

УДК 346.7

Секрет производства (ноу-хау) как охраняемый результат интеллектуальной деятельности предпринимателей

Канд. юр. наук **Яблокова И.В.** ilonay@list.ru
Санкт-Петербургский филиал НИУ «Высшая школа экономики»
190008, Россия, Санкт-Петербург, ул. Союза Печатников, 16
Д-р экон. наук, профессор **Волков С.Д.** sdvspb@mail.ru
Ленинградский областной институт развития образования
197136, Россия, Санкт-Петербург, Чкаловский проспект, 25-А

В статье автор рассматривает секрет производства (ноу-хау) как охраняемый результат интеллектуальной деятельности предпринимателей, проводит лексикографическое исследование значений слов и выражений, определяющих терминологию изучаемого объекта, сравнительное исследование изучаемого объекта с характеристиками смежных результатов интеллектуальной деятельности и выделяет его квалифицирующие признаки. Приведенная научная дискуссия, содержащая различные мнения исследователей проблем правового регулирования отношений, складывающихся в сфере использования секретов производства (ноу-хау), выявляет отсутствие единой точки зрения и наличие диаметрально противоположных суждений как в отношении содержания исследуемого объекта интеллектуальных прав, его характеристик, так и в вопросе об определении авторства на секрет производства (ноу-хау). В статье сделан акцент на тот факт, что секрет производства (ноу-хау) является охраняемым результатом интеллектуальной деятельности предпринимателей при отсутствии признака исключительности. Под признаком исключительности автор понимает способность исключать каких-либо лиц от использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Основной отличительной особенностью ноу-хау является его конфиденциальность. Конфиденциальные сведения, составляющие ноу-хау, будут иметь правовую охрану в силу их коммерческой ценности, неизвестности их третьим лицам, отсутствия к ним свободного доступа на законном основании и введенного в отношении них режима коммерческой тайны. В тоже время утрата конфиденциальности ноу-хау приводит к прекращению исключительного права на секрет производства у всех правообладателей ноу-хау, что свидетельствует об отсутствии признака исключительности в праве на ноу-хау.

Ключевые слова: секрет производства, ноу-хау, результат интеллектуальной деятельности, предприниматель, коммерческая тайна, конфиденциальность сведений, интеллектуальные права.

doi:10.17586/2310-1172-2016-9-1-144-154

The know-how protected as a result of intellectual activity of entrepreneurs

Ph.D. **Yablokova I.V.** ilonay@list.ru
NIU «Higher School of Economics» St. Petersburg branch
190008, Russia, St. Petersburg, Soyuz St. of Pechatniki, 16
D.Sc. professor **Volkov S.D.** sdvspb@mail.ru
Leningrad regional institute of a development of education
197136, Russia, St. Petersburg, Chkalovsky Avenue, 25–A

In article the author considers the production secret (know-how) as the protected results of intellectual activities of entrepreneurs, performs a lexicographical study of the meanings of words and expressions that define the terminology of the object under study, comparative study object with characteristics related to the results of intellectual activity and allocates its qualifying features. Given a scientific discussion, containing different views of researchers of problems of legal regulation of relations arising in the use of trade secrets (know-how), reveals the lack of a unified point of view and the presence of diametrically opposite judgments as to the content of the investigated object of intellectual property rights, its characteristics, and in the matter of the determination of authorship of the secret of production (know-how). The article focuses on the fact that the secret of production (know-how) is a protected results of intellectual activities of entrepreneurs in the absence of a sign of exclusivity. Under the sign of exclusivity the author understands the ability to exclude any person from the use of protected results of intellectual activity. The main feature of know-how is its privacy. Confidential information constituting know-how, will have legal protection because

of their commercial value, unknown to third parties, lack of access to legally and imposed on them the commercial secrecy regime. At the same time the loss of confidentiality of know-how leads to the termination of the exclusive right to a secret of production of all holders of know-how, indicating the absence of a sign of exclusivity the right know-how.

Keywords: production secret, manufacturing secrets, know-how, result of intellectual activity, the entrepreneur, trade secrets, confidential information, intellectual property rights.

Вопросы терминологии возникают на пути каждого исследователя научной проблемы, при этом, общеизвестно, что терминология условна, но, несмотря на ее условность, имеет существенное практическое значение. Понятие «секрет производства» напрямую связано с термином «ноу-хау». Впервые термин «know-how» появился в Соединенных Штатах Америки в 1916 году в судебном решении по делу «Дизенд против Брауна». Словарь-справочник «Интеллектуальная собственность» определяет термин «ноу-хау» как «конфиденциальные знания, включающие сведения технического, экономического, административного, финансового характера, использование которых обеспечивает определенные преимущества лицу, их получившему».[1]

Дословно наименование «ноу-хау» (know how) переводится с английского языка: «знаю, как» (знание дела), что представляет собой сокращение английского выражения «to know how to do it» (знать, как это делать). В литературе «ноу-хау» нередко определяется как «знание и опыт». При этом понимают, что ноу-хау может представлять собой не только техническую, но также организационную и коммерческую информацию, которая касается организации и экономики производства, коммерческой деятельности, финансирования и т.д. Но основной массив ноу-хау составляют полезные технические и технологические сведения, применимые в производстве.

Многие технические решения, квалифицируемые как ноу-хау, отвечают признакам изобретения и являются патентоспособными, но не патентуются разработчиками в интересах секретности, ибо патентование неизбежно «раскрывает» сущность разработки и тем самым новое направление в решении технической задачи, которым конкуренты могут воспользоваться. Но в значительной своей части ноу-хау представляют собой непатентоспособные решения, что, однако, нисколько не умаляет их хозяйственной ценности.

Информация, признаваемая как ноу-хау, имеет конфиденциальный характер и хранится как производственная тайна разработчика. Коммерческая ценность ее как неизвестной третьим лицам информации состоит в технико-экономических преимуществах в производстве и конкуренции на рынке, которые она предоставляет обладателю. К ноу-хау относят также известную в принципе техническую или иную информацию, доступную неопределенному кругу лиц. Коммерческая ее ценность состоит прежде всего в том, что она облечена разработчиком в форму технической или технологической документации,

готовой для непосредственного использования принимающей стороной, но не известной ей.

