

ДОГОВОРИ ПРО НЕКОНКУРЕНЦІЮ В ПРАКТИЦІ МІЖНАРОДНИХ КОМЕРЦІЙНИХ АРБІТРАЖІВ

AGREEMENTS ON NON-COMPETITION IN THE PRACTICE OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATIONS

Карачевцева К.Д., студентка IV курсу факультету юстиції
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Крохмаль Р.О., студент IV курсу факультету юстиції
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ковальчук А.П., студентка IV курсу факультету юстиції
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню договорів про неконкуренцію за допомогою практики міжнародних комерційних арбітражів. У сучасних реаліях ведення бізнесу конкуренція є фактично однією з його основних елементів. Угода про неконкуренцію може бути як окремим договором або частиною договору. Такі договори поширені в межах корпоративних відносин, трудових відносин, в сфері надання IT-послуг. Зазвичай, одна сторона передає іншій ноу-хау, інформацію про організацію виробництва, бізнесу, інформацію про клієнтів, або бажає отримати унікальний продукт. Під час укладання договорів про неконкуренцію постає ряд проблем: чи тягне визнання договору недійсним або розірвання договору недійсність, якщо договірні обов'язки сторони вже почали виконувати; зловживання правами, захищеною договірною стороною, – встановлення неадекватного строку чи території на який/яку поширюються вимоги про неконкуренцію; чи поширюються положення на афілійованих осіб суб'єкта господарювання.

Автори статті дослідили рішення ICDR по справі № 50-117-T-00180-11 *Gordon Gravelle o/a Codepro Manufacturing проти Kaba Ico Corp та Чака Мюррей (Chuck Murray)*; рішення ICC по справі № 6106, рішення по справі CAM-CCBC № 92/2016/SEC8 між *Августом Грандо (Augusto Grando) та Іванільде Пісторелло (Ivanilde Pistorello) проти Supricel Participações Ltda та Rápido Transpaulo Ltda*; рішення по справі № E 2615, що розглядалась DIA між *Haarslev Invest ApS і Клаус Остергаард Нільсен (Claus Ostergaard Nielsen) проти Haarslev Holding SARL*; рішення по справі *Telenor Mobile Communications AS проти Storm LLC*.

Автори вважають, що нормативне регулювання договору про неконкуренцію дозволило б Україні стати більш привабливою юрисдикцією для укладання міжнародних комерційних договорів та, з іншого боку, гарантувати власний інтерес у забезпеченні вільної економічної конкуренції та стабільного економічного розвитку.

Ключові слова: договір про неконкуренцію, конкурентоспроможність, договір про заборону конкуренції, конкуренція.

The article is devoted to the study of non-competition agreements using the practice of international commercial arbitrations. In the modern realities of running a business, competition is actually one of its main elements. A non-competition agreement can be a separate contract or part of a contract. Such contracts are widespread within corporate relations, labor relations, and in the field of IT services. Usually, one party transfers to the other know-how, information about the organization of production, business, information about customers, or wants to receive a unique product. During the conclusion of non-competition agreements, a number of problems arise: whether the recognition of the agreement as invalid or the termination of the agreement entails invalidity, if the parties have already begun to fulfill their contractual obligations; abuse of the rights protected by the contractual party – establishment of an inadequate term or territory to which non-competition requirements apply; whether the provisions apply to affiliated persons of the business entity.

The authors of the article examined the decision of the ICDR in case № 50-117-T-00180-11 *Gordon Gravelle o/a Codepro Manufacturing v. Kaba Ico Corp. and Chuck Murray*, ICC Decision № 6106, CAM-CCBC Decision № 92/2016/SEC8 *Augusto Grando and Ivanilde Pistorello v. Supricel Participações Ltda. and Rápido Transpaulo Ltda.*, DIA Decision № E 2615 *Haarslev Invest ApS and Claus Ostergaard Nielsen v. Haarslev Holding SARL*, decision in the case of *Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC*, which are the owners of Kyivstar CJSC shares (at the time of the dispute, 56.5 vs. 43.5, respectively).

