

Ограничительные условия в соглашениях между предпринимателями и их работниками по праву зарубежных стран. Часть первая: Великобритания и Соединенные Штаты Америки*

А. А. Чукреев

Тюменский государственный университет,
Российская Федерация, 625003, Тюмень, ул. Володарского, 6

Для цитирования: Чукреев, Андрей А. 2023. «Ограничительные условия в соглашениях между предпринимателями и их работниками по праву зарубежных стран. Часть первая: Великобритания и Соединенные Штаты Америки». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 2: 423–440. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2023.209>

Обзорная статья посвящена так называемым ограничительным условиям, широко распространенным в договорах между предпринимателями и их работниками во многих зарубежных государствах. В России указанные условия в основном не поддерживаются судами, так как считается, что эти ограничения противоречат конституционным и иным нормам отечественного права. Цель данного исследования — анализ основ правового регулирования в зарубежных странах таких ограничительных условий, как соглашения о неконкуренции, непривлечении, непредпринимательстве и неразглашении. Этот анализ необходим для обоснованного ответа на вопрос о целесообразности признания в России правомерности такого рода соглашений. В первой части дается обзор права об отказах от конкуренции и иных подобных ковенантах Великобритании и США, во второй части — Германии, Франции, Японии, Китая и государств — членов Евразийского экономического союза (ЕАЭС). В связи с особенно широким распространением таких ковенантов в США центральное место в исследовании занимает анализ основ их правового регулирования именно в этой стране. В юрисдикциях, в которых не запрещены соглашения о неконкуренции и другие подобные ограничительные условия, в качестве правового механизма уравнивания конкурирующих интересов работодателей, работников и публичных интересов выступает правило разумного подхода, позволяющее судам в каждом конкретном споре оценивать указанные условия на предмет их соответствия защищаемым деловым интересам работодателя и другим критериям. Сделан вывод о целесообразности легализации в России соглашений о неконкуренции, непривлечении и непредпринимательстве с учетом положительного зарубежного опыта правового регулирования в этой сфере. В связи с этим необходимо будет закрепить в российском законодательстве аналог правила разумного подхода.

Ключевые слова: ограничительное условие, соглашение о неконкуренции, соглашение о непривлечении, соглашение о непредпринимательстве, соглашение о неразглашении, свобода договора, свобода труда, коммерческие секреты, конфиденциальная информация.

* Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 19-111-50732.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2023

1. Введение

Глобализация и цифровизация экономики, усиливающаяся в мире конкуренция, в том числе недобросовестная, — эти и другие факторы побуждают работодателей включать в соглашения с работниками ограничения, в частности такие, действие которых рассчитано на период, начинающийся с момента прекращения трудовых отношений между ними: посттрудовые ограничительные условия, ковенанты (*англ.* post-employment restrictions) или шире — ограничительные ковенанты (*англ.* restrictive covenants). Особенно распространены во многих зарубежных странах такого рода соглашения или оговорки в договорах, закрепляющие отказ работника от конкуренции со своим работодателем в будущем путем трудоустройства у конкурента последнего либо самостоятельного осуществления аналогичной предпринимательской деятельности на соответствующем рынке — соглашения или ковенанты о неконкуренции (*англ.* non-competition agreements / covenants not to compete / non-competes).

Прототипы указанных профессиональных ограничений обнаруживаются уже в древнеримском праве (Ваке 2006, 531–544). Однако до сих пор остается открытым вопрос о правомерности подобных соглашений в принципе или обсуждается проблема пределов допустимого в них с содержательной стороны. Ведь здесь между работодателем и работником возникает, по меткому замечанию А. Ваке, «существенный конфликт интересов... который в конечном счете представляет собой конфликт свободы договора и свободы профессиональной деятельности» (Ваке 2006, 529). В связи с этим в разных странах данный вопрос решается неодинаково.

