

ОПЛАТНІСТЬ ДОГОВОРУ ПРО НЕРОЗГОЛОШЕННЯ: АКТУАЛЬНІ АСПЕКТИ

PAYABILITY OF THE NON-DISCLOSURE AGREEMENT: CURRENT ASPECTS

Огоновський О.Р., адвокат

АО «Аксел»,

аспірант кафедри інтелектуальної власності, інформаційного та корпоративного права

Львівський національний університет імені Івана Франка

Статтю присвячено правовому аналізу практики укладення в Україні договорів про нерозголошення (NDA), які є одним із ключових інструментів для захисту комерційної таємниці та конфіденційної інформації у різних сферах бізнесу. У дослідженні розглянуто правову природу NDA, особливості його змісту та основні підходи до вибору платного або безоплатного характеру договору. Також аналізуються чинники, які впливають на вибір формату угоди та способи її реалізації в Україні.

Встановлено, що чинне законодавство України не містить детального регулювання щодо обов'язковості оплати за договором про нерозголошення, що залишає сторонам свободу у визначенні відповідних договірних умов. Досліджено, що на відміну від деяких юрисдикцій, зокрема країн загального права (*common law*), в українському законодавстві немає прямої вимоги щодо необхідності зустрічного забезпечення (*consideration*) у контексті таких договорів.

Обґрунтовано, що вибір між платним та безоплатним характером NDA залежить від кількох ключових факторів, серед яких: цінність охоронюваної інформації; коло обов'язків сторони-реципієнта; галузь (сфера) укладення угоди та правовий статус сторін договору.

Доведено, що практична реалізація платного NDA може здійснюватися за допомогою різних механізмів, серед найбільш поширених з яких є одноразова компенсація після виконання умов договору або регулярні щомісячні (періодичні) виплати. Визначено, що у правозастосовчій практиці визнається можливість використання альтернативних форм винагороди, таких як нематеріальні блага чи компенсація у формі доступу до ексклюзивних інформаційних освітніх, професійних чи спортивних ресурсів. Обґрунтовано, що такі варіанти дозволяють сторонам гнучко підходити до визначення взаємних зобов'язань та стимулювати виконання умов договору належним чином.

Запропоновано можливі підходи до врегулювання питання про оплату NDA, зокрема адаптацію доктрини зустрічного забезпечення (*consideration*). Також наголошено на необхідності вдосконалення законодавчого регулювання NDA в Україні, що включає уточнення правового статусу таких договорів, визначення умов їх дійсності та механізмів виконання.

Ключові слова: конфіденційна інформація, комерційна таємниця, NDA, компенсація, нематеріальні блага.

The article is dedicated to the legal analysis of the practice of concluding of Non-disclosure Agreements (NDAs) in Ukraine, that is one of key tools for protection of commercial secrets and confidential information in different business areas. The author examines legal nature of NDAs, special features of their content and main approaches for choice in favour of paid or unpaid character of the contract. Also, factors that impact on choice of the agreement format as well as the ways of their implementation in Ukraine have been analysed.

It has been established that the current legislation of Ukraine does not contain detailed provisions regarding the mandatory payment under the NDA, that allows parties to determine relevant provisions by mutual consent. It is also examined, that unlike some jurisdictions, in particular, countries of the *common law*, Ukrainian legislation does not contain a direct requirement regarding the need for *consideration* in the context of such agreements.

The article substantiates that the choice between a paid and an unpaid NDA depends on several factors, among which are the value of the protected information; the scope of obligations of the recipient party; the industry (sphere) of the agreement and the legal status of the parties of the agreement.

It has been proven that the implementation of a paid NDA can be carried out through various mechanisms, and one of the mostly used is a one-time compensation payment upon fulfilment of the agreement's terms and regular monthly (periodic) payments throughout its term of validity. Analysis of legal practice demonstrates that, apart from financial compensation, alternative forms of remuneration may be used, such as provision of non-material benefits or compensation in form of access to exclusive educational courses, professional training or other skill-enhancement programs. It has been argued that such options allow the parties to have a flexible approach to defining mutual obligations and encourage the parties to fulfil the terms of the NDA in a proper manner.

The article also proposes possible approaches to improving the legal regulation of NDAs in Ukraine, particularly by considering the adaptation of the doctrine of *consideration*. The author also emphasizes on the need to improve the legislative regulation of NDAs in Ukraine, including clarification of the legal status of such agreements, determining the conditions of their validity and law-enforcement mechanisms.

Key words: confidential information, commercial secret, NDA, remuneration, non-material benefits.