The authors believe that the normative regulation of the non-competition agreement will allow Ukraine to become a more attractive jurisdiction for concluding international commercial agreements and, on the other hand, guarantee its own interest in ensuring free economic competition and stable economic development.

Key words: non-competition agreement, competitiveness, non-competition agreement, competition.

Постановка проблеми. Договори про неконкуренцію – це договори, які обмежують право однієї договірної сторони займатися певним видом господарської діяльності, управляти суб'єктом господарювання, надавати певні види послуг чи виконувати певні роботи, аналогічні чи схожі до тих, які надавалися іншій договірній стороні, або здійснювалися разом з нею в рамках партнерських чи корпоративних відносин. Угода про неконкуренцію може бути як окремим договором (наприклад, коли акціонери домовляються не володіти певною кількістю акцій з правом голосу в аналогічній сфері господарської діяльності), або частиною договору (наприклад, заборона створювати аналогічне програмне забезпечення для інших контрагентів). Такі договори поширені в межах корпоративних відносин, трудових відносин, в сфері надання IT-послуг. Зазвичай, одна сторона передає іншій ноу-хау, інформацію про організацію виробництва, бізнесу, інформацію про клієнтів, чи бажає отримати унікальний продукт.

З одного боку, таке явище має позитивні аспекти, зокрема надає гарантії для впровадження нових способів і механізмів ведення бізнесу. А з іншого боку – обмежує економічну конкуренцію. Під час укладання таких договорів постає ряд проблем: 1) чи тягне визнання договору недійсним або розірвання договору недійсність угоди про неконкуренцію, якщо договірні обов'язки сторони вже почали виконуватися, 2) зловживання правами, захищеною договірною стороною, шляхом встановлення неадекватного строку чи території на який/яку поширюються вимоги про неконкуренцію, 3) чи поширюються вимоги про неконкуренцію на положення афілійованих осіб суб'єкта господарювання.

Введення нормативного регулювання наведених питань дозволило б Україні стати більш привабливою юрисдикцією для укладання міжнародних комерційних договорів, або б забезпечити державні інтереси в сфері гарантування справедливої економічної конкуренції всередині держави.

Метою наведеного дослідження є виокремлення окремих стандартів чи вимог, що доцільно встановити нормативно, на підставі аналізу практики міжнародних комерційних арбітражних судів.

Результати дослідження. Одразу звернемо увагу, що специфіка такого роду відносин полягає в тому, що до різних договорів застосовано різне право. За основну ціль, ми ставимо виокремлення окремих стандартів, які були застосовані в арбітражному рішенні на підставі застосування права різних країн.

ICDR (International Centre for Dispute Resolution) ухвалив рішення по справі № 50-117-T-00180-11 *Гордон Гравелле (Gordon Gravelle) o/a Codepro Manufacturing проти Kaba Ilco Corp та Чака Моппей (Chuck Murray)* [3]. У справі застосовувалося право штату Північної Кароліни Сполучених Штатів Америки. Арбітражний суд, посилаючись на справи *AEP Industries, Inc. v. McClure*, 302 SE 2d 754 (NC 1983); *Rauch Industries, Inc. v. Radko*, 2007 WL 3124647 (WDNC 25 жовтня 2007 р.) виокремив наступні вимоги щодо угод про неконкуренцію: угода повинна бути (а) укладена в письмовій формі, (б) ґрунтуватися на відповідній економічній вигоді для сторін (критерій співрозмірності вигоди для сторін), (в) необхідна для захисту законних ділових інтересів сторони, (г) розумна щодо часу і території, і (е) не суперечить державній політиці.

У цій справі Kaba Ilco Corp. уклала договір купівлі продажу з Гордоном Гравелле (Gordon Gravelle), власником CodePro Manufacturing, за яким (Kaba Ilco Corp) придбавала права на використання технології (програмного забезпечення) для пристрою з вирізання ключів CP4500. Положенням про неконкуренцію передбачено, що протягом восьми років Продавець не міг здійснювати розробку, виробництво, розповсюдження, продаж, маркетинг або продаж продуктів та/або послуг, які є такими самими, суттєво подібними або іншим чином конкурентоспроможними з машиною для нарізання ключів.

