

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС

УДК 347: 342.95

Т. В. Бачинський

Навчально-науковий інститут права та психології
Національного університету “Львівськ політехніка”,
асистент кафедри цивільного права та процесу,
канд. юрид. наук, адвокат

ПОЛОЖЕННЯ ПРО НЕКОНКУРЕНЦІЮ У ІТ-СФЕРІ ТА ЧИННІСТЬ ЦИХ ПОЛОЖЕНЬ ЗАГАЛОМ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

© Бачинський Т. В., 2015

Розглянуто проблеми включення у цивільно-правові договори положення, що регламентують нездійснення конкуренції виконавцем послуг (переважно йдеться про послуги з розроблення програмного забезпечення). Також проаналізовано судову практику порушень договірних умов, що містили положення про неконкурунцію (або схожі до них).

Ключові слова: положення про неконкурунцію, договір про нерозголошення, договір про неконкурунцію

Т. В. Бачинский

ПОЛОЖЕНИЕ О НЕКОНКУРЕНЦИИ В ИТ-СФЕРЕ И ДЕЙСТВИТЕЛЬНОСТЬ ЭТИХ ПОЛОЖЕНИЙ В ЦЕЛОМ В СООТВЕТСТВИИ С ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВОМ УКРАИНЫ

Рассмотрены проблемы включения в гражданско-правовые договоры положений, регламентирующих неосуществление конкуренции исполнителем услуг (в основном речь идет об услугах по разработке программного обеспечения). Также проведен анализ судебной практики нарушений договорных условий, содержащих положение о неконкурунции (или похожие на них).

Ключевые слова: положение о неконкурунции, договор о неразглашении, договор о неконкурунции.

T. V. Bachynskyu

NON-COMPETITION PROVISIONS IN IT AND THEIR ENFORCEABILITY DUE TO UKRAINIAN LEGISLATION

The article concerns the problems of inclusion in civil contracts clauses governing non-competition by executive (mainly refers to the software development services). Also, the analysis of judicial practice of violations of contractual terms which contained clauses on competition (or similar to them).

Key words: non-competition clauses, non-disclosure agreement, non-competition agreement.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток ІТ-сфери у світі та в Україні зокрема спричиняє відповідно і зростання конкуренції на цьому ринку. Людський ресурс як основний капітал ІТ-компаній потребує надійних засобів захисту, зокрема і правових механізмів.

Кожен інвестор, вкладаючи значні кошти у розроблення того чи іншого нового програмного продукту, зацікавлений в тому, щоб якнайдовше зберегти його унікальність. Крім того, компанія завжди зацікавлена в збереженні цінних кадрів та недопущенні їх відпливу до конкурентів.

Стан дослідження. Питання положення про неконкурунцію знаходяться у суміжних площинах цивільного та трудового законодавства. З погляду трудового права ґрунтовно це питання досліджувала О. М. Рим Тим не менше, в реаліях української ІТ-індустрії, коли більшість програмістів працюють як фізичні особи-підприємці, а не як наймані працівники, питання застосування неконкурунції більше належить до проблематики цивільного та інформаційного права.

Мета дослідження – встановити теоретичні та практичні аспекти природи положення про неконкурунцію (як окремого договору, так і частини, наприклад, договору про нерозголошення), можливості його правозастосування в Україні та у світі, дослідити судову практику України у розрізі невиконання умов договору про неконкурунцію (чи схожих за змістом умов договору).

Виклад основних положень. Неконкурунція тісно пов'язана і з конфіденційністю, зокрема з комерційною таємницею, адже часто працівники, йдучи з фірми, “виносять” з собою інформацію, яку вони застосовували під час своєї роботи. Завжди є ризик, що у результаті “цінний кадр” з “цінною інформацією”, розуміючи можливість самостійно виробляти і продавати продукцію, використовує всі напрацювання компанії і організовує свій бізнес або ж переходить з готовими проектами в інші фірми.

На жаль, в Україні, на відміну від практики розвинених країн світу, зобов'язання про неконкурунцію фактично не мають жодної юридичної сили. Більше того, це стосується як трудових відносин з працівником, так і осіб, що працюють на основі цивільно-правових договорів.

Зрозуміло, що повна заборона займатися тим чи іншим видом діяльності чи виконувати певну роботу не можлива інакше, як на підставі закону та за рішенням суду. Конституція України гарантує кожному право на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом. Відповідно до ст. 27 Цивільного кодексу України, правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним.

Стаття 5–1 Кодексу законів України про працю встановлює, що держава гарантує працездатним громадянам, які постійно проживають на території України, вільний вибір виду діяльності.