Постановка проблеми. Світу сьогодення притаманне поглиблення глобалізаційних процесів, які неминуче призводять до підвищеного інтересу до захисту як матеріальних, так і нематеріальних благ. До останніх, зокрема, відноситься конфіденційна інформація як сукупність певних відомостей, що мають особливу цінність для її володільця. Характерно, що найчастіше така інформація використовується з комерційною метою для отримання прибутку, в силу чого питання про її захист в рамках правового поля стає ще більш актуальним.

Одним із найбільш дієвих та, водночас, простих за своєю суттю, правових способів захисту є укладення договору про нерозголошення (NDA). Така угода може бути підписана в будь-який момент співпраці двох чи більше сторін і, що важливо, вона майже ніяк не врегульована чинним законодавством України. Як наслідок, сторони договору є вільними у виборі як форми чи способу укладення угоди, так і конкретних механізмів захисту інформації конфіденційного характеру.

Водночас, у контексті підготовки чи укладення NDA, його сторони часто стикаються з рядом дискусійних питань. Чи має договір про нерозголошення обов'язково бути платним? Якщо так, то в якій формі та з якою періодичністю повинна виплачуватись відповідна винагорода? Чи повинна вона бути виражена в матеріальній формі? Чи допускається нематеріальний спосіб компенсації? Наразі чинне законодавство сповна не надає відповіді на ці та інші дотичні запитання. Правозастосовча практика, натомість виробила свої підходи до вирішення цих проблем. Тим не менше, відсутність відповідних законодавчих положень та різна практика укладення договорів створюють підстави для дискусій.

Метою цієї статті є правовий аналіз практики укладення договорів про нерозголошення в Україні та формування узагальнених висновків щодо можливих способів договірного закріплення умови про виплату винагороди за NDA.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання договірного захисту інформації конфіденційного харак-

теру в Україні вивчалось багатьма провідними фахівцями, серед яких можна виокремити, насамперед, А. О. Кодинця [5], О. С. Яворську [6], Г. О. Слядневу [7], М. В. Гуру [8] тощо. Тим не менше, окремі аспекти укладення та виконання договору про нерозголошення, незважаючи на те, що цей інструмент стає все більш популярним та затребуваним на практиці, залишаються мало дослідженими. Це, в свою чергу, створює необхідність здійснення більш поглибленого аналізу деяких проблемних аспектів, у тому числі тих, які стосуються оплатності договору про нерозголошення як однієї з його найважливіших умов.

Виклад основного матеріалу. Ні цивільне законодавство України загалом, ні Цивільний кодекс України [1], зокрема, до недавнього часу не містили жодної згадки про можливість укладення договору про нерозголошення як спеціальної угоди, спрямованої на правове регулювання відносин щодо захисту конфіденційної інформації та комерційної таємниці. Незважаючи на це, такий договірний інструмент широко використовувався на практиці, показавши значну користь та ефективність.

По суті, перша згадка про NDA з'явилась у Законі України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні» [2]. За ч. 2 ст. 26 даного Закону договір про нерозголошення укладається у письмовій формі, може бути безвідплатним та передбачати виплату компенсації у разі його порушення. Тобто, закон *by default* закладає оплатний характер такого договору в рамках відносин за участі резидентів спеціального податкового режиму Дія Сіті. Тим не менше, вказана норма застосовується за аналогією закону й в інших сферах життєдіяльності суспільства.

Водночас, жодних інших спеціальних вимог в частині визначення як, коли і в якому розмірі здійснювати оплату за таким договором, чинне законодавство України не містить. Сторони є абсолютно вільними у виборі формату співпраці. Як наслідок, певний відсоток договорів про нерозголошення на практиці взагалі укладається на безоплатній основі. Подекуди всі фінансові питання співпраці сторін щодо утримання певної інформації в режимі конфіденційності вирішуються на підставі інших домовленостей, зокрема, в т. зв. «основному» договорі – про надання послуг чи виконання робіт. Зазвичай, за даних обставин, NDA виступає своєрідним доповненням, який деталізує положення такого «основного» договору про співпрацю між сторонами в аспекті захисту інформації.

Відтак, зважаючи на різні підходи до вирішення питання про оплатність чи безоплатність NDA, можна виокремити ряд чинників, які впливають на кінцевий формат угоди:

1. Цінність інформації, яка передається іншій стороні договору. Мабуть, цей критерій є одним із найбільш важливих, оскільки отримуючи на підставі договору про нерозголошення певні важливі відомості від розкриваючої сторони, реципієнт інформації буде об'єктивно розраховувати не те, що його мовчання не буде безкоштовним. При цьому, тут простежується прямо пропорційна закономірність – зацікавленість в отриманні певної винагороди за дотримання умов NDA буде збільшуватись поруч із зростанням важливості відомостей для конфідента. Водночас, якщо інформація не є об'єктивно надзвичайно цінною для розкриваючої сторони – це може вплинути на обрання сторонами безоплатної моделі договору.

