

мр Ненад ТЕШИЋ

асистент Правног факултета Универзитета у Београду

## ПОСЛОВНА ТАЈНА НА СРПСКИ НАЧИН (DE LEGE LATA)

### Резиме

*Аутор у овом раду открива по чему се информација уткана у пословну тајну разликује од информација које улазе у корпус права индустријске својине (нпр. патента), нарочито узимајући у обзир да и ова права пре регистрације (у раној фази), по правилу, имају природу пословне тајне. Ако се решења Закона о привредним друштвима (2004) упореде са новим Законом о привредним друштвима (2011), уочавају се битне разлике у погледу појма пословне тајне и ограничења заштите поверљивости које намеће јавни интерес. Пословна тајна је у новом Закону подробније уређана како у погледу услова које одређени податак мора са испуни да би стекао статус пословне тајне, тако и круга субјеката који су дужни да такав податак таје. Посебно је регулисано трајања дужности чувања пословне тајне, као и последице у случају њене повреде.*

*Код заштите пословне тајне у области радног права, аутор истиче да правила о забрани конкуренције, а нарочито забрана конкурентске активности запосленог по престанку радног односа морају на одговарајући начин узети у обзир супростављене интересе: тежњу некадашњег послодавца да сачува пословну тајну и потребу запосленог да се радно ангажује служећи се неподељено својим целокупним знањем и искуством.*

*Пословна тајна, иако матично приватноправни институт, ужива и кривичноправну заштиту. Аутор указује на разлику приватноправног и јавноправног појма пословне тајне у српском праву и на одређене недоумице до којих таква системска неусклађеност доводи.*

Кључне речи: *пословна тајна, податак, поверљивост, економска вредност, дужност чувања (неодавања), забрана конкуренције, накнада штете, искључење јавности.*

*Quidquid vis esse tacitum nulli dixeris.*<sup>1</sup>

## 1. УВОД

О исконском разумевању значаја пословне тајне за опстанак и прогрес код нашег народа сведоче нека од настаријих предања о Светом Сави. На пример, „Свети Сава учио људе да граде сир“:

*Донде, докле је Свети Сава долазио, људи умеју да граде сир на велије, јер их је он томе научио. А где није доспео, сир се троши.*

Као и: „Свети Сава учи како се пастрма суши“:

*Идући по свијету дође Свети Сава до неке куће, у којој чу на тавану велику галаму. Запита једно чељаде: „Шта то раде на тавану, људи?“ „Ево има цијело јутро дижемо пастрму на таван, па никако не можемо да га умиримо, во се гица и не да се објесити.“ Свети Саво помоли се Богу, оде на таван и каза им, да се во скине доље, закоље и искасапи, па тек онда да се вјеша и да се суши.“<sup>2</sup>*

Исказано савременим речиком, у питању је знање о технолошким процесима припремања хране стечено од најважијег националног Свеца и просветитеља, искуство вредно чувања од заборава, али и од његовог одавања туђинцима.<sup>3</sup>

У овом раду ћемо покушати да одговоримо на питање: како српско право види институт пословне тајне, данас, када нас опседају рекламама за кока-колу, пиће чија се рецептура обично истиче као

---

1 Шта год желиш да буде тихо (шутљиво, непознато) немој никоме рећи. Наведено према: А. Ромас, *Latinske pravne izreke* Zagreb 1982, 590.

2 Вид.: Владимир Ћоровић, *Свети Сава у народном предању, Педесет легенди о Светом Сави*, Избор, са предговором Владимира Ћоровића у „Пројекат Растко – Библиотека српске културе на Интернету“, доступно на адреси: [http://www.rastko.rs/knjizevnost/usmena/legende\\_o\\_savi.html#\\_Toc473119102](http://www.rastko.rs/knjizevnost/usmena/legende_o_savi.html#_Toc473119102), 14. јул 2011.

3 О уверењу да су одређене пословне тајне божанског порекла сведочи и мит о Прометеју који је људима подарио ватру. Али то није било све. Прометеј је научио људе да помоћу ватре кују гвожђе и израђују алате, научио их занатима. „Укратио је за њих дивљег бика и ставио на њега јарам, како би његову снагу могли да искористе при обрађивању поља. Упрегнуо је коње у кола и приморао их да слушају човека, а саградио је и прву лађу. Најзад, упознао је људе с лековима и одао им тајну лечења болесних.“ Вид.: *Mit o Prometeju*, доступно на адреси: <http://ultimatealchemy.wordpress.com/2011/06/27/mit-o-prometeju>, 14. јул 2011.

најуспешнија прича о пословној тајни,<sup>4</sup> али се у по некој београдској посластичарници са традицијом, још увек инади боза коју точи бозација, чији је прадеда исто пиће хладио за нашег прадеду, а његов златни зуб, који радо показује у широком осмеху, као да говори „и ми тајну за трку имамо“.<sup>5</sup>

## 2. МАТЕРИЈАЛНОПРАВНИ ОКВИР

За активности једног привредног друштва, у савременим тржишним условима, су заинтересовани многи субјекти: акционари, запослени, повериоци, порески и други државни органи, али и конкуренција.<sup>6</sup> Управо из тог разлога власничка структура, финансијски извештаји и подаци о бонитету привредног друштва су сваком доступне информације.<sup>7</sup> Ипак, јавност рада привредног друштва не може бити неограничена, па му се зато признаје одређена „интима“.<sup>8</sup> Физичким лицима устав гарантује заштиту података о личности.<sup>9</sup> На сличан начин, привредним друштвима је законом признато право да ускрате свим непозваним лицима податке који за њих представљају пословну тајну. При том се овде не мисли на општу заштиту тајности пре-

4 Вид.: „Trade secrets vs. patents the coca-cola story“, доступно на адреси: <http://www.dannisblog.com/page/TRADE-SECRETS-VS-PATENTS-THE-COCA-COLA-STORY.aspx>, 14. јул 2011.

5 Напитак, стар више од хиљаду година, деценијама је био једна од главних попула београдских посластичарница. Ана Вушовић, „Боза – напиток за здравље и освежење“, *Blic*, 18.11.2009., доступно на адреси: <http://www.blic.rs/Vesti/Beograd/121206/Boza--napitak-za-zdravlje-i-osvezenje>, 14. јул 2011. Иако је рецепт за бозу данас у начелу познат, само у ретким посластичарницама (које знају тајну) ово безалкохолно пиће је врхунског квалитета.

6 И. Јанковец, „Пословна тајна у акционарским друштвима“, *Право и привреда* 5–8/2004, 45–46. О потреби проучавања пословне тајне у контексту права на информисање власника привредног друштва и М. Васиљевић, *Коментар Закона о привредним друштвима*, 144.

7 У финансијске извештаје, поред осталих, спадају нпр.: биланс стања– преглед имовине, обавеза и капитала на одређени дан и биланс успеха, као преглед прихода, расхода и резултата остварених у одређеном временском периоду. Вид.: чл. 25 Закон о рачуноводству и ревизији, *Службени гласник РС*, бр. 46/06 и 111/09. Вид.: и: Уредба онакнадама за регистрацију финансијских извештаја, давање података из регистра финансијских извештаја и података о бонитету правних лица и предузетника, као и накнадама за друге услуге које агенција за привредне регистре пружа у поступку вођења тог регистра (*Службени гласник РС*, бр. 2/2010 и 2/2011). Приступ Регистру финансијских извештаја и података о бонитету правних лица и предузетника се може остварити и путем Интернета. Вид.: Интернет страницу Агенције за привредне регистре, <http://www.apr.gov.rs/>, 14. јул 2011.

8 И. Јанковец, 46.

9 Чл. 42 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, бр. 98/2006.

писке и других средстава комуникације<sup>10</sup> које је неповредива без обзира да ли су у питању физичка лица или привредна друштва.

## 2.1. Приватноправна заштита

### 2.1.1. Појам пословне тајне

Пословна тајна у њеном савременом облику је изричито регулисана у оквиру права друштава.<sup>11</sup> Дужност чувања пословне тајне законодавац сврстава у категорију посебних дужности према друштву.<sup>12</sup> Нормативни простор који је у новом закону посвећен институту пословне тајне је далеко шири у односу на Закон о привредним друштвима (2004) и отуда се чини да завређује и одговарајућу пажњу научне јавности. Према новом Закону једна информација може стећи статус пословне тајне<sup>13</sup> ако је кресе следећи атрибути:

а) да се ради о одређеном податаку,

а.а) чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, или

а.б) који има или може имати економску вредност, зато што није опште познат, нити је лако доступан трећим лицима која би

10 Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. Вид: чл. 41, ст. 2 Устав Републике Србије.

