

DOI <https://doi.org/10.24144/2307-3322.2022.70.39>
УДК 349.2

ДОГОВІР ПРО НЕКОНКУРЕНЦІЮ (ЗАБОРОНУ КОНКУРЕНЦІЇ) В ТРУДОВОМУ ПРАВІ

Шумило М.М.,

заступник керівника департаменту аналітичної та правової роботи Верховного Суду – начальник правового управління Касаційного цивільного суду, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, м. Київ, Україна;
e-mail: m.shumylo@supreme.court.gov.ua;
ORCID: 0000-0003-4257-3002

Шумило М.М. Договір про неконкуренцію (заборону конкуренції) в трудовому праві.

Договірне регулювання в сфері праці набуває все більшої актуальності. Динамічність суспільних відносин актуалізує питання конвергенції та адаптація окремих правових конструкцій цивільного та трудового права. Радянська та за інерцією українська пострадянська наука трудового права доклали багато зусиль для того, що зафіксувати і поглибити відмінності між підходами у регулюванні трудових і цивільних відносин. Загалом значна частина цих напрацювань зберігають свою актуальність, однак в окремих випадках безнадійно застаріли та потребують доктринальної ревізії із урахуванням викликів сучасності та принципу свободи договору. Крім цього, стверджувати про абсолютну автономізацію трудового права в сім'ї приватноправових галузей права є хибним і недалекоглядним шляхом, призводить до стагнації та деградації окремих правових інститутів. Договір про неконкуренцію є яскравим прикладом необхідності перегляду класичних підходів до регулювання особливостей у сфері праці.

У статті зосереджено на основних аспектах, які заслуговують на особливу увагу як сторін договору, так і суддів, які розглядають спори, що виникають із таких договорів про неконкуренцію. Йдеться про те, хто може бути стороною договорів про неконкуренцію; питання відплатності (додаткових соціально-трудова, або додаткових фінансових гарантій) за відмову від неконкуренції з роботодавцем; розумності темпоральних меж (строку) неконкуренції; просторового (географічного) поширення умов про неконкуренцію; недопустимості універсального підходу; збереження зобов'язань перед новим власником бізнесу; динамічності договорів про неконкуренцію; положення про нерозголошення конфіденційної інформації; відповідальності за порушення договорів про неконкуренцію; територіальної підсудності спорів; узгодженості договорів про неконкуренцію із українським законодавством.

У науковому дослідженні наводяться приклади судової практики, яка хоч і є суперечливою, але дає можливість простежити окремі тенденції. Зроблено низку висновків щодо правової природи договору про неконкуренцію, необхідність відмови від застосування моновідповідальності (трудова) за порушення умов договору, наголошується на необхідності визначення законодавчої рамки для таких договорів.

Ключові слова: договір про неконкуренцію, договір про заборону конкуренції, трудові відносини, справедлива конкуренція, трудове право, трудові спори.

Shumilo M.M. Non-compete clause in labor law.

The contractual regulation becomes more and more important in the world of work. The dynamic character of improving social relations raises the issue of convergence and adaptation of the certain legal structures of Civil and Labor Law. The Soviet and, by inertia, the Ukrainian Post-Soviet science of Labor Law have made significant efforts to record and deepen the differences between the approaches to the regulation of the labor and civil relations.

In general, a considerable part of these works remain relevant, but in some cases they are hopelessly anachronistic and need doctrinal reversion with due regard to the challenges arising as a result of application of a principle of freedom of contract. In addition, the proclamation of the absolute autonomy of Labor Law in the Private law branches family could be considered as wrong and short-sighted, and could lead to stagnation and degradation of certain legal institutions. Non-compete clause or non-competing agreement is a clear example of the necessity to revise the classical approaches to the regulation of specific labor law elements.

The Article focuses of the main aspects that deserve the special attention of both – the parties to the non-compete clauses and the judges who consider disputes arising from such agreements.

It is about a question of who can be a party to the non-compete agreements; the issue of retribution (additional social and work or additional financial guarantees) for refusing to compete with the employer; reasonable temporal limits (term) of non-competition; spatial (geographical) extension of the scope of conditions of a non-compete clause; inadmissibility of the universal approach; maintaining commitment to the new business owner; dynamic character of the non-competing agreements; provisions of non-disclosure of the confidential information; liability for breach of a non-compete clause; territorial jurisdiction of this type of disputes; consistency of the non-competing agreements with the Ukrainian legislation.