Арбітраж визнав недійсною цю угоду з двох підстав: угода (i) не була розумно необхідною для інтересів захисту бізнесу Kaba Ilco Corp та (ii) розумною щодо часу та території.

Аргументація арбітражного суду ґрунтувалася на наступних положеннях:

1) не визначено чітко територію, на якій продавець не міг провадити власну господарську діяльність, а отже вона поширювалася на весь світ і очевидно була не співрозмірною для захисту інтересів покупця;

2) угода про неконкуренцію передбачала, що продавець не міг створювати подібні чи похідні продукти від створеного програмного забезпечення [3].

Аналізуючи наведену справу можливо апелювати до того, що продавець сам погоджувався на умови договору, за цією угодою не продавався бізнес чи інші відомості щодо провадження бізнес-процесів, що було враховано арбітражем. Утім, такі обмежувальні заходи очевидно необхідні для збереження адекватної економічної конкуренції. Ми також звертаємо увагу, на те, що нормативно доцільно закріпити наступні вимоги: обов'язкова письмова форма правочину, угода повинна бути необхідною для захисту ділових інтересів захищеної сторони, закріплення істотних умов щодо часу та території, на яку поширюється дія відповідної угоди. Закріплення критерію відповідності діловим інтересам захищеної сторони є істотним, оскільки б дозволив обмежити межі дії такої угоди лише ринками, на яких діє контрагент.

Окремої уваги заслуговує рішення ICC (International Chamber of Commerce) по справі № 6106 [4], в якому на підставі аналізу висновків Європейської комісії та практики Суду Європейського Союзу сформульовано перелік окремих вимог щодо угод про неконкуренцію.

Було встановлено:

1) критерій обмеженості зобов'язання в часі [5, с. 327];

2) у випадку продажу бізнесу, таке зобов'язання повинно бути мінімальним, щоб покупець (захищена сторона) зміг зайняти місце на ринку, яке раніше належало продавцю [4].

Для того, щоб визначити чи є тривалість зобов'язання з неконкуренції об'єктивно необхідною було визначено ряд факторів. Першою групою факторів є фактори, що стосуються передачі ноу-хау, якщо таке відбувається:

Характер самих знань, які передаються. Це положення в справі стосувалося виключно угод про передачу бізнесу. Зазначалось, що залежно від складності наданого ноу-хау, може потребуватися різний проміжок часу, щоб досягти максимально ефективного використання знань. Таке положення є застосовуваним і до передачі технологій тощо, оскільки в процесі інновацій в виробництво очевидно необхідний час для модернізації процесу праці, для нового продукту – зайняття власного місця на ринку.

2. Можливість використати ноу-хау.

3. Досвід покупця.

4. Чи є ноу-хау новоствореним або вже існувало тривалий час до моменту передачі прав покупцеві [4].

Другою групою факторів виділяються фактори доброї волі (*good will*) та наявності клієнтської бази (наприклад, рішення *Nutricia*). Сюди враховуються фактори, які включають:

1. Час необхідний для формування клієнтської бази.

2. Ступінь лояльності споживача до бренду.

3. Час, який витрачається, щоб нові продукти стали споживатися, були прийняті споживачами.

4. Час, протягом якого продавець (бізнесу) зміг би повернутися на ринок та повернути старих клієнтів [4].

Вважаємо, що наведені критерії щодо часу скоріше повинні існувати на рівні практики та доктрини, адже адекватно встановити всі обмеження для кожного виду застосування угоди про неконкуренцію неможливо. Зокрема, як буде встановлюватися заборона створювати подібні продукти для конкурентів представника творчих професій та суб'єктам господарювання в аналогічних сферах, коли предметом договору є створення унікального об'єкта: будівлі, картини, ландшафту тощо.

Однак, за доцільне б встановити граничний строк періоду неконкуренції, з виключеннями, які б дозволяли його не застосовувати.