11 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 36/2011. Овај закон је ступио на снагу, а примењиваће се од 1. фебруара 2012. године, осим члана 344 ст. 9 и члана 586 ст. 1 тачка 8 овог закона, који ће се примењивати од 1. јануара 2014. године. Иако би се на основу имена Закона о тајности података могло помислити да је у питању матични закон за област заштите тајних података, овај Закон регулисање пословне тајне изричито препушта другим законима. „Заштита пословне и друге тајне уређује се посебним законима.“ Чл. 7 Закон о тајности података, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009. У тренутку завршавања ових редова објављен је и „Нацрт закона о пословној тајни“ који прати одговарајуће „Образложење Нацрта закона о пословној тајни“, вид.: Интернет страну Завода за интелектуалну својину: <http://www.zis.gov.rs/правна-регулатива/закони-у-процедури.391.html>. Како анализа Нацрта закона о пословној тајни превазилази оквире истраживања и задати обим нашег рада, одлучили смо да је овом приликом изоставимо, а да проучавању решења које овај Нацрт доноси у наше право, пре свега из упоредноправне перспективе, у блиској будућности посветимо посебан текст.

12 Поред дужности чувања пословне тајне ту су још и дужност пажње (чл. 63–64), дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес (чл. 65–68), дужност избегавања сукоба интереса (чл. 69–71) Закона о привредним друштвима (2011).

13 Неки аутори поистовећују *know how* (знање и искуство) и пословну тајну. С. Марковић, „Пословна тајна као предмет уговора о преносу индустријске својине“, *Правни живот* 11–12/1993, 1632. Други аутори их раздвајају вид: Р. Прица, *Уговор о know how*, Београд 1981, 11–19.

његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист;

б) ако је остварен један од ова два услова у погледу природе податка неопходна је кумулативна испуњеност још једног услова: да је овај податак од стране друштва заштићен одговарајућим мерама у циљу очувања његове тајности.

#### 2.1.1.1. Податак

Закон о привредним друштвима (2011) на први поглед усваја концепцију да је предмет заштите код пословне тајне бестелесно добро, податак (информација), међутим касније се код одређења садржине пословне тајне каже да то може бити и „документ, формула, цртеж, објекат...” што указује на одређена колебања законодавца у том погледу. Чини се да се на овај начин наше позитивно право непотребно враћа на решење из Закона о предузећима по коме пословну тајну представљају „исправе и подаци”<sup>14</sup> а напушта доследнији концепт уведен Законом о привредним друштвима (2004) по коме је пословна тајна „информација о пословању”.<sup>15</sup> Овај приступ не доприноси разрешењу својеврсне конфузије која у погледу предмета тајне постоји у нашем позитивном праву. Тако је према Закону о тајности података „податак од интереса за Републику Србију сваки податак или документ...”<sup>16</sup> пореска тајна је сваки „документ, информација, податак или друга чињеница...”<sup>17</sup> али су са друге стране: „подаци из медицинске документације лични подаци и представљају службену тајну”.<sup>18</sup> Недостаци таквог приступа су одавно уочени у правној

14 „Пословну тајну представљају *исправе и подаци* утврђени статутом, односно правилима или другим самоуправним општим актом, односно општим актом предузећа, чије би саопштење неовлашћеном лицу било противно пословању предузећа и штетило би интересима и пословном угледу предузећа, ако законом није друкчије одређено.“ Чл. 176 Закон о предузећима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 77/88, 40/89, 46/90 и 61/90 и *Сл. лист СРЈ*, бр. 24/94 – др. закон.

15 „Пословном тајном сматра се информација о пословању одређена оснивачким актом, актом или уговором ортака или уговором чланова друштва, односно оснивачким актом или статутом акционарског друштва, за коју је очигледно да би проузроковала знатну штету привредном друштву ако дође у посед трећег лица.“ Чл. 38, ст. 1 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 125/2004.

16 Чл. 2, ст. 1, тачка 1 Закон о тајности података.

17 „Службеном тајном у пореском поступку сматра сваки документ, информација, податак или друга чињеница о пореском обвезнику до којих су службена лица и сва друга лица која учествују у пореском поступку дошла у пореском, порескопрекршајном или судском поступку.“ Вид: чл. 7, ст. 1, тач. 1 Закон о пореском поступку и пореској администрацији, *Сл. гласник РС*, бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 – др. закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закон, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон и 53/2010.

18 Чл. 37, ст. 1 Закон о здравственој заштити, *Сл. гласник РС*, бр. 107/2005, 72/2009 – др. закон, 88/2010 и 99/2010.

књижевности.<sup>19</sup> Овом приликом се само можемо придружити овом резонувању. „Пословна тајна представља духовну творевину нематеријалног карактера“.<sup>20</sup> Другим речима, код пословне тајне се штити садржина, а не појавни облик. Тајност информације, а не њен носач као такав. То може бити било каква материјализација: писани или електронски документ (запис), али и цртеж, макета или други носач осетљиве пословне информације са кога се она може прочитати.<sup>21</sup> Међутим, пословна тајна не мора бити на било који начин забележена, може се преносити усмено, са колена на колена, у оквиру еснафа или породице.

#### 2.1.1.2. Штетне последице одавања

Пословна тајна је податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, другим речима није нужно да је штета наступила.<sup>22</sup> Ако је, на пример, привредно друштво квалификовало накнаде које се исплаћује директорима као пословну тајну,<sup>23</sup> али један од директора ипак открије својој супрузи о ком износу је реч, могућа су најмање три расплета:

- 19 „Предмет пословне тајне може бити само знање о некој чињеници, податак.“ Вид.: Б. Забел, *Пословна тајна*, Институт за упоредно право, Београд 1970, 25. Тако и З. Арсић, „Пословна тајна и предлог новог Закона о предузећима“, *Право и привреда* 9–12/1994, 3.
- 20 С. Грајић-Степановић, „Пословна тајна као предмет права интелектуалне својине“, *Правни живот* 13/2007, 391.
- 21 На пример, према Закону о тајности података *документ* је сваки носач податка (папир, магнетни или оптички медиј, дискета, УСБ меморија, смарт картица, компакт диск, микрофилм, видео и аудио запис и др.), на коме је записан или меморисан тајни податак. Чл. 2, ст. 1, тачка 4 Закон о тајности података. Међутим, и ово набрајање записа који могу представљати документ, иако широко, је ипак егземпларно и није лимитирано на побројане случајеве.
- 22 Нови Закон напушта формулацију из Закона о привредним друштвима (2004), где се за постојање пословне тајне захтевало да би доспевање такве информације у посед другог „очигледно проузроковало значајну штету“ привредном друштву. У нама доступној судској пракси нисмо пронашли случај у коме је суд попунио поменути стандард „очигледно проузроковало значајну штету“. Сматрамо стога примереним што је у новом Закону избегнута таква формулација која широко отвара врата правној несигурности. Опширније о појму пословне тајне у Закону о привредним друштвима (2004) М. Васиљевић, 144.
- 23 „Подаци о личним дохоцима“, односно „исплаћене и пројектоване зараде“ се традиционално наводе као врста пословне тајне. Вид.: Б. Забел, 33. Вид. и: С. Грајић-Степановић, 393. Међутим, у новијој литератури се истиче да је „објављивање накнаде члановима управе интегрални део добре праксе корпоративног управљања“. Тако о објављивању накнаде у оквиру препорука за будући развој накнаде члановима управе В. Радовић, *Накнада члановима управе друштва – препоруке добре праксе корпоративног управљања*, Београд 2011, 468–470.

- да супруга уме да чува тајну и нико други не сазна колики је бонус исплаћен њеном мужу;
- да је супруга у блиским односима са генералним директором привредног друштва, па му се пожали да није у реду што је њен муж добио минималан бонус;
- да се супруга виђа са директором конкурентског привредног друштва који може ову информацију да искористи како би наудио привредном друштву њеног супруга.

Изгледа да само у трећем случају постоји опасност наступања штете, а самим тим и повреда дужности чувања пословне тајне. Чини се да овде није довољна само хипотетичка могућност наступања штете. Штета би морала бити изгледна. На пример, ако компанија која продаје козметичке препарате који спречавају губитак косе и поспешују њен раст неовлашћено прибави листу свих купаца од конкурентске компаније да би њима понудила своје производе. Има-лац пословне тајне може релативно лако доказати да му је овим на-нета штета. Губитак одређеног броја муштерија спречава увећање његове имовине које се основано могло очекивати.<sup>24</sup> Довољано је при том доказати потенцијал губитка, односно изгледну могућност наступања штете.