Компанії різними способами намагаються прописати в договорах зобов'язання щодо неконкурунції. Часто на зразок договорів іноземних компаній використовують формулювання щодо “заборони займатися діяльністю, аналогічною до діяльності Компанії, або брати участь у проектах, аналогічних до проектів Компанії, самостійно чи разом з іншими особами, на певний строк”.

Такі положення обґрунтовують, як правило, принципом свободи договору. Так, ст. 627 Цивільного кодексу України закріплює, що сторони є вільні в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов Договору з урахуванням вимог ЦК, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

Виходячи з положень ч. 2. ч. 3. ст. 6 Цивільного кодексу України, сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. Сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд.

Однак, судова практика, яка склалася в Україні, свідчить на користь незаконності будь-яких договорів щодо обмеження прав особи займатися тією чи іншою діяльністю, незалежно від обмеження певними видами чи строком. Така правозастосовча практика є однозначною щодо умов про неконкурунцію в трудових відносинах.

Так, рішенням Червонозаводського районного суду м. Харкова від 6 листопада 2009 року було відмовлено у позові ТОВ “Український кур’єр” до колишнього працівника про відшкодування шкоди, заподіяної працівником підприємству внаслідок невиконання обов'язків, передбачених трудовим договором (контрактом) [1].

Позивач обґрунтовував свої вимоги тим, що відповідно до умов трудового контракту відповідачеві та його родичам забороняється в період дії договору й протягом трьох років після

закінчення його дії бути власниками або співробітниками інших засобів масової інформації, безпосередньо або опосередковано займатися бізнесом кур'єрської доставки рекламних, інформаційних та інших матеріалів, а також випуском безкоштовно розповсюджуваних рекламно-інформаційних видань, однак в порушення умов контракту чоловік відповідача зареєстрував інший засіб масової інформації та використавши спеціальну адресну програму ТОВ “Український кур'єр”, його розповсюдив, що завдало шкоди підприємству у вигляді упущеної вигоди в розмірі 21 600 грн.

Суд, відмовляючи у задоволенні позовних вимог, посилався на те, що відповідно до Конституції України кожному гарантується право на працю. Згідно зі ст. 5-1 КЗпП України держава гарантує працездатним громадянам вільний вибір виду діяльності. Відповідно до ст. 9 КЗпП України умови трудових договорів, які погіршують положення співробітників порівняно із трудовим законодавством України, є недійсними. Відповідно, положення оспорюваного трудового контракту позивача із відповідачем є недійсними, оскільки погіршують не тільки положення відповідача, а й положення та права її родичів. Крім того, згідно зі ст. 130 КЗпП України на співробітників не може бути покладена відповідальність за недержаний підприємством прибуток.

18 серпня 2014 року Судовою палатою у цивільних справах Апеляційного суду Дніпропетровської області було скасовано рішення Синельниківського міськрайонного суду Дніпропетровської області та відмовлено позивачеві, ТОВ “Таегутек України”, у стягненні з колишнього працівника штрафу в розмірі 193 771,86 грн. та моральної шкоди в розмірі 100 000 грн. [2].

Спочатку позивачеві вдалося довести обґрунтованість вимог: суд першої інстанції задовольнив позовні вимоги у частині стягнення штрафу, посилаючись на норми цивільного законодавства, що встановлюють свободу договору, а також на те, що відповідач не заявляв в судовому процесі вимоги про визнання договору недійсними і визнав порушенням дії відповідача із створення підприємства з аналогічними видами діяльності.

Однак, Апеляційний суд визнав таке рішення незаконним, обґрунтовував свою позицію статтею 48 Конституції України, згідно з якою кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується, а також нормами Кодексу законів України про працю. Суд встановив, що умови договору найму в частині заборони відповідачеві протягом трьох років після розірвання або закінчення строку дії договору найму з будь-яких причин безпосередньо чи опосередковано займатись будь-яким видом діяльності, подібним до того, який провадився позивачем або конкуруючим з ним, чи то у вигляді як самостійного ведення діяльності, чи як член будь-якого партнерства або юридичної особи, чи як консультант, акціонер, інвестор, працівник, службовець або директор будь-якої корпорації або інша юридична особа, а також щодо стягнення штрафу, порушує права відповідача та суперечить чинному законодавству [3].

