно присущих как национальной, так и транснациональной конкурентной предпринимательской среде. Чтобы установить их соотношение с легальным понятием недобросовестной конкуренции, мы можем предложить модель, в основу которой положен объективный критерий доступности передаваемых, собираемых или хранящихся в целях передачи сведений. Согласно такому подходу, все указанные сведения могут находиться в трех самостоятельных режимах: общедоступности; конфиденциальности (режим ограниченного доступа); секретности (режим специального доступа).

Общедоступный режим характеризуется наличием свободного доступа к различного рода информационным ресурсам. В общедоступном режиме, например, находятся сведения, публикуемые средствами массовой информации, в том числе путем использования сети Интернет, сведения о результатах интеллектуальной деятельности, публикуемые Роспатентом в официальных документах.

Режим конфиденциальности (режим ограниченного доступа) характеризуется отсутствием свободного доступа к тем либо иным сведениям на законных к тому основаниях и наличием единственно возможного для закрытия того либо иного информационного ресурса юридического механизма, обозначаемого понятием тайны, меры по установлению которой на основании закона принимаются хозяйствующим субъектом. По данным, приводимым в литературе, в настоящее время в законодательных и подзаконных нормативных актах, действующих в России, фигурирует более 50 видов тайн, и их число продолжает расти⁴.

Режим секретности (режим специального доступа) характеризуется отсутствием свободного доступа к тем либо иным сведениям и наличием специфических мер государственной защиты определенных законом категорий сведений, разглашение которых может нанести ущерб безопасности Российской Федерации, субъектам РФ или отдельным организациям.

Очевидно, что мероприятия по сбору и обработке информации, находящейся в общедоступном режиме, осуществляемые в рамках проведения конкурентной разведки, подразумеваемой по умолчанию легитимным занятием, не могут по смыслу п. 9 ст. 4 Закона «О защите конкуренции» (далее — Закон о конкуренции) квалифицироваться как акты недобросовестной конкуренции. К таким мероприятиям, например, будут относиться исследование и определение тенденций развития области техники и научно-технического задела фирм-конкурентов, выявление результатов научно-технических исследований конкурентов, которые были опубликованы в открытых источниках, но не защищены охранными документами, мониторинг ценовой политики конкурента и определение структуры расходов на научные исследования, посещение семинаров, конференций, выставок и презентаций, проводимых конкурентами.

⁴ Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А. Информационное право : учебник / под ред. Б. Н. Топорнина. СПб., 2005. С. 345.



Сложнее обстоит дело с оценкой сбора и обработки информации, которая находится в режимах коммерческой, налоговой, банковской и иных видов тайны, кроме государственной. Здесь все зависит от точности квалификации действий по незаконному получению, использованию и разглашению информации, составляющей коммерческую или иную охраняемую законом тайну (ст. 14.7 Закона о конкуренции), и действий по незаконному получению и разглашению сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну (ст. 183 УК РФ).

Термин «получение информации» действующим законодательством о защите конкуренции не раскрывается, а основные базовые понятия, используемые для целей Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁵ и Федерального закона «О коммерческой тайне»⁶ в содержательном плане далеки от их непосредственного применения для интерпретации указанного термина в отношении информации, составляющей иную тайну, помимо ее коммерческой разновидности.

Термин «использование информации» в действующем законодательстве также не раскрывается. Попытки доктринального толкования указанного термина предпринимались, в частности, В. А. Дозорцевым⁷. По его мнению, «суть информационных отношений обусловлена тем, что их непосредственная цель заключается не в традиционном для экономического оборота использовании результата, а в его познании. Использованию должно предшествовать ознакомление, на пути которого встают проблемы, различающиеся в зависимости от того, являются ли сведения общедоступными или конфиденциальными. Но во всех случаях ознакомление и использование — это две стадии, первоначально не дифференцированные... Использование, как отмечалось, — это действия по практическому применению интеллектуального продукта, сведений, воплощенных в материальных носителях или в иной объективной форме (материальные носители не всегда обязательны), а также операции с этим продуктом, включая технологии»⁸.

Действительно, термин «использование информации» следует рассматривать в двух значениях. В первом значении это распоряжение сведениями с точки зрения определения их юридической и фактической судьбы. Во втором значении это применение соответствующих сведений исходя из их содержания, например путем использования секрета производства при изготовлении изделий и реализации экономических или организационных решений. Применительно к иной, чем ноу-хау, информации конфиденциального характера в конструкции использования ничего не меняется.

Таким образом, незаконным использованием информации конфиденциального характера следует считать распоряжение полученными сведениями, а также их применение без согласия обладателя сведений или за пределами обусловленного сторонами сделки объема применения.

⁵ СЗ РФ. 2006 № 31. Ст. 3448

⁶ СЗ РФ. 2004 № 32. Ст. 3283

⁷ См.: Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: понятие, система, задачи кодификации : сб. статей. М., 2003. С. 124—137; 224—237.

⁸ Дозорцев В. А. Указ. соч. С. 125.

Незаконное использование конфиденциальных сведений может иметь место как при использовании законно полученных сведений, так и при использовании сведений, полученных незаконным путем.