### 2.1.1.3. Корисност

Ако одавање неког податка не ствара штетне последице за његовог господара за постојање пословне тајне је неоходно да је откривени податак употребљив за сазнаваоца. Не тражи се нуж-но да је сазнавалац већ остварио економску корист од прибављања информације довољно је да би он коришћењем такве информације за своје пословање или њеним даљим уступањем могао остварити еко-номску корист.<sup>25</sup> По правилу, неоткривени податак има актуелну еко-номску вредност за конкурента, али је довољан и потенцијал економ-ске користи.<sup>26</sup> На пример, ако произвођач аутомобила спроведе обим-

24 У складу са општим правилима лице чија је пословна тајна откривена би морало да докаже узрочну везу између штетне радње и наступања штете. Опширније о значају узрочне (каузалне) везе између понашања штетника и штете за утврђивање субјективне одговорности. О. Антић, *Облигационо право*, Београд 2011, 477–481.

25 Према проф. Марковићу пословна тајна је информација која је употребљива у привредном животу у циљу унапређења или очувања конкурентског положаја одређеног привредног субјекта. Вид.: С. Марковић, 1631.

26 Према Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине (енгл. „Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS“) одређена информација се штити као неоткривена, док има тржишну вредност зато што је тајна. Чл. 39, ст. 2, тач. 2 Споразума.

но истраживање, на узорку од неколико хиљада испитаника, како би установио каква би то маркетиншка кампања привукла потрошаче одређеном производу, па након тога компанија за производњу пива неовлашћено дође у посед такве пословне тајне и искористи је за креирање своје телевизијске рекламе. Ималац пословне тајне би тешко могао доказати постојање стварне штете, односно изгубљене добити. У овом случају је нека вредност без правног основа прешла из имовине једног лица у имовину другог. Компанија која се послужила туђом пословном тајном остварује тако незарађену корист, па би се у класичном грађанскоправном смислу овде могло говорити о неоснованом обогаћењу. Пословна тајна, дакле представља податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву или довести до неоснованог богаћења лица коме је податак саопштен.

#### 2.1.1.4. Поверљивост

Поверљивост одређеног податка (информације) има два сегмента.<sup>27</sup>

а) *Познатост одређеном кругу лица*. Нека информација је вредна управо зато што скривена од очију јавности,<sup>28</sup> зато што није обнародована и општепозната. Природно свака пословна тајна је релативна непознаница.<sup>29</sup> Ово из разлога што је она увек позната одређеном кругу лица који може бити ужи или шири.<sup>30</sup> За све остале она је обавијена велом тајне.<sup>31</sup>

б) *Недоступност*. Пословна тајна је информација која није лако доступна, сазнатљива трећима.<sup>32</sup> Сматрамо да ће стандард „лако доступан“ судска пракса вероватно допунити нудећи одговор на питање да ли је лако доступна информација до које свако може лако доћи или се лако доступном може сматрати она информација до које, у поступку реверзибилне анализе, може лако доћи врхунски стручњак из одређене области ангажован од конкурентске компаније.

27 „Критеријум тајности је садржан у субјективној непознатости конкретне корисне информације за заинтересовано лице, с једне стране и релативној недоступности те информације, с друге стране.“ С. Марковић, 1362.

28 „Оно што је једном објављено не може постати тајна.“ З. Арсић, 9.

29 Б. Забел, 9.

30 Супротно општем праву на информисање у неким случајевима привредно друштво може ускратити приступ одређеним актима и документима чак и члановима друштва. Чл. 81 Закон о привредним друштвима (2011).

31 „Ко открије да чува неку тајну већ је пола тајне излануо, другу половину неће дуго сачувати.“ Бекет.

32 „Пословну тајну не могу представљати подаци о начину израде, функционисању или о састојцима неког производа који се лако могу утврдити куповином таквог производа.“ И. Јанковец, 47.



Према Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине одређена информација је тајна, ако није, као целина или у прецизном облику и скупу својих компоненти, опште позната или лако доступна лицима у круговима који се уобичајено баве том врстом информација.<sup>33</sup> У сваком случају се чини да пословна тајна не може бити податак који човек просечног знања и искуства из области које се тајна тиче може лако одгонетнути.

#### 2.1.1.5. Скривитост (заштићеност)

Податак који претендује на статус пословне тајне мора бити изолован и на одговарајући начин заштићен од непозваних лица.<sup>34</sup> Блокада приступа поверљивим информацијама се, на пример, може остварити кроз физичко-техничко обезбеђење стављањем докумената изван домаћаја неовлашћених лица и спречавања њиховог изношења (ангажовање чувара, чување докумената у каси, видео надзор пословних просторија и сл). Ималац предузима разумне фактичке и правне радње спречавања доступности поверљивих пословних података трећим лицима, због чега они нису, или нису без тешкоћа приступачни непозваним.<sup>35</sup> Под правним мерама заштите се подразумева регулисање овог питања у општим актима друштва и инсистирање на обавези чувања пословне тајне у уговорима о раду и другим уговорима друштва са трећим лицима, који по природи посла долазе у додир са осетљивим пословним подацима (клаузула о поверљивости).<sup>36</sup> Ималац податка мора дакле имати вољу да одређени податак таји.<sup>37</sup> Та воља мора бити, на неки начин, исказана изречно, или кроз одговарајуће фактичке радње (на пример, криптозаштита података у електронској форми). У сваком случају, неопходан је активан однос и предузимање мера које надилазе општи режим сигурности.<sup>38</sup>

33 Чл. 39, ст. 2, тач. 1 Споразум о трговинским аспектима права интелектуалне својине.

34 Према Споразуму о трговинским аспектима права интелектуалне својине одређена информација је неоткривена док је у датим околностима предмет разумних корака које предузима лице које законито контролише информацију, да је одржи тајном. Чл. 39, ст. 2, тач. 3 Споразума.

35 С. Марковић, 1631.

36 Вид: D. Zlatović, „Ugovor o povjerljivosti informacija“, *Pravo i porezi* 19(2010), 10, 39–47.

37 О значају воље да се одређени податак таји за постојање пословне тајне вид: В. Водинелић, „Право заштите личних података“, Н. Шаркић *et al.*, *Право информационих технологија*, Београд 2007, 181.

38 З. Арсић, 4.

## 2.1.1.6. Одређеност

Пословна тајна је и податак који је законом, другим прописом или актом друштва одређен као пословна тајна. У неким случајевима закон регулише који се податак има сматрати пословном тајном. Тако је наручилац јавне набавке (на пример, јавно предузеће) дужан да као пословну тајну чува имена понуђача и подносилаца пријава, као и поднете понуде, односно пријаве, до истека рока предвиђеног за отварање понуда, односно пријава.<sup>39</sup> Код пословне тајне је дакле довољно да је неки податак одређен као тајна, не захтева се да он као такав, односно носач овог податка на одговарајући начин означен као тајна,<sup>40</sup> нити класификован по степену поверљивости (нпр. интерни, поверљиви и строго поверљиви). Закон такође не предвиђа било какву разлику у начину на који ови подаци према степену тајности морају да се чувају и похрањују. Међутим, то не лишава привредна друштва могућности да правилником о пословној тајни или другим општим актима уреде начин означавања и степеновања поверљивих пословних информација, пропишу различит степен пажње у њиховом чувању, а у складу с тим и различите санкције за њихово одавање.

Генералан приступ пословној тајни је субјективан. Лице које фактички контролише пословне информације, по свом нахођењу, одлучује да ли ће се ове информације сматрати пословном тајном. Међутим, и овде је приватна аутономија спутана, тако да у неким случајевима сам закон прописује да је податак одређене садржине пословна тајна.<sup>41</sup> Пословна тајна је и податак који је законом, другим прописом или актом друштва као такав одређен. При том се општим актом друштва као пословна тајна може одредити само податак који испуњава друге опште услове,<sup>42</sup> и не могу се као пословна тајна одредити сви подаци који се односе на пословање друштва.<sup>43</sup>

39 Чл 12, ст. 1 тач. 3 Закон о јавним набавкама, *Сл. гласник РС*, бр. 116/2008.

40 Тајни податак је податак од интереса за Републику Србију који је законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеном у складу са законом, *одређен и означен* одређеним степеном тајности. Означавање степена тајности је означавање тајног податка ознакама: „ДРЖАВНА ТАЈНА“, „СТРОГО ПОВЕРЉИВО“, „ПОВЕРЉИВО“ или „ИНТЕРНО“. Вид. чл. 2, ст. 1, тач. 2 и тач. 6 Закон о тајности података.

41 Банкарска тајна је пословна тајна. Чл. 46, ст. 1 Закон о банкама, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009. По неким ауторима, банкарска тајна је професионална тајна банкарског позива. Повредом банкарске тајне клијент трпи штету и нарушава се његово поверење у банку. С друге стране, повредом пословне тајне настаје штета по привредно друштво као њеног имаоца. Опширније о разграничењу банкарске и пословне тајне вид.: С. Бунчић, „Банкарска тајна“, *Право и привреда* 5–8/2008, 774–775.