Наступний аспект, на який слід звернути увагу – момент набуття чинності угоди про неконкуренцію, про що зазначається у справі *CAM-CCBC (Center for Arbitration and Mediation of the Chamber of Commerce Brazil-Canada) № 92/2016/SEC8 між Августом Грандо (Augusto Grando) та Іванільде Пісторелло (Ivanilde Pistorello) npomu Supricel Participações Ltda ma Rápido Transpaulo Ltda* [6].

Трибунал звернувся до питань набуття чинності угодою про неконкуренцію, зазначаючи, що дійсність такої угоди повинна перевірятися на підставі волевиявлення сторін, договірних інструментів, а не на основі фактів після неї. Оскільки відповідачі у наведеній справі не сплатили плату за договором, то й зобов'язань у них з неконкуренції не виникло [6].

Ми б хотіли звернути увагу, що момент набуття чинності договору в частині неконкуренції завжди повинен бути реальним, а не консенсуальним, крім випадків, коли неконкуренція є основним предметом договору: особа отримує плату чи іншу вигоду за те, що утримується від вчинення конкурентних дій на ринку. В іншому випадку, необхідність захисту бізнесу є наслідком розкриття певної інформації контрагенту, це може бути інформація щодо організації ведення бізнесу, інформація про клієнтів, інформація про процедуру виробництва, або положення про неконкуренцію є одним додаткових благ, яке на рівні гарантії надається разом з продуктом.

Це дозволяє також прояснити ситуацію з обов'язком не конкурувати у випадку розірвання договору. Наприклад, у випадку з продажу бізнесу, до власне продажу

бізнесу зобов'язання не конкурувати б не виникло, а у випадку, коли для виконання певного виду робіт договірній стороні надається доступ до конфіденційної інформації про інших клієнтів замовника чи способи виробництва на підприємстві – виникають обставини, які дозволяють говорити про неконкуренцію.

З іншого боку, слід також звернути увагу, що в кожній наведеній справі ставилося питання про дійсність такого договору. Утім, на нашу думку, це та сфера відносин, де необхідно встановлювати додаткові спеціальні способи захисту: зменшення строку дії чи обмеження місця дії зобов'язання про неконкуренцію. До чого можливо навести наступний приклад: (1) резидент України створив програмний продукт для німецького замовника під зобов'язанням не конкурувати на території України; (2) замовник в подальшому покинув український ринок, проте сторони не змогли домовитися про зміну положення про неконкуренцію. Якщо визнавати частину договору про неконкуренцію недійсною, то фактично замовник втрачає гарантії в цілому, а у випадку застосування спеціального способу захисту – можливо окремо обмежити застосування положень угоди про неконкуренцію.

Також цікавою є справа № E 2615, що розглядалася DIA (Danish Institute of Arbitration) між *Haarslev Invest ApS i Klaus Ostergaard Нільсен (Klaus Ostergaard Nielsen) проти Haarslev Holding SARL* [7] та торкалась питань щодо дій, які є виявом конкуренції. У цій справі позивачі стверджували, що позивачі здійснювали активне інвестування та управління нерухомістю та з моменту закінчення строку дії положень про неконкуренцію, вони зможуть вийти на ринок. Але, утім, оскільки вони не «пропонують товари чи послуги на певному ринку» вони не здійснюють жодних дій направлених на конкуренцію.

До іншого питання звертається *ad hoc* арбітраж по справі *Telenor Mobile Communications AS проти Storm LLC*, які є власниками акцій ЗАТ «Київстар» (на момент виникнення спору 56,5 проти 43,5 відповідно). У 2004 році між ними було укладено акціонерну угоду, яка забороняла володіти акціонеру або будь-якій з його афілійованих осіб без попередньої письмової згоди компанії та інших акціонерів (i) брати участь у Бізнесі в будь-якому регіоні України, (ii) володіти або контролювати, прямо чи опосередковано, більше ніж п'яти відсотками (5%) акцій з правом голосу будь-якої особи, крім Київстару та його афілійованих осіб та інші положення. Після чого, пов'язана компанія Storm LLC Alfa Group Consortium 25 листо-

пада 2005 року придбала 13,2 відсотка акцій Turkcell, компанії бездротового мобільного зв'язку, яка зберігає контрольний пакет акцій Astelit LLC – оператора бездротового мобільного зв'язку, який позиціонувався як «новатор цифрових комунікаційних технологій і постачальник послуг» в Україні, що суд безпосередньо визнав порушенням положень угоди сторін [8].