Термин «разглашение информации» применительно к конфиденциальной ее разновидности может быть раскрыт через понятие «разглашение информации, составляющей коммерческую тайну», сформулированное в п. 9 ст. 3 Федерального закона «О коммерческой тайне». Согласно указанной норме разглашение информации, составляющей коммерческую тайну, представляет собой действие или бездействие, в результате которых информация, составляющая коммерческую тайну, в любой возможной форме (устной, письменной, иной форме, в том числе с использованием технических средств) становится известной третьим лицам без согласия обладателя такой информации либо вопреки трудовому или гражданско-правовому договору.

Очевидно, что применительно к форме (акту) недобросовестной конкуренции юридически значимым элементом поведения лица, разглашающего конфиденциальную информацию, будет *только действие*. Поэтому приведенное определение при квалификации рассматриваемого акта недобросовестной конкуренции следует применять с учетом характера поведения лица, разглашающего информацию, находящуюся в режиме коммерческой или иной тайны.

Следует отметить, что включение в число форм (актов) недобросовестной конкуренции действий по незаконному получению, использованию, разглашению закрытой информации является далеко не бесспорным решением законодателя, корректная реализация которого в рамках правоприменительной практики представляется далеко не простым делом. Поводом для такой оценки является не только содержательное пересечение недобросовестных конкурентных действий с преступными деяниями, но и наличие существенных пробелов в правовом регулировании отношений, складывающихся в достаточно «серой» зоне иных, «охраняемых» законом тайн.

Критерии их оценки, установленные законодателем, слишком неопределенны, растяжимы и субъективны. Для восполнения указанных упущений и в целях совершенствования законодательства о защите конкуренции, как представляется, необходимы специальный анализ значительного массива нормативного и фактического материала различной отраслевой принадлежности и выявление имеющихся в нем противоречий и несоответствий логике оценки недобросовестности в поведении хозяйствующего субъекта⁹.

Оба рассмотренных выше действий, включающих получение, сбор, использование или разглашение конфиденциальной информации для целей признания их актом недобросовестной конкуренцией или преступлением, рассматриваются законодателем с позиций как Закона о конкуренции, так и УК РФ противоправными. А раз это так, то осуществление указанных действий не должно входить в арсенал способов добывания информации, используемых конкурентной разведкой. Если говорить о промышленном шпионаже, то выше мы уже показали некорректность применения этого термина исходя из ст. 183 УК РФ.

⁹ См.: Недобросовестная конкуренция : учебно-практическое пособие / О. А. Городов, А. В. Петров, Н. А. Шмигельская ; под ред. О. А. Городова. М., 2020. С. 103—112.



Что касается операций с информацией, находящейся в режиме государственной тайны, то они подчиняются специальным правилам, обусловленным специальным инструментарием обеспечения безопасности государства, который нацелен в том числе на предотвращение утечки закрытых сведений и несанкционированного доступа к ним. Среди таких сведений, сгруппированных в ст. 5 Закона РФ «О государственной тайне»¹⁰ по основанию принадлежности к той либо иной области деятельности государства в четыре предельно обобщенные группы, могут оказаться после соответствующих процедур засекречивания и сведения, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность¹¹.

Таким образом, указанные сведения могут находиться в одном из двух режимов, а именно: в режиме государственной тайны или в режиме тайны коммерческой. Во втором случае эти сведения, например данные о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, будут именоваться секретами производства (ноу-хау). Юридическая квалификация незаконного получения, использования и разглашения таких сведений будет зависеть не от их содержания, а от режима, в котором они находились. Если они находились в режиме коммерческой тайны, то налицо акты недобросовестных конкурентных действий, а в случае сбора таких сведений незаконным способом — это преступление. Если сведения находились в режиме государственной тайны, а операция с ними была незаконной с позиций уголовного закона, то это деяние должно квалифицироваться как преступление.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. *Бачило И. Л., Лопатин В. Н., Федотов М. А.* Информационное право : учебник / под ред. Б. Н. Топорнина. — СПб., 2005.
2. *Березин И. С.* Промышленный шпионаж, конкурентная разведка, бенчмаркинг и этика цивилизованного бизнеса // URL: <https://marketinginform.ru>.
3. *Доронин А. И.* Бизнес-разведка. — М., 2003.
4. *Дроздова Л. А.* Конкурентная разведка и промышленный шпионаж // URL: <https://scienceforum.ru>.
5. *Ермаков А.* Деловая разведка: зачем и как следить за конкурентами // URL: <https://kontur.ru>.
6. *Каболов А. И.* Промышленный шпионаж и конкурентная разведка в деятельности предприятий // URL: <https://cyberleninka.ru>.
7. *Миркин С.* Конкурентная разведка или промышленный шпионаж // URL: <https://w/w/w/cfn.ru>.
8. Недобросовестная конкуренция : учебно- практическое пособие / О. А. Городов, А. В. Петров, Н. А. Шмигельская ; под ред. О. А. Городова. — М., 2020.
9. *Ющук Е. Л.* Конкурентная разведка. Маркетинг рисков и возможностей. — М., 2006.

¹⁰ СЗ РФ. 1997. № 41. Ст. 4673.

¹¹ См.: Правила отнесения сведений, составляющих государственную тайну, к различным степеням секретности, утвержденные постановлением Правительства РФ от 4 сентября 1995 г. № 870 (с изм. от 30 октября 2021 г.) // СЗ РФ. 1995. № 37. Ст. 3619.