This research paper also provides the examples of case-law, which despite of being contradictory, allows us to trace the certain trends. It contents as well a range of conclusions regarding the legal character of a non-compete clause, the necessity of refraining from applying mono-liability (labor) for the breach of the non-competing agreement conditions. The Article also emphasizes the need to determine the legal framework for this type of agreements.

Key words: non-compete clause/non-competing agreement, work relations, fair competition, Labor Law, employment disputes.

Постановка проблеми. Договірне регулювання в сфері праці набуває все більшої актуальності. Динамічність суспільних відносин актуалізує питання конвергенції та адаптація окремих правових конструкцій цивільного та трудового права. Радянська та за інерцією українська пострадянська наука трудового права доклали багато зусиль для того, що зафіксувати і поглибити відмінності між підходами у регулюванні трудових і цивільних відносин. Загалом значна частина цих напрацювань зберігають свою актуальність, однак в окремих випадках безнадійно застаріли та потребують доктринальної ревізії із урахуванням викликів сучасності та принципу свободи договору. Крім цього, стверджувати про абсолютну автономізацію трудового права в сім'ї приватноправових галузей права є хибним і недалекоглядним шляхом, призводить до стагнації та деградації окремих правових інститутів. Договір про неконкуренцію є яскравим прикладом необхідності перегляду класичних підходів до регулювання особливостей у сфері праці.

Стан опрацювання. Одним із перших досліджень на дисертаційному рівні здійснила українська науковиця О. Рим, досліджуючи способи запобігання конкуренції у трудових відносинах і провела глибокий науковий аналіз із застосування широкого спектру іноземного досвіду. Крім цього, можна стверджувати, що спорадично ця проблематика піднімалась у наукових публікаціях О. Коваленко, В. Пашкова, Є. Краснова тощо, проте найбільший інтерес до цього різновиду договірних відносин виникає у практикуючих правників і саме в їх публікацій найбільше.

Метою статті є системний та комплексний аналіз правової природи договору про неконкуренцію, обґрунтувати необхідність застосування цієї цивілістичної конструкції для врегулювання окремих відносин у сфері праці. Окреслити необхідність відмови від моновідповідальності (виключно трудо-правової) за порушення умов договору про неконкуренцію. Вказати на розповсюджені хиби його застосування та сформулювати тези для подальшого унормування (закріплення в законодавстві) цього різновиду трудових відносин.

Виклад основного матеріалу.

Загальні зауваги. Договір про неконкуренцію (заборону конкуренції) в трудовому праві - (*non-compete clause / non-competing agreement*) (далі – Договір) – різновид договору в трудовому праві, яким передбачені заборони та обмеження щодо неконкуренції працівника із роботодавцем, який укладається із окремою категорії працівників, що зумовлене об'єктивною необхідністю захисту економічних інтересів бізнесу загалом та роботодавця зокрема. Під неконкуренцією слід розуміти вчинення дій працівником, які аналогічні діяльності роботодавця, що може призвести до зменшення доходності чи завдання шкоди роботодавцеві. Договір може укладатися між сторонами окремо або бути істотною

умовою трудового договору (контракту) у письмовій формі. Особливого поширення набуває у висококонкурентних сегментах економіки, таких як гіг-економіка, маркетинг, інжиніринг, консалтинг, реклама (таргетінг) тощо, однак може застосовуватися в інших сферах. Головною метою Договору є пошук балансу між захистом бізнесу та свободою праці за допомогою диспозитивного методу регулювання. Необхідно відрізнити від *Договору про нерозголошення комерційної таємниці* (авт. – див. окремо), хоча допускається об'єднання умов про неконкуренцію та про нерозголошення в одному договорі. Особливістю Договору є те, що він зберігає чинність не тільки в період дії трудового договору, але і визначений в Договорі час після його припинення, тобто містить відкладальну обставину. Особливе значення має для сприяння внутрішнім та зовнішнім інвестиціям, оскільки є елементом становлення справедливої конкуренції.

Договір є рецепційованим інструментом договірного права, який, як правило, поширений в у сфері господарювання. Такий вид договорів широко застосовується в країнах англо-саксонської системи права. Головна відмінність між Договорами полягає у суб'єктному складі. Класичним прикладом таких договорів є договір про неконкуренцію між бізнес-партнерами, з керівником товариства, засновником(и) товариства та членами наглядової ради тощо. Такі Договори можуть включати в себе, зокрема, обов'язок не переманювати працівників тощо. Натомість у сфері праці – це роботодавець та працівник, між якими виникли трудові відносини. Враховуючи цю суб'єктну різницю, правова природа цих договірних відносин є відмінною. Звідси випливає закономірне питання про юрисдикцію суду, де будуть розглядатися/оспорюватися Договори чи їх (не)виконання. Основним критерієм для визначення юрисдикції буде саме суб'єктний склад договірних відносин.