42 Чл. 72, ст. 3 и чл. 72, ст. 4, тач. 1 Закон о привредним друштвима (2011)

43 Чл. 72, ст. 5, тач. 2. Закон о привредним друштвима (2011). Овим је у нашем позитивном праву усвојен нешто другачији приступ у односу на Закон о привредним друштвима (2004) по коме се информација чије је објављивање оба-

Из овога се може закључити да се законом или другим прописом као пословна тајна може одредити било који податак, чак и онај који не испуњава наведене опште услове.<sup>44</sup>

#### 2.1.1.7. Садржајност

Податак који испуњава наведене функционалне услове за добијање статуса пословне тајне мора имати одговарајући садржај. Он може бити: „производни, технички, технолошки, финансијски или комерцијални, студија, резултат истраживања, као и документ, формула, цртеж, објекат, метод, поступак, обавештење или упутство интерног карактера и слично.“<sup>45</sup> При том су ови садржински услови у Закону наведени примера ради, у смислу најчешћих случајева пословне тајне који се јављају на тржишту, али без претензије да се ова листа на било који начин омеђи. Такође, није од значаја да ли је тај податак позитиван па, на пример, омогућава конкуренту да истоветно реши неки производни проблем или је пак негативан – показује да одређена истраживања нису донела позитивне резултате, па конкурент треба да своје напоре усмери у другом правцу.<sup>46</sup>

Према неким ауторима, „пословном тајном не могу бити проглашена регистрована техничка унапређења или иновације.“<sup>47</sup> Сматрамо да поседовање права индустријске својине у погледу неке информације, на пример патента не лишава привредно друштво могућности заштите по основу пословне тајне. Избор заштите је последица аутономије воље. Ако одређена патентирана информације

везно у складу са законом или које су у вези са повредом закона, добре пословне праксе или принципа пословног морала, укључујући и информацију за коју постоји основана сумња на постојање корупције, не може сматрати пословном тајном привредног друштва и објављивање ове информације је законито, ако има за циљ да заштити јавни интерес. Чл. 38, ст. 2 Закон о привредним друштвима (2004). При том сматрамо да се ни на основу таквог законског текста не може извести закључак по коме се овде „пре свега мисли на податке који су у функцији пословног повезивања и техничког унапређења привредног субјекта.“ С. Вукићевић, С. Вукићевић, „Јавност рада привредних субјеката и пословна тајна“, *Правни живот* 12/2007, 254–255.

44 О објективном и субјективном концепту одређивања пословне тајне Б. Забел, 29–32.

45 Чл. 72, ст. 5 Закон о привредним друштвима (2011)

46 Питањем тзв. негативних информација које би омогућиле конкуренту да обустави истраживање у одређеном правцу се бавио и проф. Арсић. Иако проф. Арсић у складу са тада важећим друштвеним односима тумачи одредбе Закона о предузећима, тако да негативне информације не би требало сматрати пословном тајном, сматрамо да решење Закона о привредним друштвима (2011) отклања све дилеме у том погледу. Значајне уштеде које би неко лице остварило сазнањем такве негативне информације представљају економску корист, па самим тим и ове информације могу имати статус пословне тајне. Вид.: З. Арсић, 5.

47 И. Јанковец, 47.

испуњава законом предвиђене услове за пословну тајну, њен има-лац може остварити заштиту по основу патента *erga omnes*, али и по основу пословне тајне према лицу које је повредило дужност чувања.

### 2.1.2. Субјекти

Три су субјекта којима правни поредак даје одређена овлашћења и намеће одређене обавезе у погледу пословне тајне: а) господар тајне који контролише њену доступност и сазнатљивост; б) чувар(и) тајне – одређено лице или круг лица којим су осетљиви пословни подаци познати и њима рукују и в) остали – сва трећа лица која су дужна да не узнемиравају господара тајне у њеном мирном уживању.

Господар пословне тајне је привредно друштво. При том није од значаја да ли је оно домаће или страно. Према неким ауторима, пословну тајну поред предузећа, могу имати и задужбине, удружења грађана,<sup>48</sup> политичке странке, синдикати.<sup>49</sup> Дилема је да ли пословну тајну могу имати и физичка лица? Ово нарочито ако се узме у обзир да дужност чувања пословне тајне законодавац сврстава у категорију посебних дужности према друштву. Чини се одговор на ово питање није споран у оним случајевима када се ради о предузетнику – лицу које обавља делатност у циљу остваривања прихода и које је као такво регистровано у складу са законом.<sup>50</sup>

Пословна тајна се по субјекту који је господар тајне разликује од податка о личности (при чему овај и не мора нужно бити тајан). „Нису лични подаци они који се односе на правна лица, ни на друге организације без својства правног лица.“<sup>51</sup> Чак ни онда када су ови подаци исте врсте као они о физичким лицима (нпр. податак о имовинским приликама физичког лица јесте лични податак, али не и податак о имовинским приликама правног лица).<sup>52</sup>

Пословна тајна се од професионалне тајне разликује у погледу предмета заштите и у погледу субјекта који су дужни да одређени податак таје. Код професионалне тајне подаци прекривени „велом тајне“

48 Ову могућност не помиње Закон о друштвеним организацијама и удружењима грађана, (Сл. гласник СРС, бр. 24/82, 39/83 – испр., 17/84, 50/84, 45/85 и 12/89 и Сл. гласник РС, бр. 53/93, 67/93, 48/94, 101/2005 – др. закон и 51/2009 – др. Закон), а ни Закон о удружењима (Сл. гласник РС, бр. 51/2009), који је до недавно регулисао ову област. Напротив јавност рада удружења се истиче као начело. Међутим, остваривање јавности рада уређује се статутом удружења, тако да надлежни орган удружења може уредити и круг података који представљају пословну тајну. Вид.: чл. 5 Закон о удружењима.

49 В. Водинелић, 183. У хрватском праву, пословна тајна је податак који као такав одреде трговачко друштво, установе или друге правне особе. Вид.: чл. 19, ст. 1 Закон о заштити тајности података.

50 Чл. 83, ст. 1 Закон о привредним друштвима (2011).

51 В. Водинелић, 160.

52 *Ibid.*

су туђи, тичу се трећег лица (пацијента,<sup>53</sup> клијента и сл). Овај је у поверењу саопштио нешто о себи, односно својим личним и имовинским приликама, другој уговорној страни. Ако је ова друга страна припадник одређене професије (лекар, свештеник, адвокат) везује га дужност неодавања података до којих су дошао у вршењу свога позива. Код пословне тајне велом тајне се штите подаци о привредном друштву, а субјекат дужности чувања тајне су лица која имају посебне дужности према друштву, на пример, директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи,<sup>54</sup> као и лица запослена у друштву.<sup>55</sup>

Видимо да дужност неодавања погађа, по правилу, учеснике правног лица, али се на њих не ограничава. Тако Кодекс пословне етике шири круг субјекта дужности неодавања, па су то поред лица која су запослена у привредном субјекту чланови његових органа, али и сва друга лица која на основу уговора обављају неку делатност у име и за рачун привредног субјекта.<sup>56</sup> Трећа лица коју су дужна да чувају тајну су, по правилу, у уговорном односу са имаоцем тајне. На пример, код уговора о лиценци ако је њен предмет непатентирани проналазак или тајно техничко знање и искуство, стицалац лиценце је дужан да га чува у тајности.<sup>57</sup> Код уговора о трговинском заступању заступник је по самом закону дужан чувати пословне тајне свог налогодавца за које је дознао у вези са повереним послом.<sup>58</sup> Ипак, у неким случајевима закон предвиђа обавезу трећих лица да чувају пословну тајну, иако нису у уговорном односу са имаоцем тајне. Тако је наручилац јавне набавке дужан да доследно поштује законите интересе понуђача, штитећи њихове техничке и пословне тајне.<sup>59</sup>

Пословна тајна се од службене тајне такође разликује у погледу круга лица којима је ова обавеза наметнута. На пример, као субјекти чувања службене тајне се наводе царински орган,<sup>60</sup> односно службена лица и друга лица која учествују у пореском поступку.<sup>61</sup>

53 Ј. Радишић, „Дужност чувања медицинске тајне“, *Анали Правног факултета у Београду* 3–4/2002, 325–337.

54 Чл. 61, ст. 1 Закон о привредним друштвима (2011).

55 Чл. 72, ст. 1 Закон о привредним друштвима (2011).

56 Чл. 40, ст. 1 Кодекс пословне етике.