Ця справа окремо підіймає проблему того, на який перелік осіб доцільно розповсюджувати обсяг обов'язку з неконкуренції. У цьому випадку на особу покладається відповідальність за дії інших осіб. Утім, здійснення таких заходів можливо лише за доведення контрольованості однієї особи іншою.

Висновки.

1. Для забезпечення інтересу держави у збереженні конкурентного середовища необхідно створити відповідне нормативне регулювання.

2. Основними критеріями, до зобов'язання з неконкуренції є: письмова форма правочину, необхідність для захисту законних інтересів сторони, встановлення географічних меж та періоду дії обов'язку не конкурувати.

3. Граничний допустимий строк, який може бути закріплений в договорі, може встановлюватися нормативно з чітким переліком виключень, до яких граничний строк зобов'язання не конкурувати не застосовується.

4. Доцільно легально розділити договори, предметом яких є виключно обов'язок утримуватися від вчинення дій (не конкурувати) та обов'язок не конкурувати, як додаткову, супутню умову інших договорів (про надання послуг, виконання робіт, купівлі продажу тощо).

5. Момент настання обов'язків утримуватися від конкуренції повинен бути реальним та встановлюватися відносно певної події, крім випадків, коли обов'язок не конкурувати є основним предметом договору.

6. Доцільно закріпити спеціальний спосіб захисту – обмеження часу чи території дії зобов'язання про конкуренцію.

7. Доцільно закріпити можливість поширювати вимогу про неконкуренцію на контрольованих осіб для спрощення вирішення спорів.

Нормативне регулювання наведених аспектів дозволило б Україні стати більш привабливою юрисдикцією для укладання міжнародних комерційних договорів та, з іншого боку, гарантувати власний інтерес в забезпеченні вільної економічної конкуренції та стабільного економічного розвитку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вовк Т.В., Перемот С.В. Система конкурентного законодавства Європейського Союзу. Правове регулювання правил конкуренції в Україні. Шляхи адаптації законодавства України. Київ : РВА "Тріумф", 2006. 416 с.
2. Міжнародні комерційні угоди та розрахунки: нормативно-правове регламентування : навч. посіб. / Ю. Г. Козак, Н. С. Логвінова, А. А. Наумчик та ін. Київ : Центр учбової літератури, 2010. 648 с.
3. Gordon Gravelle o/a Codepro Manufacturing v. Kaba Ilco Corp. and Chuck Murray, ICDR Case No. 50-117-T-00180-11. URL : <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-gordon-gravelle-o-a-codepro-manufacturing-v-kaba-ilco-corp-and-chuck-murray-partial-award-regarding-validity-and-enforceability-of-non-competition-agreement-and-non-solicitation-agreement-tuesday-8th-may-2012>.
4. ICC Case N° 6106. URL : <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-icc-case-ndeg-6106-final-award-in-case-6106-extract>.
5. I. Van Bael and J.-F. Bellis, Competition Law of the EEC, 2nd ed. Oxford, CCH Editions Limited, 1990, 1113 p.
6. Augusto Grando and Ivanilde Pistorello v. Supricel Participações Ltda. and Rápido Transpaulo Ltda., CAM-CCBC Case No. 92/2016/SEC8. URL : <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-1-augusto-grando-2-ivanilde-pistorello-v-1-supricel-participacoes-ltda-2-rapido-transpaulo-ltda-final-arbitration-award-friday-1st-november-2019>.
7. Haarslev Invest ApS and Klaus Ostergaard Nielsen v. Haarslev Holding SARL, DIA Case No. E 2615. URL : <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-haarslev-invest-aps-and-klaus-ostergaard-nielsen-v-haarslev-holding-sarl-final-award-thursday-20th-december-2018>.
8. Telenor Mobile Communications AS v. Storm LLC. URL : <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-telenor-mobile-communications-as-v-storm-llc-final-award-monday-2nd-july-2007>.