Відповідно, у першому випадку, спір між сторонами буде розглядатися судами господарської юрисдикції (категорія корпоративних спорів), натомість у другому, цей спір підлягає розгляду за правилами цивільного судочинства. Треба також зазначити, що ця категорія спорів має високий медіаційний потенціал, коли сторони можуть досягти примирення шляхом проведення медіаційних сесій.

Дискусійним є виснування шановного професора В. Жернакова. Вчений зазначає, що вчення про трудовий договір не таке розвинене, як вчення про цивільний договір, і це не недолік, а особливість трудового права. Але це не означає, що трудові відносини потребують субсидіарного застосування цивільно-правових норм [1, с. 119]. З одного боку, визнається, що інструментарій трудового договору, ще потребує свого подальшого розвитку, з іншого, відкидає субсидіарне застосування цивільних норм. Тут виникає питання, а чи є ще нові, непізнані горизонти трудового договору, чи все ж таки, сьогодні вони досягли максимуму. Зрештою, чи є необхідність вигадкування чогось вузькогалузевого, унікального трудо-правового, може є сенс в тому, щоб запозичувати напрацювання цивілістів. Поряд з цим, інститут договору зародився, розвивався саме в цивільному праві і, на скромну думку автора, немає нічого гріховного в тому, щоб запозичувати найкраще із його адаптацією до специфіки трудових відносин і тим самим збагатити, зокрема, вчення про трудовий договір.

Правова природа Договору про неконкуренцію в трудовому праві двояка (синтетична) трудо-правова та цивільно-правова одночасно, з одного боку, це цивілістична конструкція, яка застосована до відносин, що виникли у сфері праці. Договір має, з одного боку, правовстановлююче значення, з іншого, обмежувальний характер. Тобто, трудове право за допомогою своїх галузевих інструментів врегулювати ці відносини не може, проте і не можна стверджувати, що ці відносини регулюються виключно цивільним правом, оскільки це означатиме поширенням сфери дії норм цивільного права на трудові відносини, що є неприйнятним і недопустимим, оскільки тим самим розмиватимуться межі галузей права. Це, зокрема, суперечитиме загальноновизнаному розмежуванню цивілістичних (спрямованих на отримання певного результату) і трудових відносин (регулювання процесу праці без чітко встановленого кінцевого результату). Договір укладається за умови існування трудових відносин, оскільки саме здійснення спеціальної (особливої) трудової функції працівником є підставою для їх виникнення. Якщо ж такий Договір укладаються без існування трудових відносин, то правова природа такого договору інша ніж трудо-правова. Таким чином, трудові відносини є первинними, а відносини про неконкуренцію похідними.

Особливої уваги при укладанні Договорів про неконкуренцію потребують такі питання.

1) *Сторони Договору про неконкуренцію*

З одного боку, стороною виступає роботодавець (власник, керівник товариства тощо), з іншого, працівник. Головне завдання, це з'ясувати, з якими працівниками можна укласти такі договори. На жаль, можна припустити, що неврегульованість цього питання позитивними нормами права може

призводити до невиправданого поширення Договорів в сфері праці. Такий стан справ нагадує запровадження на початку 90-х ХХ ст. в трудове законодавство контракту як особливого виду трудового договору. Це призвело до того, що роботодавці почали укладати контракти з будь-якими працівниками, що було хибним. Як наслідок, ухвалення рішення Конституційного Суду України щодо тлумачення терміну «законодавство» та зміни до КЗпП, які обмежили застосування контрактної форми у сфері праці виключно тими випадками, які передбачені законами. У цьому контексті необхідно чітко зартікулювати, що Договори про неконкуренцію не можуть укладатися з усіма працівниками. Це особливий договір, який укладається із окремими, особливо цінними працівниками, які окрім спеціальних навиків та знань можуть мати також доступ до комерційної таємниці.