Представляется, что отнесение тех или иных знаний и опыта к ноу-хау следует производить при использовании следующих критериев:

1. научно-технический и связанный с ним опыт практической деятельности, необходимый для совершенствования производства (новизна по существующему производству), который не является теоретическим знанием и носит коммерческую ценность;

2. конфиденциальность;

3. отсутствие национальной или международной правовой охраны;

4. необходимость специальных знаний для использования.

Объективация ноу-хау может быть представлена:

- путем конкретного перечисления чертежей, инструкций, технологической и другой документации;

- путем исчерпывающего перечисления знаний и опыта, которые будут передаваться в процессе договорных отношений по использованию ноу-хау;

- путем указания видов и объема инженерных и иных расчетов;

- перечнем документов, необходимых для производства и эксплуатации самих изделий.

Следует отметить, что в специальной литературе наблюдается различие взглядов на содержание понятия «ноу-хау». Порой к ноу-хау относят только технические достижения, но чаще всего под ноу-хау понимают любую информацию, отвечающую определенным требованиям как технического, так и нетехнического характера. Вместе с тем, «ноу-хау» рассматривается как синоним коммерческой тайны.[2]

В научно-правовой доктрине нет единой точки зрения в отношении содержания исследуемого понятия. В российской и зарубежных правовых системах высказаны диаметрально противоположные суждения.

Потрашкова О.А. определяет секрет производства (ноу-хау) как специфический объект права, имеющий двойственную правовую природу (объект интеллектуальной собственности и информация, права на которую возникают с момента установления в отношении нее режима коммерческой тайны).[3]

Добрынин О.В. предлагает следующее определение ноу-хау: «ноу-хау» – это конфиденциальная информация (сведения в виде знаний, навыков, результатов разработок и т.д.), охраняемая в режиме коммерческой тайны и имеющая реальную

ценность вне зависимости от неизвестности ее для третьих лиц, обладатель которой принимает адекватные меры к ее охране» [4].

Амелина К.Е. полагает нецелесообразным использование в правовых актах термина «ноу-хау» в качестве синонима понятия «секреты производства», считая, что термин «ноу-хау» может быть использован для обозначения иной, не тождественной «секретам производства», категории объектов, не объединенных действующим законодательством в единую группу, однако допускающих единую правовую охрану, предлагает исключить из текстов правовых актов синонимичность терминов «ноу-хау» и «секреты производства» и формулирует определение ноу-хау следующим образом: «ноу-хау – информация, являющаяся результатом интеллектуальной деятельности, и сохраняемая в тайне ее обладателем» [5].

Ситдииков Р.Б. предлагает исключить из объектов правовой охраны в качестве ноу-хау сведения информационного характера, не являющиеся результатом творческого труда [6].

Гайнуллина З.Ф. рассматривает ноу-хау и коммерческую тайну как необщедоступную информацию и, в свою очередь, развернуто определяет необщедоступную информацию как научно-техническую (в том числе о результатах творческой деятельности), коммерческую, организационную или иную используемую в предпринимательской деятельности информацию, которая обладает действительной или потенциальной ценностью в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и ее обладатель принимает надлежащие правовые, организационные, технические и иные меры по охране ее конфиденциальности (режим коммерческой тайны) [7].

Белов А.П. определяет ноу-хау, как особый вид прав на промышленную собственность, который представляет собой совокупность незапатентованных или непатентоспособных, секретных и несекретных знаний, опыта, навыков или иных сведений всеобщей новизны, которые используются как в технической, так и в любой другой сфере коммерческой деятельности с целью реализации предмета договора и конкретные формы которых определяются продавцом и покупателем ноу-хау в договоре [8].

Акопян А.А. предлагает признать ноу-хау конфиденциальной информацией технического и иного (организационного, управленческого и др.) характера, использование которой дает конкурентные преимущества в силу ее неизвестности третьим лицам вне зависимости от ее патентоспособности, которая может быть получена третьими лицами самостоятельно, и в отношении которой обладателем предпринимателя принимаются меры по ее неразглашению [9].

В свое время Дозорцев В.А. считал, что широко распространенную во всем мире, получившую всеобщую известность категорию «ноу-хау» предпочтительнее называть по-русски «секрет промысла», который определялся им как сведения о

предлагаемых к использованию практических действиях, имеющих ценность в рыночном обороте благодаря сохранению их в тайне [10].

Зенин И.А. в монографическом учебнике по предпринимательскому праву предлагает следующую формулировку исследуемого понятия: «ноу-хау – это неохраняемая конфиденциальная научно-техническая, коммерческая, финансовая и иная информация, обладающая коммерческой ценностью, а также различные производственные навыки и опыт их применения, т.е. информация, существующая только у ее живого носителя» [11].

В зарубежных правовых системах наряду с термином «know-how» (США, Великобритания, Германия) используются термины «trade secret» (деловой секрет) (США), «secret de fabrique» (производственный секрет), «savoir-faire» (ноу-хау) (Франция), в расшифровку понятий которых изначально иностранными учеными и юристами закладывается различающийся существенно либо в нюансах смысл, который в дальнейшем при переводе на русский язык развивается в терминологическую чересполосицу.

Для раскрытия лингвистического смысла словосочетания «секрет производства» обратимся к толковому словарю русского языка [12], который разъясняет первое значение слова «секрет» как «то, что держится в тайне, скрывается от других». Вторым значением слова «секрет» является «тайный способ». В качестве примера, который помогает точнее понять значение слова и иллюстрирует его употребление в речи, приведено сочетание слов «секреты производства».

Само слово «производство» [12, с. 611] толкуется словарем: 1) в том же значении, что и слово «произвести» – сделать, выполнить, устроить; 2) как общественный процесс создания материальных благ, охватывающий как производительные силы общества, так и производственные отношения людей; 3) изготовление, выработка, создание какой-нибудь продукции; 4) отрасль деятельности, вырабатывающая какую-нибудь продукцию; 5) работа по непосредственному изготовлению продукции.