57 Чл. 698 Закон о облигационим односима – ЗОО.

58 Чл. 799, ст. 1 ЗОО.

59 Чл. 46, ст. 2 Закон о јавним набавкама.

60 „Царински орган чува као службену тајну податке који су по својој природи поверљиви или су прибављени у тајности и не сме их даље саопштавати без писмене сагласности лица или овлашћеног органа који их је дао.“ Вид.: чл. 25, ст. 1 Царински закон, *Сл. гласник РС*, бр. 18/2010.

61 Службену тајну дужна су да чувају сва службена лица и друга лица која учествују у пореском, порескопрекршајном и судском поступку. Чл. 7, ст. 3 Закон о пореском поступку и пореској администрацији.

### 2.1.3. Дужност неодавања

#### 2.1.3.1. Појам

Дужност неодавања или чувања тајне има за свој предмет нечињење, односно уздржавање од саопштавања поверљивих информација о пословању привредног друштва неовлашћеним трећим лицима. У правној књижевности се истиче да „обавеза чувања тајне односно обавеза тајити значи обавезу чувара тајне да податак не учини доступним другоме и да га не употреби.“<sup>62</sup> Закон о привредним друштвима радњу противну дужности чувања пословне тајне назива „саопштавање“. При том саопштавање трећем лицу може бити не само усмено преношење, него и стављање на увид, са и без предаје носача информације. Сматрамо да дужност чувања тајне није повређена простим казивањем, на пример, поверљиву информацију је чула комшиница којој нека компликовна формула не значи апсолутно ништа, није у стању ни да је запамти, а поготово не да је искористи). Саопштавање мора бити праћено сазнањем од трећег неовлашћеног лица, тако да постоји опасност наступања штете за имаоца тајне, односно опасност да ће сазнавалац исту употребити за стицање користи.<sup>63</sup> Према нашој судској пракси: саопштавање или предаја непозваном лицу шифре за отварање касе у којој се чувају документи који садрже тајне податке без истовременог стварања могућности том лицу да отвори наведену касу и изврши увид у поменуте документе, само по себи, не значи чињење ових података доступним.<sup>64</sup>

#### 2.1.3.2. Границе дужности неодавања

Неопходан је оправдан интерес да се одређени пословни податак таји.<sup>65</sup> Овај интерес не сме бити противзаконит. Обавеза неодавања

62 В. Водинелић, 182.

63 Поштовање принципа и правила пословне етике такође подразумева дужност чувања пословне тајне. Чл. 2, ст. 1, тачка 6 Кодекс пословне етике.

64 На овај начин је суд резонувао у једном случају у коме се расправљало о постојању кривичног дела одавања државне тајне. Према овој одлуци „треба имати у виду да се самим поседовањем шифре за отварање касе не стиче истовремено и могућност да се иста отвори од стране непозваних лица и на тај начин изврши увид у документа која су се налазила у каси. При томе, треба имати у виду и да се каса налазила у посебно обезбеђеним и печатеним просторијама војног изасланства, а сам улазак у те просторије непозваним лицима је, без одобрења надлежног органа, практично био немогућ.“ (Пресуда Врховног војног суда II К бр. 445/2000 од 15.2.2001. године – Збирка судских одлука Савезног суда, Књига двадесет седма, Свеска I за 2001. годину – стр. 28) Привредник бр. 155 – Специјални додаток. Наведено према: Paragraf Lex.

65 В. Водинелић, 181. У нашој судској пракси било је и предлога за оцену уставности и законитости Одлуке о пословној тајни. У предлогу се наводи да су оспореном одлуком под пословном тајном подведена и документа, односно по-

пословне тајне, ни у ком случају не сме значити заташкавање и прикривање. Закон штити претежнији интерес искључујући у одређеним случајевима противправност радњи саопштавања пословне тајне трећим лицима. Тако се неће сматрати повредом дужности чувања пословне тајне саопштавање података у случајевима када је то: обавеза прописана законом; неопходно ради обављања послова или заштите интереса друштва. Надаље, неће се сматрати повредом дужности неопадања саопштавање поверљивог пословног податка учињено надлежним органима или јавности искључиво у циљу указивања на постојање дела кажњивог законом.<sup>66</sup> Управо супротно, привредно друштво је дужно да пружи потпуну заштиту лицу које поступајући савесно у доброј вери указује надлежним органима на постојање таквих информација.<sup>67</sup>

У поступку додељива статуса пословне тајне одређеним подацима, управа друштва не сме на било који начин привилеговати, односно дискриминисати, учеснике на тржишту, на пример, прописујући да је иста информација доступна већинском акционару, а поверљива информација за мале акционаре.<sup>68</sup>

У неким случајевима закон изричито регулише шта се не може сматрати пословном тајном. Тако се у поступку јавних набавки неће сматрати поверљивом цена и остали подаци из понуде који су од значаја за примену елемената критеријума и рангирање понуде.<sup>69</sup>

даци који морају бити доступни сваком акционару предузећа „Jaffa“, као што су подаци о капацитетима, обиму и структури производње, организацији процеса производње и пословања, стању дуговања и потраживања... (члан 1). Чланом 2 оспорене одлуке предвиђено је да се сви наведени подаци смештају у евиденцијама и архивама Друштва на начин да неовлашћена лица не могу имати приступ тим подацима према редовном току ствари. На основу таквог предлога Уставни суд је донео одлуку „Утврђује се да Одлука о изменама и допунама Одлуке о пословној тајни АД „Jaffa“ Фабрика бисквита Црвенка, број 825 од 23. марта 2005. године, у време важења није била у сагласности с Уставом и законом.“ (Одлука Уставног суда, ИУ број 248/2005 од 10. јула 2008. године, објављена у *Сл. гласнику РС*, бр. 74/2008 од 7. августа 2008. године).

66 Чл. 73 Закон о привредним друштвима (2011).

67 Чл. 74, ст. 4 Закон о привредним друштвима (2011). Сматрамо при том да би приликом следеће редакције законског текста требало изменити и овај члан избегавајући „правни плеоназам“ по коме неко лице може да поступа „савесно у доброј вери“. Закон о привредним друштвима (2004) даје нешто другачију негативну дефиницију по којој се не може сматрати пословном тајном: „информација чије је објављивање обавезно у складу са законом или које су у вези са повредом закона, добре пословне праксе или принципа пословног морала, укључујући и информацију за коју постоји основана сумња на постојање корупције, не може се сматрати пословном тајном привредног друштва и објављивање ове информације је законито, ако има за циљ да заштити јавни интерес.“ Чл. 38, ст. 2 Закон о привредним друштвима (2004).

68 И. Јанковец, 54.

69 Чл. 12, ст. 2 Закон о јавним набавкама.

Ако се прихвати становиште по коме и друга правна лица, као што су политичке странке, а не само привредна друштва могу имати пословну тајну онда изричито предвиђених граница тајности има и више. Тако политичка странка не може својим статутом предвидети као пословну тајну податак о трошковима изборне кампање. Ово из разлога што је императивном нормом предвиђена обавеза политичког субјекта који учествује у изборној кампањи да достави извештај о трошковима изборне кампање Агенцији за борбу против корупције, како би овај извештај потом био објављен и на Интернету.<sup>70</sup>

### 2.1.3.3. Трајање

Према Закону о привредним друштвима (2011) субјекти обавезе неодавања су дужни да пословну тајну чувају и након престанка тог својства, у периоду од две године од дана престанка тог својства. Оснивачким актом, статутом, одлуком друштва или уговором закљученим са тим лицима може се предвидети да тај период буде дужи, али не дужи од пет година.<sup>71</sup> У неким случајевима дужност неодавања пословне тајне није временски ограничена. Тако код уговора о трговинском заступању заступник и после престанка заступања одговара ако пословну тајну искористи или је открије.<sup>72</sup> Ни обавеза чувања банкарске тајне не престаје по губитку статуса на основу ког су лица која ову дужност имају остварили приступ поверљивим подацима.<sup>73</sup> С тим што у погледу података који се тичу клијента, а сматрају се банкарском тајном клијент може у писаној форми разрешити банку дужности неоткривања.<sup>74</sup>

### 2.1.3.4. Санкција за повреду дужности

Против лица које повреди дужност неодавања друштво може поднети одговарајућу тужбу.<sup>75</sup> Овом тужбом се може тражити: на-

70 Вид: чл. 29 Закон о финансирању политичких активности, *Сл. гласник РС*, бр. 43/2011. Законска обавеза достављања агенцији је предвиђена и у погледу годишњих финансијских извештаја. Чл. 28 Закон о финансирању политичких активности.

71 Чл. 72, ст. 2 Закон о привредним друштвима (2011).