Роботодавець повинен довести об'єктивність підстав загроженості розвитку його бізнесу на випадок не укладання Договору про неконкуренцію. Якщо ж такі підстави є суб'єктивними (прояв сваволі з боку роботодавця) чи мають на меті у штучний спосіб обмежити свободу праці загалом, та трудові права працівника зокрема, то такі Договори чи їх окремі положення мають визнаватися судом недійсними, необґрунтованими і несправедливими, а отже такими, що не підлягають виконанню, оскільки суперечать ст. 9 КЗпП. Поряд з тим, саме собою існування Договору *a priori* не може бути визнаним таким, що суперечить трудовому законодавству, так як є елементом договірної регулювання праці.

У контексті обмеження свободи праці, то варто звернути увагу на те, що публічне право містить низку обмежень для державних службовців, які обмежують їх свободу праці. Так, державні службовці не можуть займатися іншою діяльністю, окрім як: наукової, педагогічної, творчої чи тренерської. Містить певні обмеження щодо свободи праці і антикорупційне законодавство, яке забороняє контролюючим органам працевлаштовуватися на підприємства, які раніше були об'єктом здійснення державного контролю.

Корисним для подальшого нормативного врегулювання питання Договору може бути приклад законодавства Бельгії у частині визначення суб'єктів таких договірних відносин, яке прив'язане до суми річної заробітної плати. Тобто Договори не можуть укладатися із працівниками, які виконують низькооплачувану роботу, мінімальний розмір заробітної плати визначається законом. Такий підхід, передусім, убезпечує від поширення Договорів серед пересічних працівників.

(2) Залежно від моменту укладання Договору може різнитися і вирішення питання щодо відплатності (додаткових соціально-трудова, або додаткових фінансових гарантій) за відмову від неконкуренції з роботодавцем:

– якщо Договір про неконкуренцію укладається до початку виникнення трудових відносин, то працівник погоджуючись на умови неконкуренції і не вимагаючи жодних додаткових (окремо визначених) гарантій на момент укладання Договору, не може в майбутньому вимагати від роботодавця додаткових преференцій. Це пов'язано з тим, що на момент виникнення трудових відносин потенційний працівник та роботодавець знаходяться на однакових позиціях із високим рівнем зацікавленості у співпраці;

– якщо ж роботодавець пропонує укласти Договір про неконкуренцію або внести відповідні зміни до наявного трудового договору, то роботодавець зобов'язаний одночасно запропонувати і додаткові соціально-трудова або фінансові гарантії чи компенсаторні виплати для працівника, на якого покладаються такі додаткові зобов'язання. В іншому випадку, такі положення можуть бути визнані судом як несправедливі, а отже і недійсними. Йдеться про те, що не можуть на працівника покладатися додаткові зобов'язання, натомість працівник не отримує нічого у відповідь (збільшення розміру заробітної плати, соцпакет чи інші спеціальні умови). Працівник в умовах триваючих трудових правовідносин є більш вразливий і слабший від роботодавця, який може примушувати працівника до укладання таких Договорів. Йдеться про те, що додаткові зобов'язання повинні прямо корелюватися із додатковими фінансовими стимулами чи компенсаторами для працівника;

– якщо ж роботодавець пропонує укласти Договір про неконкуренцію з працівником в момент припинення трудових відносин, то очевидно, що працівник може вимагати додаткових компенсаторів чи відступні. Вони можуть бути виплачені після припинення трудових відносин, виплачуватись частинами у продовж строку дії умов про неконкуренцію чи виплачуватись після закінчення строку дії обмежувальних умов про неконкуренцію. Однак, якщо працівник не ініціює такі умови, то відповідно і відсутність додаткових гарантій не може бути у майбутньому оскаржене.

Йдеться про те, що на момент виникнення та припинення трудових відносин, працівник має більше можливостей домовлятися із роботодавцем, натомість працівник, якому пропонують зміни до тру-

дового договору є більш вразливим (страх втрати роботи, тиск роботодавця тощо), тому недійсними можуть бути визнані положення, які передбачають одностороннє зобов'язання працівника без надання йому додаткових гарантій чи компенсацій.