Слово «тайна» [12, с. 787] имеет следующие значения: 1) нечто неразгаданное, еще не познанное; 2) нечто скрываемое от других, известное не всем, секрет; 3) скрытая причина чего-нибудь. Прилагательное «тайный» – составляющий тайну для других, не известный другим, не явный, не открытый.

Помимо филологического, литературного, бытового и специального значения словосочетания «секрет производства (ноу-хау)» действует его легальное определение.

В российском законодательстве легальное определение секрета производства (ноу-хау) появилось сравнительно недавно, а в 2014 г. существовавшая в ст. 1465 ГК РФ дефиниция была усовершенствована [13].

Действующим российским законодательством определено, что секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам, если к таким сведениям у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и обладатель таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны. Секретом производства не могут быть признаны сведения, обязательность раскрытия которых либо недопустимость ограничения доступа к которым установлена законом или иным правовым актом (ст. 1465 ГК РФ).

Отметим, что практически вся научная полемика последних лет сводилась к многочисленным рассуждениям о соотношении понятий «секрет производства» – «секрет промысла» – «ноу-хау» – «коммерческая тайна» – «торговые секреты» – «деловые секреты» – «производственная тайна» – «промышленная тайна» и прочих определений конфиденциальных сведений. Большая часть объема научных статей была посвящена терминологическим особенностям изучаемого объекта, что в очередной раз напоминает попытки сделать чертеж тумана и преподнести его на обсуждение публике, которая в свою очередь «затуманит» и без того неясный объект. Не имея целью присоединиться к бесконечной дискуссии о выработке единственно правильного определения ноу-хау, необходимо отметить верность высказывания Ситишко Д.А. о том, что «законодатель смог в конечном итоге, или точнее сказать, попытался насильно свести практически в единое целое все три понятия: «ноу-хау», «секрет производства» и «коммерческая тайна».[14] Со своей стороны считаю необходимым согласиться с таким действием законодателя и мнением Ситишко Д.А. о том, что ввиду бесконечности дискуссий о терминологии, отчасти в силу которой законодательное регулирование ноу-хау тормозилось десятилетие, законодатель как смог, так и кодифицировал нормы права, разрубив гордиев узел противоречий и сведя воедино ряд понятий.

Расшифровав понятие «секрет производства (ноу-хау)», остановимся на свойственных ему признаках.

Первым свойством, определяющим характер исследуемого объекта, является его нематериальность. Ноу-хау обладает всеми характеристиками нематериального объекта, идеи, а поскольку одна и та же идея может возникнуть одновременно у нескольких лиц, существует возможность ее одновременного использования неограниченным и неопределенным кругом лиц. К ноу-хау неприменимо

правомочие владения, поскольку нельзя физически обладать идеями и необходимо отличать не материальный объект от материального носителя информации о нем. Вещное правомочие пользования прямо не применимо к ноу-хау, поскольку ноу-хау одновременно может находиться в пользовании нескольких лиц и не будет потребляться в процессе пользования, не будет амортизироваться, испытывать физический износ.

Вторым свойством ноу-хау является отсутствие ограничений по сфере его применения: ноу-хау может относиться к любой сфере применения, будь то производство, техника, экономика, организация либо различные иные сферы деятельности.

Эти оба свойства характеризуют ноу-хау с внутренней, содержательной стороны как нематериальный объект, применимый в различных сферах деятельности.

Внешние характеристики ноу-хау формируются особенностями предоставления ему правовой охраны при наличии определенных условий, которые находятся за пределами внутреннего содержания ноу-хау и выступают в отношении сведений, составляющих ноу-хау, в качестве четырех внешних факторов:

- 1) неизвестность третьим лицам;
- 2) отсутствие свободного доступа на законном основании;
- 3) коммерческая ценность (действительная или потенциальная);
- 4) режим коммерческой тайны.

Неизвестность третьим лицам заключается в том, что данные сведения никто, кроме его обладателя не знает. При этом, памятуя о нематериальном характере объекта, надо учитывать, что схожая или аналогичная идея может возникнуть и у других лиц, которые также будут законными обладателями своего ноу-хау. А значит, данный признак носит не абсолютный, а относительный характер: сведения не должны быть разглашены неопределенному кругу лиц, при этом известность сведений единичным, определенным лицам не является препятствием для их признания в качестве ноу-хау и предоставления им правовой охраны.

Отсутствие свободного доступа означает принятие правообладателем мер по сохранению в тайне данных сведений, а лица, допущенные к ним, должны сохранить эти сведения в тайне.

Квалифицирующим признаком сведений любого характера для отнесения их к ноу-хау является их коммерческая ценность. Коммерческая ценность [15] сведений, составляющих ноу-хау, заключается в возможности извлечения из него выгод в процессе предпринимательской деятельности.

В отношении данных сведений должен быть введен режим коммерческой тайны. В соответствии со ст. 3 Федерального закона «О коммерческой тайне» [16], коммерческая тайна – это 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.

Продолжая рассмотрение свойств ноу-хау, выделим его особенности как результата интеллектуальной деятельности, право на который принадлежит предпринимателям.

Субъектом права на секрет производства могут быть только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность – предприниматели. Данный вывод следует из системного толкования положений части четвертой ГК РФ и Федерального закона «О коммерческой тайне»: ноу-хау в законодательном определении может быть только у предпринимателей, то есть секрет производства (ноу-хау) может появиться только в процессе предпринимательской деятельности.

Согласно п. 1 ст. 2 ГК РФ предпринимательской считается самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в порядке, установленном законом.

Предпринимательской деятельностью занимаются люди, а люди обладают интеллектом. Для расшифровки слова «интеллект» вновь обратимся к толковому словарю. Итак, интеллект – в первом значении этого слова – ум. [12, с. 249] Мыслительная способность, умственное начало у человека (интеллектуальный = умственный). Таким образом, выражение «интеллектуальная деятельность» равнозначно выражению «умственная деятельность» и присуща человеческим способностям. А, как известно, предприниматель – прежде всего человек.