Питання законодавчого визначення можливості укладати договори про неконкуренцію в сфері трудових відносин з метою належного захисту прав роботодавців та забезпечення міжнародних стандартів вже давно обговорюється як у наукових, так і в практичних сферах юриспруденції. Як зазначає О. М. Рим, укладення угоди про неконкуренцію з метою запобігання неправомірному використанню відомостей, що є комерційною таємницею, тобто договірне регулювання цих відносин якнайбільше відповідає існуючим економічним та соціальним умовам. Однак, такі угоди не можуть використовуватись для повного обмеження господарської та професійної діяльності працівника, а тільки для захисту трудових та майнових прав роботодавця. [4, 9]

Відсутність правової конструкції для регулювання неконкуренції у трудових відносинах зумовлює пошуки різних шляхів для захисту своїх інтересів роботодавцем. Наприклад, є випадки, коли при прийнятті на роботу угоду про неконкуренцію “маскують” під фіктивний договір позики, беручи від працівника розписку про отримання певної суми коштів з попередженням про її застосування у разі переходу до конкурентів. Однак, такий спосіб, крім того, що є не зовсім чесним і законним, є ненадійним з погляду правозастосовної практики. Суди під час розгляду справ про стягнення боргу за такими розписками, з'ясувавши реальні обставини справи, часто стають на бік працівників, визнаючи договір позики фіктивним і, відповідно, недійсним. Так, рішенням Сакського міськрайонного суду Автономної Республіки Крим було відмовлено в позові ОСОБА_1 до ОСОБА_2 про стягнення грошового боргу за договором позики, оскільки відповідачу, що працював у позивача – фізичної особи-підприємця без офіційного оформлення трудових відносин, вдалось довести, що

розписки відбирались у працівників під психологічним примусом з метою недопущення переходу до конкурентів, а реального передання грошей не було [5].

Угоди про неконкурунцію в межах цивільно-правових та господарсько-правових відносин також не мають належного законодавчого регулювання. Незважаючи на принцип свободи договору, конституційне право кожної особи на працю та підприємницьку діяльність вважається таким, що не може бути обмежено інакше як згідно з законом чи за рішенням суду. Відповідно, відсутність законодавчої можливості обмежити неконкурунцію, зокрема, у сферах розроблення програмного забезпечення та інших інформаційних послуг, не дає змоги встановлювати такі обмеження у договорах за згодою сторін.

Разом з тим, радимо включати розділи про неконкурунцію в контракти про надання послуг з розроблення програмного забезпечення. По-перше, такі положення із зазначенням на можливе застосування великих штрафів так чи інакше мають психологічний ефект і превентивну дію щодо порушення взятих на себе зобов'язань. Простіше кажучи, не кожен програміст є добре обізнаним з законодавством та практикою українських судів і, відповідно, можливості своєї поведінки розглядатиме в межах прав та обов'язків, взятих на себе за договором.

По-друге, практика застережень про неконкурунцію є звичайною та нормальною у цій сфері відносин у розвинених країнах світу. Тому якщо правом, що регулює відносини за договором у зовнішньоекономічних контрактах, буде інше, ніж право України, положення швидше за все будуть визнаватися дійсними і будуть підставою стягнення штрафів за їх порушення.

По-третє, стрімкий розвиток сфери інформаційних технологій та процеси євроінтеграції, безумовно, впливають на правозастосування в Україні, тому не виключено, що найближчим часом і законодавство, і практика судів даватиме можливість підприємствам захищати свої інтереси щодо нечесної конкуренції та використання комерційної таємниці без порушення мінімальних гарантованих прав виконавців чи працівників договірним встановленням обмежень та відповідальності за їх порушення.

Для надійнішого забезпечення недопущення конкуренції між виконавцем та замовником, важливим є чітке визначення умов про нерозголошення конфіденційної інформації та відповідальність за використання комерційної таємниці.

Фактично найбільший ризик для замовника завжди становить те, що напрацювання та розробки, здійсненні виконавцем у межах його проєктів, може використовувати виконавець у конкуруючих фірмах чи у власних проєктах. А враховуючи те, що комерційна таємниці та конфіденційна інформація в Україні мають кращий правовий захист, ніж угоди про неконкурунцію, варто визначати такі договірні конструкції, які істотно ускладнюють вплив кадрів з фірми. Заборонивши програмісту використовувати поза межами роботи на замовника конкретно перелічену інформацію, дані, розробки, плани, коди, алгоритми тощо, можна позбавити його можливості працювати окремо з важливою частиною ресурсів, які йому необхідні для роботи, з ризиком сплати значних штрафів.

Звісно, таке забезпечення неконкурунції через конфіденційність не є абсолютно надійним способом захисту, оскільки не завжди можна довести, який саме елемент комерційної таємниці замовника використав виконавець у власних цілях, однак може дати можливість стягнути з особи збитки, завдані фірмі, у зв'язку з незаконним використанням конфіденційної інформації.

Хоче є і протилежна думка (щодо укладення NDA договорів та викладу у них положень про неконкурунцію). Юрій Паламарчук зазначає: “у NDA інколи вказуються практично нездійсненні речі на зразок “не використовувати отримані на проєкті знання на проєктах інших підприємств протягом п'яти наступних років” або “не розповідати про проєкт третім особам”. Ви там атомну бомбу винаходите або чергову “унікальну” соцмережу для домашніх улюбленців?”