3) Розумність темпоральних меж (строк) неконкуренції

Це положення завжди враховує особливість роботи, яку виконує працівник (трудова функція), а також динаміку змін у цій сфері економіки. Такі обмеження можуть коливатися від кількох місяців в ІТ-сфері, де зміни є надзвичайно стрімкими, до кількох років, де самі процеси виробництва чи організації роботи бізнесу є достатньо тривалими і розтягнутими в часі. Очевидно, що обмеження не можуть бути довічним. За загальним правилом, строк дії не повинен перевищувати розумного часу, який необхідний для захисту бізнес-інтересів роботодавця, але і не може мати характеру упокорення для працівника, щоб надмірно обмежити його зайнятість у майбутньому. Розумність необхідно оцінювати комплексно у кожному конкретному випадку крізь призму об'єктивних обставин, а також із урахуванням принципу свободи праці. У разі виникнення спору щодо визнання такої умови Договору недійсною, тягар доказування необхідності встановлення саме такого строку повинен покладатися на роботодавця, оскільки строк неконкуренції встановлюється за його ініціативою, як і взагалі ініціатива укладання такого Договору.

4) Просторове (географічне) поширення умов про неконкуренцію

Залежно від сфери господарювання, цей аспект може мати різні просторові обмеження: місто, регіон, країна чи взагалі будь-де. Якщо це локальний бізнес, то очевидно, Договір про неконкуренцію має обмежитись містом чи регіоном. Якщо бізнес обмежується країною, то і відповідно обмеження можуть стосуватися території країни. Поряд з тим, не можна ігнорувати також глобальність економіки (транснаціональні корпорації), окремі високотехнологічні галузі, а також динамічність розвитку гіг-економіки, де фізичні кордони держав є доволі умовними, які можуть передбачати обмеження щодо конкуренції транскордонно (ІТ-індустрія). Проте необхідно пам'ятати про виправданість таких заходів та їх обґрунтованість, оскільки як і з питанням темпоральних меж, тягар доказування необхідності встановлення саме таких умов буде лежати на роботодавцеві.

5) Недопустимість універсального підходу

Економічні відносини є багатограними і диференційованими, а отже, застосування універсального підходу, так званих типових форм, є неприйнятним. Ті Договори, які можуть бути ефективними в одній сфері, можуть стати контрпродуктивними в іншій. Шкідливим також є підхід укладання типових Договорів на одному підприємстві з усіма працівниками, адже трудова функція їх може різнитися, а отже і ефективність та виконувальність таких Договорів буде сумнівною. Тому універсальний підхід до якого прагнуть правники у цьому контексті не працює і є незастосований.

6) Збереження зобов'язань перед новим власником бізнесу

Це надзвичайно важливий аспект Договору про неконкуренцію, адже власник бізнесу може змінюватися, можуть відбуватися різноманітні зміни організаційно-правової форми товариства (поглинання, об'єднання), але важливо, щоб зобов'язання про неконкуренцію не припинилися, а продовжувались і після таких змін, фактично йдеться про переуступку. Важливо не допустити ситуації, коли змінюється власник чи відбуваються реорганізація товариства і це стає підставою для втрати чинності таких зобов'язань. Якщо зобов'язання попереднього та нового власника лежать у площині договірного права і мають цивільно-правову природу, то зобов'язання про неконкуренцію між працівником і новим роботодавцем мають трудо-правову природу і необхідності укладання нового трудового договору чи нового Договору про неконкуренцію немає. Це зумовлено специфікою таких зобов'язань, оскільки їх недотримання може призвести до завдання шкоди новому власнику бізнесу, що суперечитиме основам справедливої конкуренції.

7) Динамічність договорів про неконкуренцію

Серед іншого необхідно передбачати можливість перегляду Договорів про неконкуренцію, як за ініціативою роботодавця, так і за ініціативою працівника, оскільки економічні відносини є надзвичайно динамічними. Можуть виникати ситуації, коли у роботодавця відпала необхідність у зобов'язаннях про неконкуренцію, або ж навпаки, може виникнути додатковий сегмент бізнесу, який необхідно додатково забезпечити новими чи оновленими положеннями про неконкуренцію. Договори повинні бути у цьому контексті гнучкими для змін, проте тільки за згодою обох сторін.

8) Положення про нерозголошення конфіденційної інформації

Положення чи договір про нерозголошення конфіденційної інформації можуть існувати окремо (автономно) проте, якщо існує необхідність про укладання Договору про неконкуренцію, то існують

і об'єктивні підстави доповнювати такий Договір і положеннями про конфіденційність. Йдеться про те, що працівник може після звільнення не конкурувати із попереднім роботодавцем безпосередньо, дотримуючись договірних зобов'язань. Поряд з цим, розголошення конфіденційної інформації, яка на пряму стосується положень, які є предметом Договору про неконкуренцію, можуть завдати бізнесу аналогічної шкоди як і безпосередня (пряма) конкуренція. Тому враховуючи специфіку трудової функції працівника, необхідно паралельно посилювати Договори про неконкуренцію положеннями про нерозголошення конфіденційної інформації.

