



Осокин Александр Владиславович
Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова
Юридический факультет
Россия, Москва
osokin2001@yandex.ru
Osokin Alexander
Lomonosov Moscow State University
Faculty of Law
Russia, Moscow

СООТНОШЕНИЕ СВОБОДЫ ДОГОВОРА И КОНКУРЕНЦИИ В КОНТЕКСТЕ ПОЛОЖЕНИЯ ОБ ОТКАЗЕ ОТ КОНКУРЕНЦИИ

Аннотация: свобода договора представляет собой основополагающий принцип частного права, который со временем начинает деформироваться в связи с развитием рыночной экономики, а также развития регуляторного законодательства. Одним из примеров такого ограничения является влияние конкурентного права на принцип свободы договора и договорное право в целом при осуществлении предпринимательской деятельности. Отказ от конкуренции – необходимая для предпринимателей мера, которая должна допускаться для целей защиты предпринимателей от потенциальных конкурентов. Поэтому автор рассматривает вопросы соотношения и допустимости свободы договора в контексте положения об отказе от конкуренции.

Ключевые слова: свобода договора, договорное право, конкурентное право, отказ от конкуренции, частное право.

RATIO OF FREEDOM OF CONTRACT AND COMPETITION LAW IN THE CONTEXT OF THE NON-COMPETITION CLAUSE



Annotation: freedom of contract is a fundamental principle of private law, which over time begins to be distorted due to the development of the market economy, as well as the development of regulatory legislation. One example of such a limitation is the impact of competition law on the principle of freedom of contract and contract law in general in business activities. Non-competition is a necessary measure for entrepreneurs, which should be allowed for the purpose of protecting entrepreneurs from potential competitors. Therefore, the author examines the relationship and permissibility of freedom of contract in the context of the non-competition clause.

Key words: freedom of contract, contract law, competition law, non-competition, private law.

Договорное регулирование как наиболее явная сфера проявления индивидуальной свободы предоставляют хозяйствующим субъектам полную свободу усмотрению при выборе конкретных правовых средств для защиты своих интересов. Проф. А.Н. Варламова указывает, что первостепенная значимость договора как правового средства формирования и реализации конкурентных стратегий не вызывает сомнения, однако, формирование и реализация такой стратегии путем использования широкого спектра договоров, [а также значительного числа договорных конструкций, существующих в частном праве – А.О.] [1, с. 108-109]. Следовательно, договорная свобода позволяет обеспечивать наиболее полное господство лица в сфере реализации определенного обязательства.

При этом учет фактора конкурентного права как экзогенного ограничителя договорной свободы нельзя упускать из виду. Еще проф. И.А. Покровский указывал, что с положительной стороны принцип договорной свободы служит формой для определения частных отношений и удовлетворения индивидуальных интересов, хотя такая свобода не может быть безграничной и вынуждена быть ограниченной в силу развития общества и экономики [2, с. 248-249]. В этой связи классический договор как правовое



средство значительно деформируется, сужается, в связи с воздействием на его пределы норм публичного права.

Однако весьма примечательной особенностью современного экономического оборота является высокая степень подвижности капиталов и формирование целостных рынков капиталов. Одним из способов существования такого рынка – обеспечение оборотоспособности акций и долей в уставных капиталах хозяйственных обществ. Договор как универсальное правовое средство обеспечивает подобную подвижность за счет различных условий, экономическое содержание которых позволяет оптимизировать потенциально возникающие транзакционные издержки и направленные на максимизацию прибыли. Одним из способов реализации подобной экономической цели является внедрение в договорную конструкцию обязательства об отказе от конкуренции, или условия об отказе от конкуренции (*non-compete clause*), которое широко распространено в развитых юрисдикциях.

Весьма любопытно то обстоятельство, что положение об отказе от конкуренции широко развито в сфере семейного и трудового права зарубежных стран, а использование подобных конструкций в сделках слияний и поглощений – обыденность, не свойственная российскому правопорядку [3]. В данной статье идет речь о правовых механизмах непереманивания работников, что является существенной проблемой американской и европейской экономик. Более того, существует в отношении обязательства об отказе от конкуренции существуют юридические анекдоты, которые сводятся к следующей формуле: «I'll agree to a pre-nup, if you'll agree to a non-compete clause» [4, с. 557]. На наш взгляд, следует выделить два аспекта обязательства об отказе от конкуренции – экономический и правовой аспект.

В случае с экономическим аспектом отказа от конкуренции следует отметить, что существование этого положения – жизненная необходимость покупателя нового бизнеса. Так, данное обязательство сводится к тому, что продавец обязуется не вести деятельность, которая бы конкурировала с



объектом, который он продал. Коммерсант, который создал сегодня успешный бизнес, после продажи своей компании сможет создать новый бизнес без существенных затруднений: ему известны существующие на этом товарном рынке хозяйственные связи и иные особенности, не всегда известные покупателю. Следовательно, экономическое обоснование положению об отказе от конкуренции является вполне разумным и отвечающим интересам покупателя, иначе цена капитала не составляла бы значительных сумм.