72 Чл. 799, ст. 2 ЗОО.

73 Чл. 47, ст. 2 Закон о банкама.

74 Банка може податке о клијенту који се сматрају банкарском тајном саопштити трећим лицима само уз писмено одобрење тог клијента, осим ако овим или другим законом није друкчије прописано. Чл. 47, ст. 3 Закон о банкама.

75 Закон изричито наводи да је посебну тужбу због повреде дужности чувања пословне тајне могуће поднети само против „лица из чл. 61.“ Закона о привредним друштвима (2011) (лица која имају посебне дужности према друштву). Изгледа да ова тужба није могућа и према осталим лицима запосленим у друштву који по самом Закону имају дужност чувања пословне тајне. Вид.: чл. 74, ст. 1



кнада штете; искључење тог лица као члана друштва (ако је то лице члан друштва); раскид радног односа за то лице, ако је то лице запослено у друштву.<sup>76</sup> Тужба за повреду дужности чувања пословне тајне се може поднети у року од шест месеци од дана сазнања за одавање пословне тајне (субјективни рок), а најкасније у року од пет година од дана учињене повреде (објективни рок).<sup>77</sup> При том ова тужба може бити индивидуална и деривативна. Индивидуална је тужба члана друштва за накнаду штете против лица које има посебну дужност чувања пословне тајне,<sup>78</sup> а деривативна је тужба коју један или више чланова друштва може поднети у своје име, а за рачун друштва ако су у тренутку подношења тужбе испуњени одређени услови.<sup>79</sup> Ако је друштво поднело тужбу због повреде дужности чувања пословне тајне, члан друштва који је од друштва захтевао подношење те тужбе, може од суда пред којим се води поступак захтевати да му дозволи да ступи у парницу као умешач на страни тужиоца.<sup>80</sup> Ако је обавеза чувања пословне тајне уговорног карактера, (нпр. настала на основу уговора о пружању консултантских услуга), у ситуацији када је такав уговор повређен, друштво, у складу са општим правилима облигационог права, може захтевати раскид уговора и накнаду штете.

### 2.1.4. Дужност оданости (лојалности)

#### 2.1.4.1. Појам

Заштита пословне тајне се посредно остварује и кроз уговарање клаузуле о забрани конкуренције.<sup>81</sup> Уговором о раду је могуће пред-

Закон о привредним друштвима (2011). Према запосленима који су повредили дужност неодавања пословне тајне привредном друштву остају правозаштитни захтеви у складу са општим правилима облигационог и радног права.

76 Подношење ове тужбе не искључује и не условљава могућност отказа радног односа у складу са законом којим се уређују радни односи. Чл. 74, ст. 1 и ст. 2 Закон о привредним друштвима (2011).

77 Чл. 77 Закон о привредним друштвима (2011).

78 Чл. 78 Закон о привредним друштвима (2011).

79 Ако у тренутку подношења тужбе 1) поседују уделе или акције који представљају најмање 5% основног капитала друштва, независно од тога да ли је основ за подношење деривативне тужбе настао пре или након стицања својства члана друштва; 2) ако су пре подношења деривативне тужбе писаним путем захтевали од друштва да поднесе тужбу по том основу, а тај захтев је одбијен, односно по том захтеву није поступљено у року од 30 дана од дана подношења захтева. Чл. 79 Закон о привредним друштвима (2011).

80 Чл. 80, ст. 1 Закон о привредним друштвима (2011).

81 Ово је значајно ограничење слободе рада на коју се запослени обавезује уговором о раду. Вид.: Д. Симоновић, *Радноправна читанка – прва књига*, Београд 2009, 473.

видети послове које запослени не може да ради без сагласности послодавца код кога је у радном односу ако постоје услови да запослени радом код послодавца стекне нова, посебно важна технолошка знања, широк круг пословних партнера или да дође до сазнања важних *пословних информација и тајни*.<sup>82</sup> У овом случају дужност неодавања пословне тајне је део ширег корпуса дужности запосленог који можемо звати и дужност лојалности.

#### 2.1.4.2. Санкција за повреду дужности

Ако запослени прекрши забрану конкуренције, послодавац има право да од запосленог захтева накнаду штете.<sup>83</sup> Другим речима, ако је лице које је на раду код другог послодавца дошло до сазнања важних пословних информација и тајни почело да ради у своје име и за свој рачун, као и у име и за рачун другог правног или физичког лица, противно уговореној забрани конкуренције претходни послодавац стиче право на накнаду штете. Међутим, ако уговорна казна није стипулисана, а послодавац тврди да је штета последица одавања пословне тајне, постојаће његова обавеза да докаже штету и њену висину.<sup>84</sup>

#### 2.1.4.3. Трајање

Ако је тако уговорено забрана конкуренције може трајати и по престанку радног односа, али не дуже од две године по престанку радног односа.<sup>85</sup> С тим да се у случају продуженог дејства заштите, послодавац мора обавезати да ће запосленом исплатити накнаду у уговореном износу. „Ако је уговорена забрана конкуренције по престанку радног односа, али не и обавеза послодавца да у том случају запосленом исплати *накнаду зараде*, послодавац нема право да од запосленог захтева накнаду штете зато што је исти после престанка радног односа започео са радом у конкурентском предузећу.“<sup>86</sup> Другим речима, ова забрана се *ipso iure* може уговорити само ако је уго-

82 Чл. 161, ст. 2 Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005 и 54/2009.

83 Чл. 161, ст. 4 Закон о раду.

84 „Да би се дужник обавезао да повериоцу накнади штету, поверилац је дужан да докаже да је претрпео штету, те да је штета претрпљена због неиспуњења уговорне обавезе од стране дужника. Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 321/2004 од 9.9.2004. године – *Судска пракса трговинских судова – Часопис за привредно право* 1/2005, 157) Чини се да је у овој ситуацији могуће употребити и захтев да се уклони опасност штете. Чл. 156 ЗОО.

85 У овом случају се послодавац уговором о раду обавезује да ће запосленом исплатити новчану накнаду у уговореној висини. Чл. 162, ст. 2 Закон о раду.

86 Мишљење министарства рада, бр. 011–00–10/2008. Наведено према: Д. Симоновић, 477.

ворена накнада запосленом, накнада је овде битан елеменат уговора. Међутим, уговорена накнада о којој говори Закон о раду не сме се једначити са зарадом запосленог. Уговорено давање представља накнаду за престацију бившег запосленог која се огледа у нечињењу. Ова накнада може бити већа од износа зараде коју је запослени имао код бившег послодавца, али не сме бити несразмерно мања.<sup>87</sup> При том није нужно да ова накнада буде уговорена у паушалном износу,<sup>88</sup> већ у том погледу постоји слобода уговарања. Послодавац бившем запосленом на овај начин плаћа за добровољно ограничење права на рад које је гарантовано уставом.<sup>89</sup> Сматрамо да ће применом Закона о привредним друштвима (2011) посредан облик заштите пословне тајне с позивом на Закон о раду изгубити на значају. Ово из разлога што нови Закон продужава дужност чувања пословне тајне, како за лица која имају посебне дужности према друштву, тако и за остале запослене на период од две године од престанка тог својства (без било каквог додатног уговарања). С тим да ће у пракси већина привредних друштава искористити законску могућност и продужити дужност чувања пословне тајне на пет година (оснивачким актом, статутом, одлуком друштва или уговором).<sup>90</sup> Чини се да је на овај начин клатно заштите интереса битно померено на страну послодавца. Време ће проверити квалитет таквог регулисања и показати да ли ће послодавци с позивом на дужност чувања пословне тајне покушати да бившим запосленим ограниче слободу избора рада. Сматрамо да судови морају водити рачуна о могућности такве злоупотребе. Неко лице не може бити спутано у уставом гарантованом праву на рад без његове сагласности и правичне накнаде.

## 2.2. Кривичноправна заштита

Поверљиве информације уживају и кривичноправну заштиту. Тако се одавање пословне тајне сврстава у групу кривичних дела против привреде. „Ко неовлашћено другом саопшти, преда или на други начин учини доступним податке који представљају пословну

87 „Новчана накнада коју запослени добија због забране конкуренције јесте примање остварено по основу накнаде штете за измаклу корист коју би он реално могао очекивати према редовном току ствари, тј. да нема забране конкуренције.“ Мишљење министарства рада, бр. 011–00–15/2006–02. Наведено према: *Ibid*, 477.

88 Супротно овом неки аутори сматрају да се висина ове новчане накнаде утврђује уговором о раду у паушалом износу. Коментар уз чл. 162, ст. 2 Закон о раду, З. Ивошевић, М. Ивошевић, *Коментар Закона о раду*, Београд 2007, 298.