9) *Відповідальність за порушення договорів про неконкуренцію*

Враховуючи той факт, що правова природа цих Договорів двояка, отже не можна говорити, що відповідальність виключно одногалузєва – трудо-правова, тобто дисциплінарна або як крайній вид дисциплінарної відповідальності – звільнення працівника чи матеріальна. У цьому контексті, все залежить від моменту порушення Договору, чи то під час трудових відносин, чи то після їх припинення.

Якщо Договір порушений під час трудових відносин, то до такого працівника може застосовуватись, і дисциплінарна, і матеріальна відповідальність. Фактично, можна говорити, що порушення Договору може бути окремою підставою для припинення трудових відносин. Це пов'язано, перед усім з тим, що підстави розірвання трудового договору з ініціативи роботодавця є доволі консервативними у прочитанні судовою практикою і поширення однієї із таких підстав на спеціальні домовленості про неконкуренцію може призвести до того, що суди застосують формально-юридичний підхід. Тому доречно у трудових контрактах, зокрема, передбачати таку підставу для припинення трудових відносин, як встановлення факту здійснення працівником конкурентних дій. За таких обставин можна застосувати п. 8 ч. 1 ст. 36 КЗпП.

Поряд з тим, важко погодитись із окремими науковцями, які заперечують можливість притягнення до двох видів відповідальності одночасно і обстоюють концепт моновідповідальності. Так, О. Рим аналізуючи положення про нечесну конкуренцію зазначає, що у цивільно-правових відносинах повинні застосовуватись норми цивільного права, а у трудових – норми трудового [2, с. 105].

Такий підхід має низку хиб, перед усім, не враховує двояку правову природу цих договірних відносин на якій акцентувалося вище, а застосування інструментів матеріальної відповідальності у контексті трудового права є недостатніми, оскільки передбачають позадоговірні негативні наслідки для працівника. Якщо ж між працівником та роботодавцем укладається Договір про неконкуренцію, в якому, зокрема, передбачається відповідальність (санкція) за порушення цього договору, то норми трудового права є незастосовними. З іншого боку, якщо положення Договору є дефектними чи несправедливими, то працівник може звернутися до суду із визнанням таких положень договору недійсними.

В теорії трудового права також критично сприймається запровадження штрафних санкцій, які є чужими для трудо-правової відповідальності, що є виправданим, однак, на нашу думку, йдеться не про класичні трудові відносини, а спеціальні, з спеціальним суб'єктним складом, спеціальним предметом і взаємними договірними зобов'язаннями. Працівник укладаючи такий Договір чітко усвідомлює наслідки своїх подальших дій/бездіяльності.

Отже, розкриваючи питання відповідальності та передбачення штрафних санкцій за порушення Договору необхідно враховувати низку факторів:

а) чи особа порушила **заборону здійснювати обумовлену діяльність** (як правило трудову функцію), яка є аналогічною, яку здійснює роботодавець. Значення не має, чи особа здійснює цю діяльність в іншого роботодавця (*non-dealing covenants*), чи створює власну справу (*non-competition covenants*), чим починає конкурувати із колишнім роботодавцем із використанням набутих знань та навиків. Серед умов може також бути заборона працівнику у майбутньому переманювати клієнтів, з якими він працював, за виключенням, якщо такі клієнти прийшли за працівником і між ним існувала історія співпраці до підписання Договору (*non-solicitation*). Також Договір може включати в себе заборону переманювати співробітників, якщо колишній працівник вирішить створювати власний аналогічний бізнес, що саме по собі є порушенням. Важливим у цьому аспекті є чітке визначення предмета Договору, що саме не може робити працівник, які саме знання чи навички використовувати. Тобто, необхідно окреслити, яка діяльність несе потенційну загрозу бізнесу;

б) особа порушила заборону **вчиняти дії чи діяльність, які можуть завдавати матеріальних збитків** прямо (якщо це можна точно обчислити) чи опосередковано (орієнтовний обрахунок, втрачений прибуток, зменшення доходності) бізнесу роботодавця. Необхідно також враховувати розмір реальної завданої шкоди або ж зменшення доходності;

в) сфера дії угоди може поширюватися тільки на ті знання та навички, які працівник набув під час здійснення трудової функції і не може поширюватись на його професійний досвід на момент працевлаштування, його професійний *beck group*.