В России анализируемые соглашения (оговорки) трудовым законодательством прямо не предусмотрены, но и не запрещены. Однако наши суды рассматривают такие соглашения в качестве противоречащих прежде всего конституционным нормам и в связи с этим незаконных (Легашова, Муксинов 2010, 56; Лютов 2017, 128; Обухова 2016, 32; Швалева 2018). Помимо Российской Федерации, соглашения о неконкуренции не подлежат применению судами, например, в Индии, Мексике, Чили (Murphy 2015, 148). Однако у ряда отечественных ученых закономерно возникают предложения по легализации в России этих соглашений в том или ином виде с учетом их потенциальной полезности в плане защиты прав и законных интересов предпринимателей — бывших работодателей и широкой распространенности в мире, а также в макроэкономическом контексте — для развития добросовестной конкуренции (Легашова, Муксинов 2010, 52; Лютов 2017, 129; Швалева 2018).

2. Основное исследование

2.1. Ограничительные условия: общие положения, исторические корни и современное регулирование в Великобритании

В последние десятилетия современные ученые констатируют широкое распространение ограничительных условий в соглашениях между предпринимателями и их работниками во многих странах мира. Особенно активно соответствующие ковенанты применяются в США (Lobel 2020a, 665). Так, в этой стране, по результатам одного из исследований, 38,1 % трудящихся, или рабочей силы (labor force),

в какой-то момент давали свое согласие на отказ от конкуренции, а 18,1 %, или примерно 28 млн чел., в настоящее время работают, дав такое согласие (Starr, Prescott, Bishara 2021, 60). Сказанное подтверждается и официальной американской статистикой¹.

Помимо соглашений о неконкуренции, в зарубежных правовых порядках встречается целый спектр ограничительных условий, которые обычно дополняют указанные соглашения (Легашова, Муксинов 2010, 52–56): 1) соглашения об отказе от привлечения, или о непривлечении (*англ. non-solicitation agreements/covenants*), — обязательство работника не переманивать, не привлекать к сотрудничеству после прекращения своих трудовых отношений клиентов (контрагентов), а также работников своего бывшего работодателя; 2) соглашения об отказе от ведения дел либо о непредпринимательстве (*англ. non-dealing agreements/covenants*) — обязательство работника воздерживаться в будущем от совершения сделок в качестве предпринимателя с клиентами (контрагентами) своего бывшего работодателя; 3) соглашения о неразглашении (*англ. non-disclosure agreements/covenants*) — обязательство работника не разглашать ставшие ему известными в рамках трудовых отношений коммерческие секреты и иную конфиденциальную информацию работодателя без согласия последнего.

Первоначально анализируемые ограничительные условия распространялись в тех отраслях, где конкуренция была особенно развита, и обычно заключались работодателями с руководителями разного уровня и иными ценными работниками (Sullivan 2009, 1149). Очевидно, чем выше сотрудник поднялся по карьерной лестнице в организации, тем большими возможностями в плане доступа к информации работодателя при исполнении своих должностных обязанностей он располагает (Лютов 2017). Однако в последнее время такие соглашения распространились и на низкоквалифицированных сотрудников (Argenbright Rioux 2018, 996–997; Arnow-Richman 2020, 1251; Bishara, Starr 2016, 499; Starr, Prescott, Bishara 2021, 61–64).

В отличие от высокопоставленных руководителей, работники более низкого ранга вряд ли будут представлены адвокатом или иным юристом во время переговоров о заключении трудового договора (Bishara, Martin, Thomas 2015, 6–8). Кроме того, эти низкоквалифицированные сотрудники обычно не обладают достаточной переговорной силой или знаниями о рассматриваемых ковенантах. Так, по результатам проведенных в США исследований, только 10 % людей при приеме на новую работу пытаются возражать относительно заключения соглашения о неконкуренции или же настаивать на встречном предоставлении за это со стороны работодателя; остальные же либо полагают, что данное соглашение не подлежит обсуждению, либо остерегаются оспаривать его, опасаясь с первых дней вызвать напряженность между ними и их работодателями (Starr, Prescott, Bishara 2021, 69–72). В связи с этим полная осознанность и добровольность согласия работника не всегда очевидны (Argenbright Rioux 2018, 997).