89 Чл. 60 Устав Републике Србије. Из тог разлога „ова заштита се не односи на случај када је радни однос раскинут због кршења клаузуле забране конкуренције“. Мишљење министарства рада, број 011–00–922/2006–02. Наведено према: Д. Симоновић, 477.

90 Вид: чл. 72, ст. 2 Закон о привредним друштвима (2011).

тајну или ко прибавља такве податке у намери да их преда непозваном лицу, казниће се затвором од шест месеци до пет година.<sup>91</sup> Кривичноправно законодавство приступа појму пословне тајне на сличан начин као и право друштава. Пословном тајном сматрају се „подаци или документи“.<sup>92</sup> С тим у вези, нећемо понављати расправу о потреби усвајања кохерентнијег становишта по коме је предмет ове врсте правне заштите „информација“, а не њен носач као такав.

Чини се да у ситуацији када се доследно прихвати став по коме је објекат радње – „податак“ довољно рећи да је радња извршења овог кривичног дела чињење доступним поверљивог податка непозваном лицу. С тим да се чињење доступним разуме као омогућавање непозваном лицу да се на било који начин упозна са садржином података: непосредно или путем средстава комуникације.<sup>93</sup> При том се кривично дело одавања сматра довршеним самим прибављањем поверљивих података са таквом намером. Овде дакле постоји јасна разлика између грађанскоправног појма одавања, где се тражи да је поверљива информација саопштена трећем лицу и кривичноправног појма радње одавања, где је довољно само прибављање ових података у намери да се предају непозваном лицу.<sup>94</sup> Чини се да радњу одавања пословне тајне прибављањем са одређеном намером може учинити пре свега лице које није овлашћено да приступа овим подацима, али и лице које иначе њима рукује ако околности указују на такву намеру, нпр. важну формулу и резултате настале њеном применом у неком технолошком процесу овлашћено лице узме из лабораторије и понесе на „туристичко путовање“. Међутим, нема кривичног дела одавања пословне тајне ако не постоји могућност да услед такве радње наступе штетне последица за привреду (на пример, ако су неки подаци формално означени као пословна тајна, али је јавност са њима већ упозната).<sup>95</sup>

Као што смо већ истакли Закон о привредним друштвима (2011) не степенује поверљивост различитих података који чине пословну тајну. Међутим, Кривични законик уводи посебну категорију „нарочито поверљивих података“ чије одавање представља тежи об-

91 Чл. 240, ст. 1 Кривични законик, *Сл. гласник РС*, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009.

92 Чл. 240, ст. 4 Кривични законик.

93 Обухвата и сопштавање и предају докумената који садрже пословну тајну (нпр. остављањем на договореном месту). Опширније о радњи извршења кривичног дела одавања пословне тајне. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, Београд 2009, 572.

94 Кривично дело одавања пословне тајне може бити учињено и из нехата. Чл. 240, ст. 3 Кривични законик.

95 Стручни коментар „Одавање пословне тајне“, *Paragraf Lex*.

лик овог кривичног дела.<sup>96</sup> Ово отвара дилему да ли је привредно друштво то, које својим општим актом прецизира који су то подаци „нарочито поверљиви“? Чини се да не постоје законске препреке да друштво неки податак о свом пословању класификује као нарочито поверљив. Ипак, улога суда је да (пре свега водећи рачуна о штетним последицама одавања по његовог законитог имаоца) испита природу откривеног податка и тако попуни садржину овог правног стандарда. За ову инкриминацију није нужно да је одавање тајне учињено из користољубља, али ако то јесте случај постоји тежи облик дела.

Одавање осетљивих пословних података се под одређеним околностима може квалификовати и као кривично дело шпијунаже које спада у групу кривичних дела против безбедности. Дело шпијунаже се сматра учињеним ако неко војне тајне, економске или службене податке или документе саопшти, преда или учини доступним страном држави, страном организацији или лицу које им служи. Разлика између кривичног дела одавања пословне тајне и кривичног дела шпијунаже је у субјекту коме се информација чини доступним. Код шпијунаже је то увек лице повезано са другом државом. Ово дело је по својим друштвеним последицама сложеније, па је и запређена казна за учиниоца сразмерно тежа.<sup>97</sup> Дело одавања пословне тајне и кривично дело шпијунаже не могу бити у стицају.

Овде се може уочити извесна различитост појма пословне тајне који усваја Кривични законик и дефиниције пословне тајне у Закону о привредним друштвима (2011). Према Кривичном законнику пословном тајном сматрају се подаци и документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеном на основу закона проглашени пословном тајном. У овом делу постоји поклапање приватноправног и јавноправног појма пословне тајне, међутим у наставку дефиниције ово сагласје изостаје. За кривично право, пословна тајна је само „податак чије би одавање проузрокова-

96 Ако постоји тежи облик дела одавања пословне тајне учинилац може бити кажњен затвором од две до десет година и новчаном казном. Чл. 240, ст. 2. Кривични законик. Опширније 3. Стојановић, 573.

97 И креће се у распону од 3 до 15 година. Чл. 315, ст. 1. Кривични законик. „Тајним се сматрају они војни, економски или службени подаци или документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеним на основу закона проглашени тајним, а чије би одавање проузроковало или би могло да проузрокује штетне последице за безбедност, одбрану или за политичке, војне или економске интересе земље.“ Чл. 315, ст. 6 Кривични законик. Опширније о појму економске шпијунаже у нашој правној књижевности вид: Д. Алексић, „Заштита интелектуалног капитала у конкурентној привреди – пословна тајна и економска шпијунажа као изазови савременог друштва“, *Безбедност* 3/2007, Београд, 109–131, и С. Нешковић, „Економска шпијунажа у савременој међународној констелацији“, *Економија: теорија и пракса* 1/2011, 111–127.

ло или би могло да проузрокује штетне последице за предузеће или други субјект привредног пословања“. Са друге стране, као што смо већ истакли, према Закону о привредним друштвима (2011), пословна тајна алтернативно може бити како податак чије би саопштавање трећем лицу могло нанети штету друштву, тако и „податак који има или може имати економску вредност зато што није опште познат, нити је лако доступан трећим лицима која би његовим коришћењем или саопштавањем могла остварити економску корист“. Другим речима, кривичноправни појам пословне тајне је одређен уже него појам пословне тајне у праву друштава. Ово отвара дилему да ли би лице које је неком трећем саопштило осетљив пословни податак могло одговорати за кривично дело одавања пословне тајне, ако ово саопштавање не штети имаоцу тајне али би употребом таквог податка треће лице остварило економску корист? Изгледа да то није случај. Иако постоји грађанскоправна одговорност, у ситуацији када одавање пословне тајне не повлачи штетне последице за господара тајне, већ само доноси корист трећем лицу, у складу са начелом законитости у кривичном праву неће постојати кривичноправна одговорност (*nullum crimen nula poena sine lege certa*).<sup>98</sup> Из овога произлази да неовлашћена употреба тајне у своју корист такође не представља радњу извршења кривичног дела одавања пословне тајне.<sup>99</sup>

### 3. ПРОЦЕСНОПРАВНИ ОКВИР

Тајност неког података може довести до одређених последица у парничном, кривичном и управном поступку. Те последице се могу огледати у могућности искључења јавности и у могућности ускраћивања исказа сведока.

#### 3.1. Искључење јавности

У поступцима пред државним органима важи начело јавности.<sup>100</sup> Ипак, у парничном поступку суд може искључити јавност за целу глав-

98 „Кривични закон мора да има висок степен одређености у погледу предвиђених инкриминација, односно прописаних кривичних дела и казни.“ Опширније М. Шкулић, „Начело законитости у кривичном праву“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2010, 66–107.

99 Изостављање неовлашћене употребе пословне тајне из радње овог кривичног дела се у правној науци истиче као недостатак. Вид: Р. Miladin, „Kritika zakonskog uređenja instituta poslovne tajne“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu* 3/2000, 352.