Розмір санкцій повинен відповідати принципам:

- справедливості;
- домірності (співмірності);
- розумності.

Штрафні санкції можуть бути застосовані лише за сам факт працевлаштування у конкурента. Розмір штрафу за фактичне порушення Договору кореспондуються із компенсаторністю чи його відплатністю.

10) Питання міжнародної підсудності та застосування матеріального права

Визначення територіальної підсудності суду, де вирішуються спори між працівником та роботодавцем особливо актуальне, якщо роботодавець не є резидентом. Наприклад, іноземні інвестори, які залучають для розвитку власного бізнесу громадян України, зокрема, тих, які займають посади головних виконавчих директорів (*chief executive officer, CEO*) чи інші посади або ж ІТ-фахівці, які надають відповідні послуги замовникам, які знаходяться поза межами України. Окремо варто виділити керівників проєктів міжнародної технічної допомоги (проєкти Ради Європи, ОБСЄ, USAID тощо).

Звісно, сторони можуть визначити у своєму договорі підсудність спору самостійно. Поряд з цим, за правилами міжнародного приватного права, колізійна прив'язка матеріального права буде визначатися місцем виконання роботи, тобто правом держави, у якій провадиться така діяльність або створюються передбачені договором результати. Йдеться про п. 2 ч. 2 ст. 44 Закону про міжнародне приватне право від 23.06.2005 № 2709.

11) Узгодженість договорів про неконкуренцію із українським законодавством

Цей аспект є надзвичайно складним і досі неунормований, фактично маємо відсутність правової визначеності і відсутність правових висновків Верховного Суду. Практика ж судів нижчої інстанції є доволі суперечливою. Таким чином, допоки законодавець не сформулює правові рамки Договорів про неконкуренцію, то остаточно крапку ставитимуть суди.

Очевидно, що існує об'єктивна необхідність правового врегулювання цього питання, але із врахуванням того, що в його основі має бути фундаментальний принцип балансу інтересів працівника і роботодавця.

Поряд з тим, не можна сказати, що правове регулювання відсутнє взагалі. Звісно, КЗпП як і інші нормативні акти в сфері праці фактично ігнорують це питання, однак джерело права і опорою для розвитку таких договірних відносин варто шукати в іншому місці. Йдеться про те, що ці договори з'явилися у сфері забезпечення справедливої конкуренції в сфері господарювання, саме там необхідно шукати відповіді та вектори правового забезпечення.

Вище неодноразово наголошувалось, що Договір це не класична трудо-правова конструкція, а об'єднання трудо-правових та цивільно-правових інструментів. Тому, закономірно, до першоджерел у питаннях конкуренції можна віднести Паризьку конвенцію про охорону промислової власності (*Paris Convention for the Protection of Industrial Property*), 1883 року із відповідними змінами. Набула чинності для України 25 грудня 1991 році і загалом охоплює 173 країни світу. Стаття 10 bis «Недобросовісна конкуренція» визначає, що країни зобов'язані забезпечити ефективний захист від недобросовісної конкуренції. Актом недобросовісної конкуренції вважається будь-який акт конкуренції, що суперечить чесним звичаям у промислових і торговельних справах. Зокрема підлягають забороні:

- а) всі дії, здатні будь-яким чином викликати змішування щодо підприємства, продуктів чи промислової або торговельної діяльності конкурента;
- б) неправильні твердження при існуванні комерційної діяльності, що здатні дискредитувати підприємство, продукти чи промислову або торговельну діяльність конкурента;
- в) вказівки чи твердження, використання яких при здійсненні комерційної діяльності може ввести громадськість в оману щодо характеру, способу виготовлення, властивостей, придатності до застосування чи кількості товарів.

Викладене, дозволяє висувати, що можливість укладання Договору про неконкуренцію, зокрема, підпадає під дію Паризької конвенції. Окреме місце серед нормативних актів займає Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з

атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (2014), де значне місце займають положення покликані сприяти справедливій конкуренції.

Щодо обмежувального припису статті 9 КЗпП, то відповідно до статті 9 Конституції, чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. За загальним правилом, найвищу юридичну силу в Україні має Конституція, потім за ієрархією йдуть ратифіковані міжнародні акти (конвенції, договори тощо), а вже потім закони та підзаконні нормативно-правові акти. Одним із таких спеціальних законів є, зокрема, Закон про захист від недобросовісної конкуренції від 07.06.1996 № 236.