Таким образом, с точки зрения особенностей их заключения анализируемые соглашения могут быть отнесены к договорам присоединения, поскольку работник обычно вынужден принимать их условия, сформулированные работодателем

¹ “The State of Labor Market Competition”. U.S. Department of the Treasury. March 7, 2022. Дата обращения 12 июня, 2022. <https://home.treasury.gov/system/files/136/State-of-Labor-Market-Competition-2022.pdf>.

(Argenbright Rioux 2018, 995–996). Неслучайно эти соглашения часто подвергаются критике в зарубежной литературе из-за неравенства переговорной силы в отношениях между работодателем и работником (Bishara, Martin, Thomas 2015, 6–8; Stone 2002, 740).

Широкое распространение ограничительных условий тесно связано с развитием общего права Великобритании в XVIII в. (Легашова, Муксинов 2010, 52). Изначально соглашения об отказе от конкуренции квалифицировались как ограничения торговли (*restraints of trade*) и считались незаконными. Поворотным моментом стало дело *Mitchel v. Reynolds*, 24 Eng. Rep. 347 (Q. B. 1711), в котором было признано, что частичные ограничения торговли при определенных обстоятельствах могут иметь исковую силу (Shangguan 2016, 409). Хотя в этом деле соглашение о неконкуренции было связано с продажей бизнеса, а не с трудоустройством, оно послужило основой для современного подхода к ограничительным условиям в трудовых договорах в Великобритании, а затем в США и многих других странах. Так называемое правило разумности, или правило разумного подхода (*rule of reason*), лежащее в основе американской доктрины об отказе от конкуренции, возникает и начинает применяться именно тогда (Arnow-Richman 2020, 1223–1224).

В английском праве возможность принудительного исполнения соглашения о неконкуренции определяется на основе элементов, разработанных судами. Ключевым моментом здесь стали вопросы о том, защищает ли такое соглашение законный деловой интерес (*legitimate business interest*) и адекватно ли проработано ограничение для защиты именно этого интереса. Искомая защита должна быть обоснованной в отношении интересов всех сторон обязательства, а также общественных интересов, что было установлено еще решением палаты лордов по делу *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd* [1894] AC 535 (Легашова, Муксинов 2010, 57).

Для обоснования наличия своего законного делового интереса работодатель должен принять во внимание характер своей деятельности и роль работника в этой деятельности (решения палаты лордов по делам *Mason v. Provident Clothing and Supply Co. Ltd* [1913] AC 724 и *Herbert Morris Ltd v. Saxelby* [1916] 1 AC 688). В целом интересы работодателя, которые английский суд наверняка защитит, можно условно разделить на две категории (Легашова, Муксинов 2010, 57): 1) предпринимательские связи с контрагентами или, более широко, деловая репутация; 2) коммерческие секреты (*trade secrets*) и прочая конфиденциальная информация (*confidential information*).

Вместе с тем ограничительное условие не должно быть шире достаточного для защиты соответствующего законного интереса (решение Высокого суда по делу *Allied Dunbar (Frank Weisinger) Ltd v. Weisinger* [1988] IRLR 60). В таком ковенанте необходимо определить его пределы не только путем указания на сами ограниченные виды деятельности, но и посредством закрепления географического охвата и периода действия. В противном случае границы и существо обязательства будут восприниматься как слишком широкие и, как следствие, потенциально недействительные (Легашова, Муксинов 2010, 57).

Ковенант о неконкуренции не может действовать бессрочно, срок его применения должен быть адекватным защищаемому интересу. При определении соответствующего периода необходимо принять во внимание время, которое должно

будет пройти, прежде чем конкурирующая деятельность бывшего работника станет представлять собой нечто меньшее, чем существенная угроза законным интересам работодателя (Легашова, Муксинов 2010, 56). Сроки действия обязательств об отказе от конкуренции от шести месяцев до одного года обычно подлежат принудительному исполнению; более длинные сроки могут быть согласованы с более высокопоставленными сотрудниками. Так, по делу *Norbrook Laboratories (GB) Ltd v. Adair* [2008] EWHC 978 (QB) было решено, что годовой период такого ограничения подлежит исполнению в отношении менеджера по продажам с пятилетним опытом работы с видами товаров, реализуемыми у бывшего работодателя (Raza 2011, 86).