Та й що такого жажливого трапиться, якщо конкуренти побачать один клас* з вашого проєкту? Придумують бізнес-план, знайдуть інвестора, допишуть інші 99 % проєкту, запустять

* Клас у програмуванні – різновид абстрактного типу даних в об'єктно-орієнтованому програмуванні (ООП), що характеризується способом своєї побудови. Інші абстрактні типи даних – метакласи, інтерфейси, структури, перерахування, – характеризуються якимись своїми, іншими особливостями (див. Вікіпедія [https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%BB%D0%B0%D1%81%D1%81_\(%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%BC%D0%BC%D0%B8%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5\)](https://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%9A%D0%BB%D0%B0%D1%81%D1%81_(%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%B3%D1%80%D0%B0%D0%BC%D0%BC%D0%B8%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B5))).

кампанію із просування і “піднінуть” небачений прибуток? Навряд чи. (Якщо ж їм це вдасться, то дайте їм грошей! Хоч хтось у нас вміє працювати).

Що стосується крадіжки ідей, то Facebook не був першою соцмережею, як Windows не був першою операційною системою. Чи не весь шлях Apple і Microsoft – історія взаємного злодійства, від якої виграв кінцевий споживач. Зрештою, і багато розробників – безсовісні злодії, які “крадуть” рішення з книг, у блогерів і з форумів. Тільки це називається обмін знаннями, чому якраз і суперечать принципи NDA.

Однієї ідеї для створення чого-небудь мало. Один “засвічений” при працевлаштуванні файл – ніщо. Тому є сенс якщо не повністю відмовитися від угод про нерозголошення, то хоча б гранично обмежити сферу їх застосування, залишивши простір на випадок потреби продемонструвати свій код” [6].

Тож загалом питання, чи варто укладати договір про неконкуренцію, не є однозначним не лише в Україні. Між іншим, попри світову практику та право більшості штатів США, у Каліфорнії (де розташована всесвітньо відома Кремнієва долина, де знаходяться більшість ІТ-компаній США) неконкуренція під заборону як прямо, так і через визначення неконкуренції через договір про нерозголошення. Як приклад наводять “експеримент”, який здійснив Марк Херд – керівник Hewlett-Packard (HP). Впродовж усієї роботи у Каліфорнії він підписав чимало NDA контрактів, при звільненні ще раз у договорі підтвердив свої зобов’язання не розголошувати конфіденційної інформації. А потім перейшов на роботу у відому компанію Oracle, що є прямим конкурентом HP. Розпочався судовий процес, і юристи HP намагалися довести, що під час роботи у конкурента він однозначно використовує конфіденційні напрацювання, що Херд отримав за роки роботи виконавчим директором HP. Тим не менше, вони уклали угоду про примирення, умови якої не розголошуються, але як зазначають експерти, все одно Марк Херд вийшов із цієї ситуації переможцем [7]. Отже, навіть у США можна не дотримуватися положення про неконкуренцію (хоча лише у штаті Каліфорнія).

Висновки. В Україні, зрозуміло (та ще й зважаючи на законодавство та судову практику, коли суди стають зазвичай на бік порушника умов про неконкуренцію), використання на практиці норм про неконкуренцію під питанням. Тим не менше, ми вже зазначали вище, що все ж таки варто для роботодавців (в ІТ-сфері зазвичай “наймають” працівників, укладаючи з ними цивільно-правові договори як з фізичними особами-підприємцями, а відтак, можуть вносити це застереження) та замовників програмних послуг включати положення про неконкуренцію у контракти, враховуючи, що, по-перше, це має превентивно-психологічний вплив, по-друге, практика застережень про неконкуренцію є звичайною та нормальною у цій сфері відносно у розвинених країнах світу, а по-третє, євроінтеграційні процеси свідчать про акцепт значної частини правових норм розвинутих правових систем. Також в Україні склалося доволі потужне лобі ІТ-галузі, що дозволяє припускати можливу імплементацію законодавства про неконкуренцію в Україні.

1. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 2-397/09 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8500516>. 2. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 191/215/14-ц // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/38511401>. 3. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 191/215/14-ц // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/40234833>. 4. Рим О. М. Запобігання конкуренції у трудових правовідносинах: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Олена Михайлівна Рим. – Львів: Б. в., 2008. – 16 с. 5. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 2-0117-1531/11 // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/16982351>. 6. Паламарчук Ю. “Пришлите фрагмент вашего кода” и NDA // [Електронний ресурс] – Режим доступу: <http://dou.ua/lenta/articles/kill-nda/> 7. Громов Г. NDA-експеримент, который поставил Mark Hurd. // [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://www.netvalley.com/silicon_valley/Hurd_NDA_HP_ru.html