Так, наприклад, комерційна концесія (франчайзинг) як формат господарської діяльності передбачає надання правоволодільцем користувачу ряду відомостей для забезпечення належного ведення останнім господарської діяльності із використанням інтелектуальної власності чи ноу-хау правоволодільця. По суті, йде мова про надання однією стороною доступу до відомостей про бізнес-модель іншій стороні. Це, у свою чергу, в залежності від сфери діяльності, передбачає інформування про рецептури чи складники певної продукції, бази даних контрагентів чи

постачальників, відомості про способи організації роботи тощо. З очевидних міркувань така інформація є вкрай цінною для правоволодільця і становить собою основу його конкурентної переваги на відповідному ринку. Відтак, як наслідок, укладаючи договір франчайзингу неминучою є потреба додатково укласти й договір про нерозголошення інформації, яка є предметом комерційної концесії. Підвищена охорона, якої потребують відповідні відомості, об'єктивно можуть спонукати сторони до вибору оплатної взаємодії у рамках NDA.

2. Коло обов'язків, що покладаються на сторону, якій передано інформацію конфіденційного характеру. Іншим важливим критерієм обрання формату договору про нерозголошення є обсяг тих обов'язків, які покладаються на сторону-реципієнта. Цілком логічно, що за будь-якою угодою оплата повинна бути максимально залежною від того, наскільки багато має зробити зобов'язана сторона для досягнення мети договору.

Відтак, якщо мета NDA і той правовий захист, якого потребують відомості конфіденційного характеру, передбачають виконання конфідентом значної кількості активних дій, справедливим і закономірним буде встановлення певної винагороди за виконання договору. Так, наприклад, отримуюча сторона може бути зобов'язана належним чином підготувати комплексну систему захисту інформації, яка може передбачати наявність деяких технічних (ноутбуки, системи сигналізації, інші пристрої), організаційних (навчання для уповноваженого персоналу, придбання сейфів для зберігання інформації в паперовому вигляді чи кооперація з надавачами послуг у хмарному середовищі для зберігання інформації в цифровому вигляді) та правових (підготовка та укладення договорів про нерозголошення із особами, які в силу своїх службових чи інших зобов'язань матимуть доступ до охоронюваної інформації від імені конфіденціала) механізмів. Усі перелічені вище дії потребують залученості значного числа матеріальних ресурсів, що об'єктивно зводитиме до нуля можливість укладення відповідного договору про нерозголошення на безоплатній основі.

І навпаки – якщо угода про конфіденційність не передбачає необхідності виконання активних дій, а лише міститиме загальне зобов'язання конфіденціала утримуватись від їх вчинення (тобто, йде мова про негативні зобов'язання, за яких для належного виконання умов договору достатньо просто мовчати), сторони можуть узгодити укладення NDA без умови про оплату винагороди. Такий підхід буде проявом принципу пропорційності у взаємодіях учасників угоди, яка випливатиме із співвідношення обсягу зобов'язань та зусиль, витрачених на їх виконання.

3. Галузь, в якій укладається договір про нерозголошення. Наступний фактор, який впливає на оплату за договором, визначається сферою ділових відносин сторін, які укладають угоду. Як уже згадувалось раніше, на практиці договори про нерозголошення часто підписують в якості своєрідного доповнення до іншого, так званого «основного», договору – про надання послуг або виконання робіт. Такий підхід, зокрема, наразі використовують IT-компанії, які всі зобов'язання по забезпеченню режиму конфіденційності виносять в окремий документ – NDA. Натомість, в «основному» договорі про надання послуг регулюються фінансові деталі співпраці сторін. Як наслідок, у результаті переважна більшість договорів про нерозголошення в таких ситуаціях укладаються на безоплатній основі, тобто, не передбачають надання конфідентом жодного зустрічного фінансового забезпечення на користь конфіденціала.

У той же час, з легкістю можна уявити собі державне підприємство, яке займається передовими розробками в галузях авіонавтики чи озброєнь. Спеціалісти, які безпосередньо задіяні на виробництві чи входять до менедж-

менту таких компаній, мають доступ до конфіденційної інформації (чи то навіть державної таємниці). Відповідно, такому підприємству буде значно «вигідніше» привабити такого працівника оплатою за дотримання умов нерозголошення, ніж усувати наслідки потенційної втрати інформації в майбутньому внаслідок звільнення такого працівника чи переходу на роботу до конкурентів.