100 Опширније о јавности расправљања пред судом које је један основа за изградњу правне државе вид. А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд 2009, 157–158

ну расправу или један њен део, ако то захтевају интереси чувања пословне тајне.<sup>101</sup> Суд о искључењу јавности одлучује решењем против кога није дозвољена посебна жалба. Ово решење мора бити образложено и јавно објављено.<sup>102</sup> У кривичном поступку чување пословне тајне није предвиђено као посебан разлог за искључење јавности. Искључење је наравно могуће ако би чување пословне тајне могло да се подведе под неки други разлог за искључење јавности, нпр. чување националне безбедности.<sup>103</sup> Ако би се расправљало о околностима које представљају пословну тајну искључење јавности је могуће и у прекршајном<sup>104</sup> и управном поступку.<sup>105</sup> Могућност искључења јавности из разлога заштите пословне тајне је изричито предвиђена и у неким посебним поступцима. Тако је нпр. у поступку јавних набавки – отварање пријава и понуда јавно. Међутим, наручилац јавне набавке изузетно може из разлога чувања пословне тајне одлучити да поступак отварања понуда и пријава не буде јаван. С тим да је такву одлуку наручилац дужан да наведе приликом оглашавања јавне набавке.<sup>106</sup>

### 3.2. Ускраћивање сведочења

У законом предвиђеним случајевима одређена лица могу ускратити сведочење. Закон о општем управном поступку изричито прописује да би могао ускратити сведочење онај сведок који би одговором на поједина питања повредио обавезу, односно право да чува пословну тајну.<sup>107</sup> Закон о парничном и кривичном поступку не предвиђају изричито ову могућност. Ипак, чини се да би у парничном поступку сведок који таји пословну тајну могао ускратити

101 Суд може искључити јавност и ако то захтевају интереси чувања службене и личне тајне, интереси јавног реда или разлози морала. Чл. 308, ст. 1 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 125/2004 и 111/2009.

102 Чл. 310 Закон о парничном поступку.

103 Чл. 292 Законик о кривичном поступку, *Сл. лист СРЈ*, бр. 70/2001 и 68/2002 и *Сл. гласник РС*, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон, 72/2009 и 76/2010.

104 Ради очувања тајне, заштите морала, интереса малолетника или заштите других посебних интереса друштвене заједнице, може се искључити јавност рада у свим или само у појединим фазама прекршајног поступка. Чл. 92, ст. 2 Закон о прекршајима, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 116/2008 и 111/2009.

105 Овај закон поред оних тајни које су до сада у нашем праву помињане као разлози за искључење јавности (државна, војна, службена и професионална тајна) као разлог за искључење јавности доноси и нове видове тајни – научну или уметничку тајну. Чл. 140, ст. 2, тач. 4 Закон о општем управном поступку, *Сл. лист СРЈ*, бр. 33/97 и 31/2001 и *Сл. гласник РС*, бр. 30/2010.

106 Исто правило важи и у погледу: службене, војне и државне тајне. Вид: чл. 75 Закон о јавним набавкама.

107 Исто правило важи и за: професионалну, уметничку и научну тајну. Вид: чл. 166, ст. 1, тач. 2 Закон о општем управном поступку.

сведочење са позивом на то да се ради о чињеницама које је сазнао у вршењу свог позива, односно делатности.<sup>108</sup> У кривичном поступку је изричито регулисан круг лица која се не могу испитати као сведоци, међутим изгледа да су чувари пословне тајне остали изван ове групе. Осим ако би се ова тајна у конкретном случају могла подвести под неку од оних тајни које Закон у овом контексту изричито помиње: државну,<sup>109</sup> војну, службену тајну у погледу којих се сведок не може испитати док га надлежни орган не ослободи те дужности, односно професионалну тајну, осим ако је ослобођен те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију корист је установљено чување тајне.<sup>110</sup> Чини се да је у овом случају значај кривичног поступка и добара која се штите у овом поступку однео правнополитичку превагну у односу на интерес чувања података који представљају пословну тајну.

#### 4. ЗАКЉУЧАК

Ступањем на снагу новог Закона о привредним друштвима српско право се у погледу заштите пословне тајне приближило међународним стандардима. Поверљив податак не мора бити инкорпорисан у било каквом запису или другом објекту.<sup>111</sup> Овај податак је обавијен велом тајности и доступан само одређеном кругу лица. Из тог разлога, пословна тајна, доноси компаративну предност њеном господару у односу на остале учеснике на тржишту. Неовлашћена употреба или саопштавање овог податка трећем лицу угрожава имовинске интересе његовог законитог имаоца, односно води неоснованом богаћењу неовлашћеног лица коме је податак саопштен.

Са своје стране, ималац тајне мора предузети разумне кораке како би овај податак био сигурно похрањен и тако сачуван од непозваних. Привредно друштво ће се, по правилу, потрудити да сва лица

108 Према слову закона сведок између осталог може ускратити сведочење „...о чињеницама које је сведок сазнао као адвокат, лекар, или у вршењу неког другог позива или неке друге делатности, ако постоји обавеза да се као тајна чува оно што се сазнало у вршењу тог позива или делатности“. Чл. 238, ст. 1, тач. 3 Закон о парничном поступку.

109 „Државном тајном сматрају се подаци или документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеним на основу закона проглашени државном тајном и чије би одавање проузроковало или би могло да проузрокује штетне последице за безбедност, одбрану или за политичке, војне или економске интересе Србије.“ Чл. 316, ст. 5 Кривични законик.

110 Чл. 97 Закон о кривичном поступку.

111 „There is no requirement that information exist in some tangible format in order to be protectible trade secret“. M. A. Epstein, *Epstein on intellectual property*, Fifth Edition 2006, 2007 Supplement, 21., <http://books.google.com>, 14. јул 2011.



која по било ком основу долазе у додир са овим податком сазнају да реч о пословној тајни. Ако се узме у обзир да информација данас значи моћ разумљив је интерес тајења одређених пословних података. Пословне информације постају роба. Све више се контексту заштите пословне тајне и *know-how* користе фразе као што су: „*proprietary information*“<sup>112</sup> и „*proprietary technology*“, што нужно доводи до преиспитивања појма и садржине класичних института приватног права: имовине и својине.

Обавеза неодавања пословне тајне се може извести из начела савесности и поштења. Ипак, законско уређење питања пословне тајне природно доприноси бољој заштити поверљивих информација уз очување јавног интереса. При том треба узети и обзир да је за имаоце тајне ово осетљива материја где и пренормираност може бити погубна. Одређену опасност носи и раштрканост норми о пословној тајни у различитим законима. Систематичност у законодавству, по правилу, утиче на правну сигурност, а опасност неусклађених и противречних нормативних решења своди на најмању могућу меру. Тако би, на пример, конзистентност појма пословне тајне у српском приватном и кривичном праву значајно допринела правној сигурности.

Пословна тајна јесте један од битних сегмената права на слободну пословну делатност.<sup>113</sup> Отуда, норме које уређују ову област морају створити одговарајућу климу на тржишту која подстиче иновативност и предузетнички дух, али, с друге стране, спречава монополизацију, отвара простор за здраву конкуренцију и мобилност запослених.

Mag. Nenad TEŠIĆ

Junior Faculty Member, Faculty of Law, University of Belgrade

## TRADE SECRET “THE SERBIAN WAY” (DE LEGE LATA)

### Summary

*It is quite clear that upon adoption of the new Company Law, regarding the trade secret protection, Serbia is much closer to international standards. In order to be protected, delicate business information need*

---

112 Вид: С. Montville, „Reforming the Law of Proprietary Information“, *Duke Law Journal* 56/2006–2007, 1159–1200.

113 С. Граић-Степановић, 392.

*not to be incorporated in any document or material object, but ought to be wrapped by confidentiality veil and available only to a close circle of authorized people. For that reason, trade secret brings to its rightful holder competitive advantage over other market participants. Consequently, the illicit leak of trade secret to third party could damage the commercial interests of its holder, or could lead to unjust enrichment of an unauthorized user. On his side, the holder of a trade secret must take reasonable steps to make sure that sensitive information is safely stored and protected from any intruders. Parallely, stipulating the non-disclosure and non-compete agreements, the company should take care that every person in contact with classified data is fully informed on their sensitivity.*

*Considering that nowadays „information means power“, it is fully understandable that market players have an economic interest to preserve valuable information. Business information becomes commodities. Phrases such as „proprietary information“ and „proprietary technology“ are increasingly being used in the context of trade secret and know-how protection, leading inevitably to reconsideration of the traditional notion of property and subjective rights in general.*

*Duty to maintain confidentiality of trade secret can be derived from the general principle of good faith. However, the explicit ruling on trade secret improves legal protection of its possessors, preserving the public interest as well. It should not be disregarded that the matter of trade secrets is particularly sensitive, thus an „over-regulation“ could create the exact opposite effect. As a rule, the systematic approach to legislation directly affects the legal certainty. Therefore, the consistency of the notion of trade secret in the Serbian Private and Criminal Law would significantly contribute to the legal certainty. The trade secret protection is an important segment of the free business activities. Hence, the legislation on this subject matter must create an appropriate market climate that encourages innovation and entrepreneurial spirit, but, at the same time, prevents monopolizations, opens the door for healthy competition and favors employee mobility.*

**Key words:** *trade secret, confidential information, commercial value, duty to maintain confidentiality, non compete clause, Compensation for damage, exclusion of the public.*