

Отказ от конкуренции в деятельности совместных предприятий: обзор правовых конструкций

05.04.2023

СТАТЬИ

Насколько правомерны условия об отказе от конкуренции в соглашениях о создании совместных предприятий? Из-за отсутствия однозначного правового регулирования и судебной практики при моделировании обязательств происходят ошибки, что приводит к невозможности их судебной защиты. Автор рассматривает несколько вариантов взаимного ограничения на аналогичную хозяйственную деятельность, приводит примеры из судебной практики с юридическими механизмами, схожими по последствиям с условиями о неконкуренции.

Компании принимают решение о совместной реализации коммерческого проекта когда не могут достичь поставленной цели самостоятельно или испытывают крайнюю степень затруднения в связи с этим. Объединение усилий позволяет выйти на новые территориальные рынки сбыта, получить доступ к необходимым технологиям, дополнительному масштабному финансированию и запустить новый продукт и т. п. При этом стороны (будем далее их именовать «партнеры») готовы ограничить себя в ряде возможностей, дабы приобрести новые.

В тех случаях, когда партнеры совместного проекта являются профессионалами в сфере деятельности, запланированной для СП, либо могут получить такой опыт в ходе реализации

проекта, возникает необходимость исключить конфликт интересов между партнерами и самим СП и не допустить несогласованного соперничества, тем самым предоставив максимальные возможности совместному проекту.

Запрет на конкуренцию знаком российскому праву. Так, например, посреднические договоры могут содержать ограничение сторон по территории действия либо на заключение аналогичных договоров с иными лицами (п. 2 ст. 990, п. п. 1, 2 ст. 1007 ГК РФ); в договоре о синдицированном кредите может быть предусмотрено обязательство его сторон не вступать в схожие отношения с иными лицами (п. п. 3, 4 ФЗ «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»), а договор коммерческой концессии позволяет установить прямой запрет пользователю конкурировать с правообладателем (абз. 3 п. 1 ст. 1033 ГК РФ). В настоящем материале под совместным предприятием мы будем подразумевать создание нового российского юридического лица либо совместное участие в существующем юридическом лице. К сожалению, нам не удалось найти в судебной практике случаи, в которых бы анализировались непосредственно положения о неконкуренции, возникшие в силу специального на то соглашения между участниками одного юридического лица — соперниками на одном товарном рынке. Вместе тем приведенные ниже отдельные примеры в своей совокупности позволяют допустить возможность применения подобного механизма.

Понятие конкурирующей деятельности

Соглашаясь на совместную реализацию проекта, партнеры в большинстве случаев включают в соглашение между собой следующие обязательства:

отказаться от производства товара (услуги), аналогичного товару СП, а также взаимозаменяемого товара;

отказаться от самостоятельной реализации такого товара на территории действия СП

либо вести такую деятельность только через СП;

не применять технологии, созданные в рамках деятельности СП;

уведомлять партнеров по СП о намерении участвовать в иных аналогичных проектах, а также предлагать в них равноправное участие. В одних случаях отказ вторых партнеров дает право первому партнеру на участие в таком проекте, в других — лишает такой возможности.

не предпринимать действий по переманиванию контрагентов, сотрудников и иных лиц, связанных с СП.

Таким образом, суть неконкуренции в СП — добровольный отказ партнеров от хозяйственной деятельности, схожей с деятельностью СП, как минимум, на весь период совместной деятельности и в отношении территории деятельности СП.

Антимонопольные аспекты отказа от конкуренции

Отказ хозяйствующих субъектов, не входящих в одну группу лиц, от самостоятельных действий на товарном рынке относится к признакам ограничения конкуренции (п. 17 ст. 4 ФЗ «О защите конкуренции», далее — ЗоЗК). По общему правилу подобные соглашения запрещаются независимо от субъектного состава участвующих лиц и признаков конкуренции между ними (ч. 4 ст. 11 ЗоЗК). Впрочем, закон дает возможность признать допустимым даже формально антиконкурентное соглашение в случаях, если:

субъекты соглашения не занимают доминирующего положения, и объем их выручки не превосходит пороговых значений (ч. 6 ст. 11, ч. 3 ст. 12 ЗоЗК),

либо если таким соглашением не создается возможность устранить (полностью прекратить) конкуренцию на соответствующем товарном рынке, не налагаются

ограничения, не соответствующие целям совместной деятельности, исключения, в соответствии с которыми подобные соглашения могут быть признаны допустимыми. Так, положение об отказе от конкуренции допустимо, если в совокупности оно соответствует следующим условиям (раздел V Разъяснений по порядку и методике анализа соглашений и совместной деятельности, размещенных на сайте ФАС России по адресу <https://fas.gov.ru/documents/575737>):

отвечает целям совместной деятельности;

не распространяется на иные товарные рынки, помимо тех, на которых действуют стороны СП в рамках совместной деятельности;

ограничено во времени периодом окупаемости проекта или получения прибыли;

не предусматривает обмена информацией в целях запрещенных и ограничивающих конкуренцию согласованных действий партнеров СП.