4. *Особливості правового статусу сторін угоди.* Даний чинник обумовлюється тим, що, зазвичай, розкриваючи сторону за договором про нерозголошення виступає з позиції сили, оскільки диктує свої умови угоди для сторони-реципієнта. У цілому, це доволі справедливо, оскільки саме конфідент несе більше ризиків за договором і тому може визначати, як саме інформація конфіденційного характеру має охоронятись. Відповідно, NDA функціонуватиме за принципом договору-приєднання, за яким тільки одна сторона пропонує його умови, а інша може безпеліційно погодитись на договір у цілому. Як наслідок, умова про безоплатність такого договору може взагалі не бути предметом будь-яких дискусій.

При цьому, слід відзначити, що найчастіше так і відбувається на практиці – умова про оплатність чи безоплатність NDA прямо залежить від правового статусу саме конфідента. Утім, незважаючи на вищенаведене, абсолютно не можна виключати впливу й деяких інших факторів на те, в якому форматі буде укладено договір про нерозголошення – на засадах оплатності чи без такої.

Водночас, не менш актуальною є проблема визначення форми компенсації для конфіденціала за належне дотримання умов договору про нерозголошення, якщо сторони досягли згоди про його оплатний характер. Як показує практика, можна розглядати три основних варіанти; при цьому, найбільш часто застосовуються перших два, про які мова йде нижче.

Так, першим варіантом є закріплення в договорі умови про те, що після повного виконання сторонами умов договору (припинення охорони інформації як конфіденційної), розкриваючи сторона здійснює виплату певної, установленної домовленістю, винагороди за дотримання NDA. Фактично йде мова про те, що протягом певного строку конфіденціал вчиняв деякі активні дії для захисту інформації від неправомірного розголошення, поніс у зв'язку з цим певні витрати й тому логічно повинен отримати певну компенсацію за свої зусилля. Утім, така опція може бути не до кінця вигідною для отримуючої сторони, яка буде позбавлена будь-яких виплат аж до моменту припинення дії договору.

Другий варіант передбачає виплату конфідентом на користь конфіденціала щомісячної або іншої періодичної грошової винагороди у певній фіксованій сумі. За таких умов, розкриваючи сторона вже на етапі виконання угоди отримує матеріальне заохочення до якісного виконання умов договору та повного збереження конфіденційності. Зазвичай, такі відносини опосередковуються шляхом щомісячного підписання акту наданих послуг. Особливістю такого оформлення відносин є те, що, по суті, конфіденціал отримує оплату за негативне зобов'язання не розголошувати інформацію конфіденційного характеру. Водночас, аналізований підхід також має наслідком виникнення цілого ряду спірних питань: як саме стороні-реципієнту підтверджувати факт належного виконання своїх зобов'язань з нерозголошення? Чи буде для цього достатньо власного письмового чи електронного твердження? Чи мають такі твердження аргументуватись за допомогою певних доказів? У який спосіб можна оцінити вартість послуг конфіденціала? Чітких та однозначних відповідей на ці та інші супутні питання наразі немає.

Третім варіантом, який інколи використовується для компенсації «мовчання» зобов'язаної сторони та за умови належного виконання умов договору про нерозголошення, є передання стороні-реципієнту певних нематеріальних

благ. Так, зокрема, конфідент може надавати конфіденціалу доступ до таких благ, як: курси іноземної мови; відвідування фітнес-залу; доступ до різного роду навчання чи підвищення кваліфікації; абонементи чи сертифікати на знижки тощо. Усі такі цінності виступають своєрідною «оплатою» чи частиною оплати за те, аби отримуюча сторона договору про нерозголошення забезпечувала ефективний захист отриманої інформації в рамках NDA. Схожої думки дотримуються й деякі вітчизняні дослідники, які стверджують, що «компенсація» у цьому контексті повинна розумітись широко – як будь-яке матеріальне заохочення, яке сторона отримує у разі дотримання свого зобов'язку: грошова винагорода, певне майно, прощення боргу за іншим зобов'язанням, отримання товару за пільговою ціною тощо [3, с. 85].

Водночас, не слід виключати й практичного поєднання описаних вище опцій у різних конфігураціях – у залежності від волі та бажання сторін NDA.