Такие фикции как юридические лица сами по себе не могут являться обладателями такого человеческого качества как ум – способность к умственной деятельности, а, значит, и не могут сами по себе без помощи людей породить результат умственной деятельности. Юридические лица могут лишь обладать правом на результат интеллектуальной деятельности в силу закона, что подтверждает необходимость правового регулирования фактической монополии на ноу-хау. В этой связи необходимо отметить мнение В.А. Дозорцева в отношении ноу-хау: «первоначальным обладателем имущественных прав на секрет промысла может быть не только физическое, но и юридическое лицо, хотя это не обычно для прав на результаты не только творческой, но и интеллектуальной деятельности. Первоначальное право не обусловлено творческой деятельностью его носителя, поскольку творчество не составляет необходимого признака объекта» [10, с. 254].

Не все исследователи проблем ноу-хау согласны с тем, что субъектом права на секрет производства могут быть только предприниматели. Данный вопрос является спорным и обсуждается в научной литературе.

Ситдииков Р.Б., отмечая в своей работе тот факт, что физическое лицо, не являющееся индивидуальным предпринимателем, не может устанавливать режим коммерческой тайны и поэтому не может быть обладателем исключительных прав на ноу-хау, предлагает «распространить режим коммерческой тайны в том числе и на физических лиц, не являющихся предпринимателями»[6].

Потрашкова О.А., разделяя понятия коммерческой тайны и ноу-хау, считает, что субъектами отношений по поводу ноу-хау в отличие от субъектов права на коммерческую тайну, могут выступать лица, не обладающие статусом предпринимателя, а также публично-правовые образования [3, с. 9].

Амелина К.Е. полагает, что субъектом права на ноу-хау могут являться любые лица, так как законодательством должны охраняться интересы всех субъектов гражданских правоотношений, и, разграничивая коммерческую тайну и ноу-хау, утверждает, что субъектами прав на информацию, составляющую коммерческую тайну, могут являться лишь субъекты предпринимательской деятельности, при этом вне сферы действия правовых норм оказываются лица, обладающие конфиденциальной информацией, но не являющиеся предпринимателями, а ценность информации может выражаться не только в материальной выгоде, но и в моральном удовлетворении от обладания и использования ноу-хау [5, с. 11–12].

Ситишко Д.А. обосновывает свой вывод о том, что секрет производства может находиться в обладании не только предпринимателя, тем, что «обладателем информации может быть и физическое лицо, не являющееся предпринимателем, то есть лицо, имеющее опосредованный, потенциальный коммерческий интерес, так как фактически он не занимается коммерческой деятельностью, но ничто не запрещает ему иметь имущественные или неимущественные интересы, отличные от связанных исключительно с коммерческой выгодой» [17].

Общим для вышеуказанных суждений является то, что исследователи основываются на разграничении сведений, относящихся к ноу-хау и относящихся к коммерческой тайне, либо основываются на наличии либо отсутствии творческого начала при создании ноу-хау. Однако данное исследование основывается на легальном понятии ноу-хау и не поддерживает вышеуказанного разделения, искусственно вычлняющего субъектов права на ноу-хау в зависимости от того или иного толкования определения ноу-хау.

Секрет производства (ноу-хау) входит двенадцатым подпунктом в закрытый перечень

результатов интеллектуальной деятельности, которым предоставляется правовая охрана (ст. 1225 ГК РФ).

Поскольку научные споры вокруг правовой природы ноу-хау не ослабевают, является целесообразным проведение сравнительного анализа ноу-хау со смежными категориями объектов интеллектуальных прав.

«Ноу-хау технологического и технического характера могут относиться к запатентованному изобретению, товарному знаку или промышленному образцу» [18], – сообщает И.В. Гордеева. «Изобретение до публикации и есть ноу-хау» [19], – указывает В. Борисов.

Сравним ноу-хау с объектами патентных прав: изобретением, полезной моделью, промышленным образцом, при этом выделим, что в отличие от ноу-хау этим объектам предоставляется патентная охрана.

Зенин И.А. неоднократно выявляет указанное отличие ноу-хау от объектов патентных прав: «концепция правового режима ноу-хау заключается не в его охране, а в правовом обеспечении средствами различных отраслей права имущественных интересов обладателя (разработчика, приобретателя) ноу-хау» [20]; «авторы, стоящие на позиции правовой охраны ноу-хау, нередко, по существу, сами себя опровергают, подтверждая, что ноу-хау не является объектом исключительного права: любое физическое или юридическое лицо признается правомочным обладателем ноу-хау, если самостоятельно, своими силами и средствами его разработало либо добросовестно приобрело у другого владельца» [11, с. 407].

Суть правовой охраны объектов патентных прав состоит в выдаче государством охранного документа – патента, удостоверяющего приоритет изобретения, полезной модели или промышленного образца, авторство и исключительное право на изобретение, полезную модель или промышленный образец.

При этом, в качестве изобретения охраняется техническое решение в любой области, относящееся к продукту (в частности, устройству, веществу, штамму микроорганизма, культуре клеток растений или животных) или способу (процессу осуществления действий над материальным объектом с помощью материальных средств) и правовая охрана предоставляется изобретению, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо. В качестве полезной модели охраняется техническое решение, относящееся к устройству, если является новым и промышленно применимым. В качестве промышленного образца охраняется художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид, если по своим существенным признакам является новым и оригинальным.

Поскольку секрет производства (ноу-хау) может быть и техническим решением, и способом, и

устройством, и художественно-конструкторским решением, может быть новым (не известно из уровня техники), может иметь изобретательский уровень (если для специалиста оно явным образом не следует из уровня техники), может быть промышленно применимым, то есть может соответствовать условиям патентоспособности, то данные критерии не ограничивают ноу-хау от объектов патентной защиты.