Таким образом, в целях исключения риска антимонопольного преследования, а также признания недействительными положений соглашения об отказе от конкуренции в ряде случаев необходимо получить положительный отзыв антимонопольного органа (соответственно, в виде предварительного согласия на сделку с таким условием либо в виде подтверждения соответствия планируемого соглашения требованиям антимонопольного законодательства). Рассмотрим несколько механизмов установления условия о неконкуренции в случаях, когда партнеры по СП не связаны ограничениями антимонопольного законодательства.

Обязательство воздержаться от определенных действий и неустойка

Обязательство партнера СП не вести деятельность, аналогичную деятельности СП, по своей сути является негативным обязательством, то есть обязанностью должника воздержаться от

совершения определенного действия. В том же время кредитор имеет право требовать от должника исполнения такой обязанности (п. 1 ст. 307 ГК РФ).

При этом нормы закона о договоре в пользу третьего лица (ст. 430 и абз. 2 п. 3 ст. 308 ГК РФ) и нормы об исполнении третьему лицу (п. 1 ст. 312 ГК РФ) позволяют сторонам соглашения предусмотреть обязательство в пользу не стороны такого соглашения, а само третье лицо — наделять самостоятельным правом требовать исполнения от должника [1]. Таким образом, в нашем случае в соглашении партнеров СП может быть установлено негативное а результатом соглашения выступит совершенствование производства/реализации либо получение покупателями выгод (п. 1 ст. 13 ЗоЗК). Но даже в случае превышения пороговых финансовых показателей партнерами СП существуют обязательство в пользу СП — воздержаться от конкурентных действий.

Поскольку кредитором по обязательству остается контрагент (сторона соглашения, то есть партнер по СП), то за ним остается право применять меры ответственности за ненадлежащее исполнение.

Как и любое иное обязательство, негативное обязательство также может быть обеспечено неустойкой. Так, например, в одном из дел арендатор технологического оборудования принял на себя договорное обязательство воздержаться от совершения действий по реверс-инжинирингу и декомпиляции. Суд взыскал предусмотренный договором штраф за нарушение указанного обязательства (дело № А56–92673/2016). В другом деле агенту удалось и запретить принципалу заключать аналогичные агентские договоры с иными лицами, и возложить обязанность воздерживаться от осуществления самостоятельной деятельности по реализации продукции. При этом суд сослался не только на нормы об агентском договоре, но и, что более важно, на последствия нарушения негативного обязательства (дело № А50–23711/2015). Несмотря на то что формально в этом случае сторонами не использовались термины «отказ» или «запрет конкуренции», перед нами по своей сути как раз и есть договорное условие о воздержании, которое может быть использовано и в

соглашении партнеров о создании совместного предприятия и ведения им деятельности.

Финансовое стимулирование за воздержание от конкурентной деятельности

Этот механизм полезен возможностью использовать его для введения моратория на конкурентную деятельность в течение определенного периода времени уже после выхода такого партнера из СП. В данном случае в соглашении партнеров СП оговаривается определенная плата, которую вышедший из СП партнер получит по истечении согласованного периода времени после такого выхода за воздержание от конкурирующей деятельности (обусловленное исполнение обязательства, ст. 327.1 ГК РФ). По нашему мнению, такое соглашение возможно в силу принципа свободы договора (п. 1 ст. 431 ГК РФ). Если за совершение определенных действий возможна оплата (п. 1 ст. 423 ГК РФ), а воздержание от определенных действий (так называемое негативное обязательство) признается законом полноценным обязательством (п. 1 ст. 307 ГК РФ), то за надлежащее исполнение обязательства по воздержанию допустимо предусмотреть плату. Так, например, в одном из дел стороны при расторжении договора возмездного оказания услуг предусмотрели выплату заказчиком исполнителю денежной суммы при условии, что тот в течение согласованного периода времени не будет заниматься дистрибьюцией определенного вида товаров, а также не будет вступать в договорные отношения с любыми контрагентами, ставшими ему известными в связи с исполнением расторгаемого договора. В качестве санкции за нарушение обязательства воздерживаться от определенной деятельности была предусмотрена выплата суммы, которую заказчик получил от исполнителя за расторжение договора. Суд посчитал подобное условие действительным и применил его при вынесении решения (дело № А28-5022/2017).

Запрет на конкуренцию как основная или дополнительная обязанность участника СП

Нередко запрет на конкурирующую деятельность фиксируется партнерами СП в уставе юридического лица в качестве дополнительной корпоративной обязанности участников

(посл. абз. п. 4 ст. 65.2 ГК РФ), а в случае ее нарушения к такому партнеру в судебном порядке предъявляется иск об исключении из общества. К сожалению, суды не требуют от участников столь высокого уровня лояльности и ссылаются на свободу экономической деятельности и отсутствие прямого законодательного запрета на одновременное участие в нескольких хозяйственных обществах (решение Арбитражного суда Краснодарского края от 28.03.2016 по делу № А32-35088/2015). На практике одного факта ведения конкурирующей деятельности недостаточно для исключения такого участника из общества. Обязательным условием выступает наличие существенного вреда для СП от такой деятельности участника либо затруднения или невозможность деятельности СП (абз. 2 п. 35 Постановления Пленума ВС РФ от 23.06.2015 № 25).