Отже, можна висувати, що ст. 9 КЗпП має обмежену дію і не може нівелювати право сторін трудових відносин укладати Договори про неконкуренцію. Поряд з тим, охоронний характер ця норма зберігає, у випадках, коли відсутній баланс інтересів роботодавця та працівника і такі Договори укладаються без об'єктивно існуючих підстав, про які наголошувалось вище.

Судова практика у достатній мірі ще не напрацювала власних підходів і розуміння Договорів про неконкуренцію. Сьогодні є кілька рішень апеляційних судів, які є взаємовиключними. Спершу судова практика взагалі не сприйняла сам факт існування таких Договорів і вбачала в них пряме порушення ст. 9 КЗпП (рішенням Апеляційного суду Дніпропетровської області від 18.08.2014 у справі 191/215/14-ц). Згодом спостерігаємо протилежне рішення, в якому вже нема такої категоричності, а навпаки простежується оцінка кожного положення Договору, як наслідок встановлено, що договір відповідає трудовому законодавству (рішення Апеляційного суду Тернопільської області від 10.07.2017 у справі № 607/1440/17-ц). Цікавим для аналізу постанова, в якій свої інтереси захищає колишній працівник, але суд розтлумачив стягнення як «бонуси», а не виконання договірних зобов'язань (постановою Київського апеляційного суду від 06.10.2020 у справі 761/15245/18). Одним із останніх прикладів судової практики щодо розгляду таких спорів є ухвала про затвердження мирової угоди. Цей приклад підтверджує той факт, що у такі справи мають високий рівень медіабельності (ухвала Київського апеляційного суду від 10.03.2021 у справі №752/10754/20). На жаль, Верховний Суд не розглядав аналізовані спори, а отже і відсутній правовий висновок касаційної інстанції.

Висновки.

1. Договір про неконкуренцію є прикладом поєднання цивільного і трудового договору, який включає як цивілістичні, так і трудо-правові елементи. Враховуючи той факт, що трудові відносини лежать в основі виникнення зазначених договорів, то вони мають бути врегульовані саме трудовим законодавством, що, зокрема, підтверджується іноземним досвідом. Належне нормативне закріплення, передусім, усуне дискусію на предмет того, що існування таких договорів *a priori* погіршує становище працівників, а з іншого боку, дасть можливість визначити правові рамки сфери його дії, що забезпечить від зловживання цими договорами з боку роботодавця.

2. Застосування договору про неконкуренцію містить низку обмежень, як щодо суб'єктного складу, а також і щодо строку його дії, меж обмежувальних положень та найголовніше, предмет договору. Враховуючи інтенсифікацію євроінтеграційних процесів, очевидно, що питання законодавчого визначення договорів про неконкуренцію має бути вирішеним найближчим часом.

3. Враховуючи міжгалузевість договору про неконкуренцію необхідно відмовитись від моновідповідальності (одногогалузевої, виключно трудо-правової) за порушення умов договору. Йдеться про те, що за порушення умов договору може наступати і трудо-правова відповідальність (притягнення до дисциплінарної відповідальності, зокрема, звільнення), і цивільно-правова – матеріальна (стягнення неустойки, зниження рівня доходу чи фіксована в договорі сума). Йдеться проте, що трудо-правові конструкції матеріальної відповідальності (повної, обмеженої) не можуть бути застосовані за порушення умов договору.

4. Окремо необхідно наголосити на тому, що спори, які виникають з договорів про неконкуренцію мають високий медіабельний потенціал, про що опосередковано свідчить і судова практика (укладання мирових угод). Видається, що інструменти медіації або вирішення спорів за участі судді мають доволі хороші перспективи.

5. Ефективне врегулювання та застосування договорів про неконкуренцію можуть, зокрема, сприяти справедливій конкуренції у висококонкурентних галузях економіки, а також буди дієвим інструментом формування інвестиційної привабливості України як для національних, так і іноземних інвесторів.

Список використаних джерел:

1. *Жернаков В.* Договірне регулювання соціально-трудова відносин: загальнотеоретичні питання. В кн. Договір як універсальна правова конструкція: монографія. За заг. ред. А.П. Гетьмана, В.І. Борисової. Харків: Право. 2012. 423 с.
2. *Рим О.* Запобігання конкуренції у трудових правовідносинах: монографія. Тернопіль. Терно-граф. 2011. 160 с.