При этом основной отличительной особенностью ноу-хау является его конфиденциальность. В отличие от втайне содержимого ноу-хау раскрытие информации, относящейся к изобретению, полезной модели или промышленному образцу, в результате чего сведения об их сущности становятся общедоступными, не является обстоятельством, препятствующим предоставлению им правовой охраны. Единственным ограничением для признания патентоспособности в данном случае является ограниченный законодательством срок на подачу заявки – шесть месяцев со дня раскрытия информации.

В тоже время утрата конфиденциальности ноу-хау приводит к прекращению исключительного права на секрет производства у всех правообладателей.

Существенное различие между изобретением, полезной моделью, промышленным образцом как объектами патентных прав и ноу-хау имеет место по субъектному составу и объему субъективных прав.

Автору изобретения, полезной модели или промышленного образца принадлежит не только исключительное право, но и право авторства, а также другие права, в том числе право на получение патента, право на вознаграждение за использование служебного изобретения, полезной модели или промышленного образца. В вопросе об авторстве на секрет производства единого мнения нет, ведется научная дискуссия.

Потрашкова О.А., отмечая тот факт, что вопрос об авторстве на секрет производства остается нерешенным, считает, что «не следовало бы делать исключений из распространения на него [ноу-хау] личных неимущественных и иных прав». При этом, определяя автора секрета производства (ноу-хау) в общей классификации субъектов правоотношений по поводу секретов производства (ноу-хау) в качестве правообладателя секрета производства и лица, творческим трудом которого он создан: собственными силами и средствами либо по гражданско-правовому договору подряда, на выполнение НИР и ОКР (подрядчик, исполнитель) либо в связи с выполнением своих трудовых обязанностей или конкретного задания работодателя (работник), и рассматривая ноу-хау в качестве одной из составных частей информации, составляющей коммерческую тайну, отмечает, что в отношении коммерческой тайны не может быть права авторства [3, с. 16-17].

Дозорцев В.А., исследовав субъект права на ноу-хау, выявлял возможную множественность правообладателей и отсутствие среди них автора.

Поскольку допустимо закрепление первоначального права на ноу-хау за несколькими лицами, то права авторства на него нет, «существует только «авторство» в бытовом, а не юридическом смысле, принадлежащее каждому из создателей достижения. Ни один из создателей не имеет права авторства, которое может принадлежать только одному лицу, поскольку оно относится к абсолютным правам». Приводя в качестве примера знание, опыт и навыки, накопленные годами, В.А. Дозорцев наглядно показывал, что в некоторых случаях у ноу-хау вообще невозможно установить автора, особенно, «когда итоговое решение представляет собой результат коллективных последовательных усилий разных лиц в течение продолжительного времени». «Создателю такого объекта вообще не принадлежат неимущественные права», - утверждал он, - «авторство» уже не может быть исходной точкой отсчета имущественных прав – основания закрепления первоначальных имущественных прав (права на использование решения и на распоряжение правом). В отсутствие права авторства первоначальное право закрепляется не за лицом, реально получившем результат, а за субъектом, которому принадлежит ресурс, благодаря которому этот результат создан» [10, с. 253-254].

Противоположного мнения придерживается О.В. Добрынин, который не согласен с точкой зрения о том, что у ноу-хау нет автора, а есть лишь обладатель, и полагает, что у такого объекта как ноу-хау может быть автор, права и обязанности которого должны быть определены специальным законодательством [4, с. 10].

Большинство утверждений о наличии права авторства на ноу-хау сводится к поиску единоличного творческого начала при разделении понятий ноу-хау и коммерческая тайна. Мнение об отсутствии права авторства на ноу-хау представляется наиболее разумным, поскольку в качестве секрета производства также выступают накопленные годами знания, опыт и навыки, результаты мыслительной деятельности нескольких поколений, коллективные разработки, растянутые во времени, пространстве и по кругу лиц.

Резюмируя вышесказанное и возвращаясь к сравнительной характеристике ноу-хау со смежными объектами, отмечу, что отличительной особенностью секрета производства (ноу-хау) является отсутствие законодательно закрепленного права авторства на него, а также предоставление правовой охраны ноу-хау постольку, поскольку сохраняется конфиденциальность составляющих его сведений.

В отличие от ноу-хау правовая охрана изобретениям, полезным моделям и промышленным образцам предоставляется лишь при раскрытии формулы и подробном описании существенных признаков данных объектов, то есть объекты патентных прав нуждаются в разглашении сведений, составляющих их суть, для предоставления им правовой охраны на определенный срок. По истечении определенного срока действия исключительного права

изобретение, полезная модель или промышленный образец переходит в общественное достояние и может свободно использоваться любым лицом без чье-либо согласия или разрешения и без выплаты вознаграждения за использование. Также к объектам патентных прав и в период срока действия исключительных прав на них может быть разрешен доступ на законном основании при определенных законом условиях как с согласия правообладателя так и без такового, например, при использовании изобретения, полезной модели или промышленного образца в интересах национальной безопасности либо при выдаче принудительной лицензии.

Напротив, ноу-хау может сохраняться в тайне многие годы. Так, секрет производства одеколona не раскрыт более 180 лет, французских духов «Шанель № 5», ликеров «Бенедектин» и «Шартрез» – более 60 лет. Все лимонадные фирмы мира вот уже более 110 лет безуспешно пытаются раскрыть секрет производства напитка «Кока-кола» [21].

Отмечая вывод, что секрет производства (ноу-хау) – это охраняемый результат интеллектуальной деятельности предпринимателей, считаю необходимым подойти к обсуждению признака его исключительности либо отсутствию такового в нем.

Начнем с лексического значения слова: что означает прилагательное «исключительный», а также исследуем, в чем заключается признак исключительности. Вновь обратимся к толковому словарю. Первое значение слова «исключительный» - являющийся исключением, не распространяющийся одинаково на всех [12, с. 251]. Здесь, особенно важно заметить, что в качестве примера приведено «исключительное право». То есть толковое значение исключительного права – это право, не распространяющееся одинаково на всех. Это право - являющееся исключением. Частица «исключительно» означает «лишь, только, единственно». Наречие «исключительно» - «особенно, необыкновенно». И, наконец, существительное «исключительность» в значении «небывалый, необыкновенный» [12, с. 252].