При этом в правовой плоскости – преимущественно в отечественной – возникают существенные проблемы, связанные с практической реализацией механизмов отказа от конкуренции. Обращаясь к близкому для российской правовой системы европейскому правопорядку, следует отметить, что обязательства об отказе от конкуренции выводятся из-под действия общих блокирующих мер. В частности, в постдоговорный период обязательство об отказе от конкуренции первоначально заключается на пятилетний срок, а затем может быть продлено на неопределенный срок путем молчаливого согласия [5]. В пояснительной записке отмечается, что подобное положение вызвано тем, что существование соглашения об отказе от конкуренции направлено на предоставление покупателю возможность полноценной выплаты долга до момента окончания срока действия такого соглашения [6]. В сфере поставок товаров и оказания услуг данным регламентом установлены крайне благоприятные для сторон условия, связанные с тем, что возможно изначальное установление неопределенного срока положения об отказе от конкуренции. Подобное обосновывалось тем, что обычно неразумно ожидать от поставки разрешения на производство конкурирующих товаров от средств производства (земля и т.п.), принадлежащих такому поставщику на праве собственности. Следовательно, европейский порядок урегулировал классическое договорное обязательство как в сфере рынка капиталов, так и в сфере рынка товаров и услуг [6].



Пусть отечественного правопорядка к признанию правомерности положений об отказе от конкуренции оказался долгим и тернистым. Лишь развитие судебной практики вызвало надлежащий отклик со стороны Федеральной антимонопольной службы РФ (далее – ФАС РФ), которая в 2021 г. приняла разъяснение, суть которого сводится к описанию условий допустимости соглашения об отказе от конкуренции [7]. Впервые появились исключения из ригидных положений п. 17 ст. 4 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции», которые не пропускали положения об отказе от конкуренции через судебные фильтры как ограничивающие конкуренцию факторы (признаются недействительными на основании ст. 168 Гражданского кодекса РФ). Несмотря на то, что судебная практика по спорам в сфере слияний и поглощений недостаточно многочисленна, что объясняется особенностями данной сферы, российская практика предоставляет возможность ознакомиться с рядом дел на стыке положений о неконкуренции и трудового права [8; 9]. Следовательно, развитие экономических отношений ведет к расширению свободы договорного регулирования в тех сферах, где это является востребованным.

ФАС РФ обосновал допустимость заключения соглашений об отказе от конкуренции тем, что подобные соглашения в сфере рынков капиталов представляют собой меньшую общественную опасность для конкуренции. ФАС РФ предусмотрел 4 критерия правомерности соглашений об отказе от конкуренции: (i) условия отказа должны соответствовать целям договора, (ii) условия распространяются на конкретный товарный рынок, где заключается сделка, (iii) предусмотрен или определен срок действия условия об отказе, (iv) условия не должны предусматривать обмена информацией, направленного на картелизацию товарного рынка.

Несмотря на наличие подобных ограничений, следует отметить, что был сделан существенный шаг на пути к реформированию данной сферы посредством расширения договорной свободы. Несмотря на то, что в



европейской практике преимущество отдается временному критерию правомерности отказа от конкуренции, наш законодатель решил усилить антимонопольный контроль в сфере M&A сделок. На наш взгляд, такое решение напрямую связано со степенью монополизации отечественной экономики, отказ от конкуренции, в которой может привести к существенным негативным последствиям социально-экономического и политического характера.

С учетом того, что все рентабельные активы прямо или косвенно находятся в собственности государства или ГОНГО-структур (публично-правовые компании, а также хозяйственные общества со значительным государственным участием) [10], рынки капиталов в России представлены либо предприятиями добывающей, обрабатывающей, тяжелой или высокотехнологичной промышленности, которая по каким-то причинам не находится под контролем государства. В этой связи во избежание монополизации экономики, а также угроз национальной безопасности (весьма широкая категория) ФАС РФ допускается применение института развитого правопорядка, но со значительными ограничениями.

Таким образом, взаимодействие свободы договора и конкуренции порождает весьма интересные институты, связанные с обоснованной возможностью отказа от такой конкуренции. При этом развитие подобных механизмов зависит от степени монополизации экономики, когда регулирующие органы чутко реагируют на возможность отказа от конкурентных начал. Подобный отказ рискует напрямую затронуть интересы хозяйствующих субъектов, находящихся под публичным контролем, что нехарактерно для иных юрисдикций, где существуют развитые рынки капиталов.

Список литературы:



1. Варламова А.Н. Конкурентное право и отраслевые товарные рынки: монография. – М.: Зерцало-М, 2021. 360 с.
2. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 8-е изд. – М.: Статут, 2020. 351 с.
3. Wickelgren A.L. A Novel Justification for Legal Restrictions on Non-Compete Clauses // International Review of Law and Economics. № 54. 2014.
4. Sitkoff R.H., Dukeminier J. Wills, Trusts and Estates. 11th ed. Aspen Casebook Series. New York: Wolters Kluwer, 2022. 1096 p.
5. Commission Regulation (EU) No 330/2010 of 20 April 2010 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices [Электронный документ] // URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2010/330>.
6. Commission notice – Guidelines on Vertical Restraints [Электронный документ] // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32000Y1013%2801%29&qid=1667504839667>.
7. Разъяснение ФАС России от 11.06.2021 № 19 «Об особенностях осуществления государственного антимонопольного контроля за экономической концентрацией» // СПС «КонсультантПлюс».
8. Постановление Арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 04.08.2015 № Ф04-22277/2015 по делу № А70-13409/2014 // СПС «КонсультантПлюс».
9. Постановление Новосибирского УФАС России № 06-113/16 от 07.11.2016 о назначении административного наказания // СПС «КонсультантПлюс».
10. Лушников Д.А. Организованные правительством неправительственные организации (GONGO): генезис проблематики, интерпретация и функции // Полис. Политические исследования. 2019. № 2.