Ярким примером крайне консервативных и завышенных требований российских судов является пример отказа в исключении участника, который через принадлежащую только ему компанию, участвовал в торгах одновременно с СП, участником которого он являлся (дело № А54-6375/2017). Суд не увидел в подобных действиях противоречий интересам СП и затруднения его деятельности. Как он вряд ли бы мог увидеть и иные невербальные способы конкуренции со стороны недобросовестного участника, например, путем участия в принятии тех или иных управленческих решений, скажем, голосования за менее компетентный менеджмент. Более строгий подход, на наш взгляд, не входил бы в противоречие с основополагающим принципам и правам участников корпоративных юридических лиц, ведь, к примеру, допускает же законодатель исключение члена правления производственного кооператива в связи с его членством в аналогичном кооперативе (абз. 2 п. 2 ст. 106.5 ГК РФ).

Приходится констатировать, что в настоящий момент включение в устав совместного предприятия запрета на конкуренцию как дополнительной обязанности участника само по себе не может быть эффективным инструментом достижения цели. Вместе с тем не исключаем, что нарушение подобной дополнительной обязанности может быть использовано в качестве обоснования недобросовестности партнера в других спорах, не

связанных с его исключением из общества.

Опционные конструкции

Соглашение сторон СП может предусматривать в качестве нарушения обязательства о неконкуренции реализацию опционов в отношении доли нарушившего партнера в этом СП либо временное

«поражение» в некоторых корпоративных правах (например, в праве на получение расширенного состава информации об обществе, номинировании своих кандидатур в органы общества, прекращение обязанности ненарушившего партнера по согласованию голосования по определенным вопросам с подобным нарушителем и т. п.).

Остановимся на опционе в отношении доли в уставном капитале СП как самом серьезной последствии нарушения (опцион на заключение договора, предусмотренный ст. 429.2 ГК РФ, и опционный договор, предусмотренный ст. 429.3 ГК РФ). В таком случае сторона, реализующая опцион, получает право либо выкупить долю нарушителя в СП по согласованной цене (например, по цене ниже ее реальной стоимости), либо обязать нарушителя выкупить долю держателя опциона (например, по цене выше реальной стоимости).

Партнерами СП заключается соглашение, согласно которому каждый партнер путем безотзывной оферты, включенной в текст опциона, предоставляет второму партнеру право потребовать от первого заключить договор купли-продажи доли (об отчуждении либо обязанности приобрести) при наступлении согласованного обстоятельства или события, которым и выступает совершение одним из партнеров конкурирующего действия (событие акцепта оферты).

Сам по себе опционный механизм с выкупом (либо продажей) доли при наступлении события уже зарекомендовал себя положительно в судебной практике. Он результативно

используется в инвестиционных и венчурных сделках, когда инвестор, вошедший в структуру капитала проектного общества, предусматривает для себя право потребовать от второго участника выкупить долю инвестора при наступлении определенных негативных событий, например, несостоятельности (банкротства) второго партнера либо аффилированного ему лица (дело № А40–254773/18–48–1375) либо недостижения совместным предприятием согласованных финансовых показателей (дело № А11–9506/2015). В случае возможности проверить наступление события объективно и без сложностей, процесс может быть «автоматизирован» с участием нотариуса, оформляющего акцепт и переход права на долю в СП.

Для негативных событий менее очевидных, к которым следует отнести нарушение условия о неконкуренции, стороны могут использовать механизм корпоративного договора, который позволяет предусмотреть обязательство сторон по приобретению или отчуждению доли при наступлении определенных обстоятельств, которые, в том числе, могут прямо зависеть от воли стороны (п. 1 ст. 67.2, абз. 2 ст. 429.2, ст. 327.1 ГК РФ). Как представляется, только в суде может быть установлен конкурирующий характер деятельности предприятия, в котором параллельно участвует один из партнеров СП, либо совершение стороной договора иных действий, определенных сторонами СП в корпоративном договоре в качестве запретных.

Для случаев, когда сделка по приобретению доли в обществе подпадает под случаи обязательного согласования с антимонопольным органом, дополнительно отметим, что такое согласие действует один год (п. 8 ст. 33 ЗоЗК). Если в течение этого срока сделка не закрыта (переход прав не совершен), то потребуются получение нового решения о согласии.

Подводя итог, предположим, что в силу разнообразия тех действий, которые могут быть определены сторонами СП как конкурентные, противодействие им возможно лишь комплексом мер в зависимости от вида и «тяжести» нарушения. Правоприменительная практика судов по данному вопросу крайне скудна и, к сожалению, не дает уверенности в

самой возможности и эффективности судебной защиты условия о неконкуренции в СП с применением тех немногих юридических механизмов, которые предоставлены нам российским правом на сегодняшний день.

[1] В конструкции «договор в пользу третьего лица» такое третье лицо наделяется правом самостоятельно требовать исполнения от должника. В конструкции «исполнение третьему лицу» третье лицо таким правом не наделяется

Владимир

Данилевский старший юрист юридической фирмы Sameta

СТАТЬИ