Остановимся на первом значении слова «исключительный» как являющийся исключением, не распространяющийся одинаково на всех. С одной стороны, такое толкование подходит для ноу-хау. Ноу-хау само по себе действительно является неким исключением и не распространяется одинаково на всех, но... до определенного времени – пока сохраняется в тайне. То есть секрет производства как результат интеллектуальной деятельности в буквальном значении своего толкования и в бытовом восприятии ноу-хау – некая загадка, нечто неизвестное. Однако, нас интересует легальное определение ноу-хау, из которого следует, что ноу-хау является загадкой только в силу неизвестности третьим лицам. Если третьи лица узнают секрет производства, то исчезнет его загадочность, и, возможно, откроется его обыкновенность.

Итак, «исключительный» – обладающий способностью исключать лиц от использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Для предоставления правовой охраны ноу-хау отсутствуют требования о новизне, изобретательском уровне и промышленной применимости, необходимые для объектов патентной охраны. При этом, существует требование о наличии коммерческой ценности (действительной или потенциальной), неизвестности третьим лицам, введении режима коммерческой тайны. Соблюдение данных требований наделяет соответствующие сведения правовой охраной. Таким образом, ноу-хау может, не обладая никакими «исключительными» характеристиками, иметь коммерческую ценность в силу неизвестности его третьим лицам, отсутствие к нему свободного доступа на законном основании и введенный в отношении него режим коммерческой тайны.

В настоящей статье под принципом исключительности в праве на объекты интеллектуальной собственности понимается закрепленная законом на определенный срок и на определенной территории в виде охранного документа способность обладателя права на результат интеллектуальной деятельности исключать любые действия третьих лиц в отношении этого результата.

К утверждению об отсутствии принципа исключительности в праве на ноу-хау можно подойти через последовательный анализ наличия либо отсутствия закрепленной законом способности обладателя права на ноу-хау исключать любые действия третьих лиц в отношении ноу-хау с помощью охранного документа, действующего на определенный срок и на определенной территории.

Итак, гражданским законодательством закреплена декларация об исключительном праве на секрет производства в ст. 1466 ГК РФ. Однако часть вторая данной статьи устанавливает возможность любого третьего лица, ставшего добросовестно и независимо от других обладателей ноу-хау обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, приобрести самостоятельное исключительное право на этот секрет производства.

Таким образом, законодательное закрепление права на ноу-хау не дает возможности его обладателю исключить любые действия третьих лиц в отношении ноу-хау. Напротив, законодатель предоставляет третьим лицам, ставшим добросовестными и независимыми обладателями сведений, составляющих содержание ноу-хау, самостоятельное исключительное право на это ноу-хау, подводя нас к мысли об отсутствии принципа исключительности в праве на ноу-хау.

Анализируя все имеющиеся правовые нормы, приходим к выводу, что какой-либо выдаваемый государством охранной документ в отношении ноу-хау отсутствует. Поскольку охранный документ

отсутствует, им не определены ни сроки, ни территория охраны.

Соглашаясь с отсутствием охранного документа, можно возразить, что для определения срока действия исключительного права на секрет производства можно воспользоваться ст. 1467 ГК РФ, устанавливающей, что исключительное право на ноу-хау действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание. Однако, второе предложение в данной статье нивелирует данное возражение, поскольку с момента утраты конфиденциальности соответствующих сведений исключительное право на секрет производства прекращается у всех правообладателей.

Имея гипотетическую множественность самостоятельных обладателей ноу-хау, каждый из которых является третьим лицом по отношению к остальным, обладатель ноу-хау (даже будучи независимым и добросовестным), ставится в зависимость от действий третьих лиц, а, значит, не имеет способности исключать действия третьих лиц в отношении своего ноу-хау. Наглядным примером такого воздействия на права любого обладателя ноу-хау является разглашение сведений третьим лицом – правообладателем и, как следствие, прекращение исключительного права на ноу-хау у всех правообладателей. То есть действие третьего лица приводит к прекращению права у правообладателя, что свидетельствует об отсутствии у него исключительного права. Таким образом, секрет производства (ноу-хау) является охраняемым результатом интеллектуальной деятельности предпринимателя при отсутствии признака исключительности.

В поддержку вышеуказанных доводов приведу следующие научные высказывания: «В формальном плане концепция исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, реализованная в части четвертой ГК РФ, противоречит конституционным нормам (ст. 44 и ст. 71 Конституции РФ), предписывающим самостоятельное (т.е. вне рамок Гражданского кодекса РФ) правовое регулирование интеллектуальной собственности в Российской Федерации», - выявляет концептуальные ошибки законодателя В.И. Еременко, – «В отношении секрета производства (ноу-хау) нет оснований говорить не только о личных неимущественных правах, но и об исключительном праве, поскольку за его обладателем закрепляется только фактическая монополия». Комментируя статью 1465 ГК РФ «Секрет производства (ноу-хау)» В.И. Еременко обращает внимание на то, что поскольку в данной статье выдвигается требование отсутствия свободного доступа к сведениям «на законном основании», то «в принципе указанное требование свидетельствует о том, что право на секрет производства (ноу-хау) не имеет исключительного характера, так как любой самостоятельный разработчик идентичного решения или добро-

совестный его приобретатель считается его законным обладателем». Далее он отмечает, что статья 1466 ГК РФ «Исключительное право на секрет производства» содержит лишь декларацию об исключительном праве на ноу-хау и «указанное решение российского законодателя – это почти уникальный случай в развитии правовой мысли, и в государствах с развитым правопорядком право на секрет производства (ноу-хау) не признается исключительным, поскольку за его обладателем закрепляется только фактическая монополия [22].

Так, по мнению Герберта Штумпфа, ноу-хау не является какой-либо формой промышленной собственности, так как оно не обладает признаками исключительного права. [23] С указанным мнением нельзя не согласиться.

Нематериальная природа секрета производства, а также тот факт, что в гражданском обороте секрет производства зачастую сопутствует исключительному праву, как правило, исключительному праву на изобретение, способствует размыванию границ между исключительным правом и правом на секрет производства.