І, наостанок, варто згадати й про деякі інші особливості врегулювання питання про оплату за договором про нерозголошення, які стосуються переважно відносин із найманими працівниками. Так, зокрема, варто дослухатись до думки про те, що одним із основних підходів, що дозволяють дотримуватись балансу інтересів роботодавця з нестворення нечесної конкуренції з інтересами працівника заробляти собі на життя є здійснення регулярних виплат відсотка від середньомісячної заробітної плати вивільненому працівнику «в обмін» на зобов'язок не порушувати умови угоди про неконкуренцію (не займатись протягом встановленого періоду та у встановлених географічних межах діяльністю, аналогічною до діяльності роботодавця, та/або не працювати в конкуруючих суб'єктів господарювання у визначеній сфері (галузі виробництва), та/або не використовувати в подальшому інформацію, до якої працівник мав доступ, тощо). Як наслідок, інтереси роботодавця щодо захисту конфіденційної, іншої цінної інформації і досягнень, до яких мав доступ колишній працівник, захищені, ризик їх використання для нечесної конкуренції мінімізовано [4, с. 68].

Також при вивченні аналізованого питання доцільно звернути увагу й на висновки А. М. Гужви, які науковець також зробив при дослідженні договорів про неконкуренцію. Так, згідно з його висновками, у *common law* для цього існує доктрина зустрічного надання (*consideration*). На його думку, з якою важко не погодитись, вказана доктрина могла би бути застосована і для визначення дійсності/недійсності договорів у національному праві (принаймні на рівні судової практики). Так, боржник за утримання від певної дії (дій) отримує певну компенсацію або винагороду, або певне матеріальне благо (наприклад, навчання за рахунок кредитора, рекламу та просування об'єкту нерухомості, доступ до комерційної таємниці кредитора через трудові або цивільно-правові відносини із кредитором, в яких боржник матеріально заінтересований тощо). Без «зустрічного надання» боржнику з боку кредитора буде порушено принцип справедливості і таке зобов'язання на цій підставі буде недійсним. Інтерес кредитора та боржника у зобов'язанні повинен бути обоюдною. Тому негативні зобов'язання слід вважати синалгматичними зобов'язаннями, які передбачають взаємність інтересів сторін [3, с. 57].

Таким чином, з урахуванням різноманітних практичних підходів до врегулювання питання оплатності договору про нерозголошення, доцільно видається розробка нових та удосконалення чинних нормативних положень, які одночасно гарантували б як забезпечення належної схоронності інформації конфіденційного характеру, так і сприяли би праву конфіденціала отримувати справедливую оплату за дотримання умов договору про нерозголошення.

Висновки. NDA є ефективним правовим інструментом для захисту конфіденційної інформації, однак його

законодавче регулювання в Україні залишається фрагментарним. Практика укладення NDA демонструє різноманітність підходів до питання його оплатності, що обумовлено цінністю інформації, обсягом обов'язків сторін, галузевими особливостями та правовим статусом учасників договору. Застосування платного NDA може базуватися на одноразових або періодичних виплатах, а також

на альтернативних формах винагороди, зокрема, у вигляді нематеріальних благ. Запропоновано врахування міжнародного досвіду, зокрема доктрини зустрічного надання, для забезпечення збалансованості інтересів сторін. Необхідним є подальше вдосконалення нормативної бази NDA в Україні з метою створення чітких механізмів його застосування та захисту прав сторін угоди.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України. Закон України від 16.01.2003р. № 435-IV. *Голос України*. – 2003. – № 45. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
2. Про стимулювання розвитку цифрової економіки в Україні. Закон України від 15.07.2021р. № 1667-IX. *Голос України*. – 2021 – № 153. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1667-20#Text>.
3. Гужва, А. М. «Договори про неконкуренцію: цивільно-правовий аспект». *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна. Серія «Право», (34): (81-90)*. <https://doi.org/10.26565/2075-1834-2022-34-09>.
4. Вавженчук, С. Я., Вершинін, Д. «Види і критерії дійсності угод про неконкуренцію». *Підприємництво, господарство і право*. 2020, № 1: 65-70. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2020/1/13.pdf>.
5. Кодинець, А. О. «Договір про конфіденційність: істотні умови та особливості регулювання». *Право і суспільство*. № 2/2018: 72-77. URL: http://pravoisuspilstvo.org.ua/archive/2018/2_2018/part_1/14.pdf.
6. Інтелектуальне право України / за заг. ред. проф. О. С. Яворської. Тернопіль: підручники і посібники, 2016: 608.
7. Сляднева, Г. О. Правове регулювання передачі комерційної таємниці в договірних відносинах. Університетські наукові записки Хмельницького університету управління та права: *Часопис Хмельницького університету управління та права*. Хмельницький, 2005, вип. 3: 165-170.
8. Гура, М. В. Правова характеристика договору про нерозголошення конфіденційної інформації. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна, серія «Право», 2023, вип. 36: 96-103*. <https://doi.org/10.26565/2075-1834-2023-36-11>.