Однако между указанными правами существуют принципиальные различия. Так, если исключительное право основано на легальной монополии, то в основе права на секрет производства лежит фактическая монополия. Различны функции исключительного права и права на секрет производства. Сведения об исключительных правах, как правило, публикуются и со временем становятся достоянием общества в обмен на предоставление государством правообладателю временной монополии, тогда как право на секрет производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание, и направлено исключительно на обеспечение имущественных интересов его обладателя. Отличаются также механизмы защиты указанных прав. Если обладатель секрета производства должен предоставить доказательства принадлежности ему этого права, то правомочия обладателя исключительного права, например, на изобретение при наличии находящегося в действии патента, очевидны и не нуждаются в доказывании.

Сама природа секрета производства, предполагающая его конфиденциальный характер настолько долго, насколько это возможно, исключает его публикацию, а затем передачу в общественное достояние по прошествии определенного периода времени. В свою очередь государство не может предоставить обладателю секрета производства временную монополию, являющуюся сердцевинной исключительного права, не проводит экспертизу в лице государственного органа исполнительной власти и не выдает от своего имени охранной документ (свидетельство или патент), подтверждающий легальную монополию и закрепляющий за обладателем исключительное право.

В отличие от исключительного права, в основе которого лежит легальная монополия, подтверждаемая выдачей государственного документа, право на ноу-хау зиждется на фактической монополии, которая весьма уязвима и подвержена многочисленным опасностям (возможность разглашения, промышленный шпионаж и т.д.).

Реализация права на секрет производства носит ограниченный характер в так называемых абсолютных правоотношениях, когда его обладателю противостоит неопределенный круг лиц. По сути дела, здесь правообладатель может лишь исключить незаконное завладение (получение) его секрета производства со стороны третьих лиц (например, промышленный шпионаж, подкуп служащего конкурента). Иные правомочия правообладателя реализуются, как правило, в рамках относительных правоотношений, т.е. путем включения в лицензионные договоры условий конфиденциальности сведений, составляющих содержание секрета производства.

Право на секрет производства относится к разряду субъективных гражданских прав, которые подлежат защите способами, предусмотренными законом, в том числе ст. 12 ГК РФ. Право на секрет производства - это субъективное гражданское право на нематериальный объект, имеющий имущественную ценность, подлежащий защите способами, указанными в законе, которое по своей природе примыкает к исключительному праву на результаты интеллектуальной деятельности.

Пункт 2 ст. 1466 ГК РФ является ярким подтверждением того непреложного факта, что право на секрет производства лишено характера исключительности.

В данной правовой норме указано, что лицо, ставшее добросовестно и независимо от других обладателей секрета производства обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства. Следовательно, легально допускается сосуществование нескольких прав на один и тот же объект, что в принципе не присуще классическому исключительному и тем более абсолютному праву. «Именно указание на самостоятельность нескольких исключительных прав на один и тот же секрет производства приводит к деперсонализации права на секрет производства, вследствие чего теряется, а точнее изначально отсутствует, эффект исключительности этого права, т.е. юридической монополии правообладателя. Как известно, признак персонализации (т.е. принадлежность исключительного права конкретному лицу или взаимозависимым лицам) – это один из важных признаков исключительного права. Собственно говоря, благодаря этому признаку исключительное право получило свое название» [22].

Зенин И.А. утверждает, что «в отличие от охраняемого патентом изобретения на ноу-хау не

существует исключительного права, а есть лишь фактическая монополия»[11]. Потрашкова О.А. обращает внимание на тот факт, что условием закрепления исключительного права на ноу-хау является обеспечение конфиденциальности информации, составляющей секрет производства, «в то же время распространять на всю информацию, составляющую коммерческую тайну, режим исключительных прав в силу свойств охраняемого объекта невозможно»[3, с. 9].

Подводя итог вышесказанному, соглашаясь с тем, что российский законодатель ошибочно распространил на секрет производства режим исключительного права, сделаем акцент на тот факт, что секрет производства (ноу-хау) является охраняемым результатом интеллектуальной деятельности предпринимателя при отсутствии признака исключительности. Под признаком исключительности в настоящей статье понимается способность исключать каких-либо лиц от использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности. Для предоставления правовой охраны секретам производства (ноу-хау) отсутствуют требования о новизне, изобретательском уровне и промышленной применимости, необходимые для объектов патентной охраны. При этом, существуют требования о наличии коммерческой ценности (действительной или потенциальной), неизвестности третьим лицам и введении режима коммерческой тайны. Соблюдение данных требований наделяет соответствующие сведения правовой охраной. Таким образом, конфиденциальные сведения, составляющие ноу-хау, могут не обладать исключительными характеристиками, однако, при этом, будут иметь правовую охрану в силу их коммерческой ценности, неизвестности их третьим лицам, отсутствия к ним свободного доступа на законном основании и введенного в отношении них режима коммерческой тайны.

Список литературы

1. *Интеллектуальная собственность*: словарь-справочник / Под общ.ред. А.Д. Корчагина. – М., 1995. С. 90.
2. *Городов О.А.* Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования. – СПб., 1999. С. 136.
3. *Потрашкова О.А.* Правовой режим секретов производства (ноу-хау): Информационно-правовые аспекты: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2009. С. 7.
4. *Добрынин О.В.* Особенности правовой регламентации "ноу-хау": Автореферат диссертации кандидата юридических наук. – М., 2003. С. 8.
5. *Амелина К.Е.* Ноу-хау и патентная форма охраны: Автореферат диссертации на соискание

ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2007. С. 10-11.

6. *Ситдииков Р.Б.* Правовая охрана ноу-хау как результата интеллектуальной деятельности: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – СПб., 2011. С. 21.

7. *Гайнуллина З.Ф.* Правовое обеспечение прав и законных интересов обладателей необщедоступной информации (коммерческой тайны, ноу-хау): Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 1998. С. 8-9.

8. *Белов А.П.* Ноу-хау во внешней торговле. // *Право и экономика*. М., 1996. № 9. С.58.

9. *Акопян А.А.* Гражданско-правовое регулирование отношений в области передачи ноу-хау: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М., 2008. С. 8-9.

10. *Дозорцев В.А.* Понятие секрета промысла («ноу-хау»). // *Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Сборник статей / Исследовательский центр частного права*. – М., 2003. С. 238.

11. *Зенин И.А.* Предпринимательское право: учебник для вузов. – М., 2008. С. 406.

12. *Ожегов С.И. и Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка: 80 000 слов и фразеологических выражений / Российская академия наук. – М., 2008. С. 709.

13. *Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ* "О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации" // *СЗ РФ*. 2014. № 11. Ст. 1100.

14. *Ситишко Д.А.* Секрет производства (ноу-хау) и коммерческая тайна: некоторые особенности использования секрета производства // *Право и политика: Научный юридический журнал*. № 4. М., 2009. С. 895.

15. *Дозорцев В.А.* обращал наше внимание на следующее обстоятельство: «Широко распространено ошибочное представление, что она [коммерческая ценность] предусматривает необходимость коммерческой ценности самого решения. Но это не так, закон говорит лишь о производности коммерческой ценности от неизвестности третьим лицам, о связи ценности с неизвестностью, недаром он говорит о ценности не самого решения, а информации о нем» [10, с. 246].

16. *Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ* «О коммерческой тайне» // *СЗ РФ*. 2004. № 32. Ст. 3283.

17. *Ситишко Д.А.* Правовое регулирование секрета производства (ноу-хау) в Российской Федерации: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. – М., 2009. С. 23-24.

18. Гордеева И.В. Особенности правовой природы ноу-хау // Труд и социальные отношения. № 2. М., 2009. С. 114.

19. Борисов В. Правовой статус ноу-хау//Интеллектуальная собственность. № 4. М., 2000. С.22.

20. Зенин И.А. Правовой режим ноу-хау // Основы гражданского права России (Конспект лекций для специалистов по праву интеллектуальной собственности). М., 1993. С. 208-215. Зенин И.А. Коммерческая тайна и ноу-хау // Законодательство. 2005. № 12. С. 6-12.

21. Вольнец-Руссет Э.Я. Коммерческая реализация изобретений и ноу-хау (на внешних и внутренних рынках): Учебник. – М., 1999. С. 218.

22. Гаврилов Э.П., Еременко В.И. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный), – М., 2009. С. 771.

23. Штумпф Г. Договор о передаче ноу-хау. М., 1976. С. 33.

References

1. Intellectual property: a reference dictionary / Under the General editorship of A.D. Korchagin. – Moscow, 1995. P. 90.

2. Gorodov O.A. Intellectual property: legal aspects of commercial utilisation. – Saint-Petersburg, 1999. P. 136.

3. Potrashkova O.A. The legal regime of trade secrets (know-how): Information and legal aspects: Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. Moscow, 2009. P.7.

4. Dobrynin O.V. Peculiarities of legal regulation of "know-how": Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. Moscow, 2003. P.8.

5. Amelina K.E. Know-how and patent protection: Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. Moscow, 2007. P. 10-11.

6. Sitdikov R.B. Legal protection of know-how as the result of intellectual activity: Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. – Saint-Petersburg, 2011. P. 21.

7. Gaynullina Z.F. Legal enforcement of rights and legitimate interests of owners of neededaccupril information (trade secrets, know-how): Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. Moscow, 1998. P. 8-9.

8. Belov P.A. Know-how in foreign trade//The right and economy. Moscow, 1996. № 9. P.58.

9. Akopyan A.A. Civil-legal regulation of relations in the field of know-how transfer: Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. Moscow, 2008. P. 8-9.

10. Dozortsev V.A. The Concept of secret fishing (know-how). // Intellectual property rights: Concept. System. The task of codification. A collection of articles / Research center for private law. - Moscow, 2003. P. 238.

11. Zenin I.A. Business law: textbook for universities. – Moscow, 2008. P. 406.

12. Ozhegov S.I., Shvedova N.Yu. Explanatory dictionary of Russian language: 80,000 words and

phraseological expressions / Russian Academy of Sciences. – Moscow, 2008. P. 709.

13. Federal Law dated 12.03.2014 № 35-FZ "On amending part one, second and fourth Civil code of the Russian Federation and certain legislative acts of the Russian Federation"//CL RF.2014.№11.Art.1100.

14. Sitishko D.A. The secret of production (know-how) and trade secrets: some features of the use of know // Law and politics: legal Research journal, № 4, Moscow, 2009. P. 895.

15. Dozortsev V.A. drew our attention to the following fact: "there is a common misconception that it [business value] requires the commercial value of the decision itself. But it is not, the law says only that the derivative commercial value from being unknown to third parties, about the relationship of values with the unknown, that's why he talks about the value not the decision itself, but information about it" [10, p. 246].

16. Federal Law dated 29.07.2004 № 98-FZ "On commercial secret"//CL RF. 2004. №32. Art.3283.

17. Sitishko D.A. Legal regulation of the production secret (know-how) in the Russian Federation: Autoabstract. dis. ... cand. jurid. sciences. Moscow, 2009. P. 23-24.

18. Gordeev V.I. Features of the legal nature of know-how // *Labour and social relations*. № 2. 2009. P. 114.

19. Borisov V. Legal status of know-how // *Intellectual property*. № 4. 2000. P. 22.

20. Zenin I.A. Legal know-how // Foundations of civil law of Russia (lectures for specialists in intellectual property law). Moscow, 1993. P. 208-215. Zenin I.A. Trade secrets and know-how // *The Law*. 2005. № 12. P. 6-12.

21. Volynets-Russet J.E. Commercial realization of inventions and know-how (internal and external markets): Textbook. – Moscow, 1999. P. 218.

22. Gavrillov E.P., Eremenko V.I. Commentary to part four of the Civil code of the Russian Federation (itemized), - Moscow, 2009. P. 771.

23. Stumpf G. The contract on the transfer of know-how. Moscow, 1976. P. 33.