С точки зрения географии такое ограничительное условие также должно быть обоснованным. Лишь в исключительных случаях английские суды признают, что запреты, действующие во всем мире, могут быть принудительно исполнены (см., напр., решение палаты лордов по делу *Nordenfelt v. Maxim Nordenfelt Guns and Ammunition Co. Ltd*) (Легашова, Муксинов 2010, 56).

Выплата работнику дополнительного вознаграждения за соблюдение ограничительного условия не является обязательной, но при определении баланса интересов сторон наличие такого вознаграждения будет принято во внимание судом, что вытекает из решения Апелляционного суда по делу *Turner v. Commonwealth & British Minerals Ltd* [2000] IRLR 114 (Легашова, Муксинов 2010, 57).

Говоря о заключении соглашений о непривлечении, отметим, что общим правом Великобритании для свободы договора здесь также установлены некоторые пределы: такое обязательство должно ограничиваться клиентами (контрагентами) работодателя, с которыми работник контактировал на протяжении определенного периода до своего увольнения (см. дело *Office Angels v. Rainer-Thomas and O'Connor* [1991] IRLR 214) (Легашова, Муксинов 2010, 52).

Согласно английскому праву, сохранение стабильности трудового коллектива путем запрета работникам привлекать других работников бывшего работодателя также признается законным интересом работодателя (Легашова, Муксинов 2010, 53). Соглашения о непривлечении применительно к работникам не должны быть чрезмерно широкими, иначе суд может не усмотреть возможности их принудительного исполнения. Так, в деле *Alliance Paper Group v. Prestwich* [1996] IRLR 25 Высший суд выдал предписание (injunction) о принудительном исполнении обязательства не трудоустраивать и не переманивать из компании работников, занимающих высокие должности в этой компании или в дочерней (Легашова, Муксинов 2010, 53–54). Кроме того, ограничения на переманивание других работников допустимы лишь в отношении тех лиц, которые были трудоустроены на момент увольнения соответствующего работника.

Вместе с тем положения об отказе конкурировать продолжают рассматриваться в Великобритании в качестве недействительных *prima facie*, поскольку там действует презумпция несоответствия их публичному порядку (public policy) как ограничения свободы торговли (restraint of trade) (Lazar 2008, 203). В связи с этим британские работодатели начали использовать вместо них соглашения об «отпуске в саду» (garden leave), которые оказались более обеспеченными судебной защитой и государственным принуждением. В соответствии с обязательством об отпуске в саду, работник соглашается (прежде чем уволиться и, возможно, перейти к конкуренту) уведомить работодателя об этом заблаговременно (обычно этот срок со-

ставляет от 3 до 12 месяцев) (Lazar 2008, 203; Обухова 2016, 31). Работнику выплачиваются в полной мере зарплата и все пособия, но он в течение этого «отпуска» не выходит на работу и не может получить доступ к конфиденциальной информации работодателя. Предполагается, что указанная информация, которой он/она уже обладает, становится бесполезной или менее конфиденциальной по истечении соответствующего времени.

2.2. Ограничительные условия в Соединенных Штатах Америки

2.2.1. Соглашения о неконкуренции в Соединенных Штатах Америки: особенности правового регулирования и условия действительности

Правовое регулирование соглашений о неконкуренции в США осуществляется на уровне каждого штата. В 20 штатах (Алабаме, Калифорнии, Колорадо, Флориде и др.) есть законы, которые специально регулируют соглашения о неконкуренции; остальные 30 штатов регулируют использование таких соглашений с помощью прецедентного права (Shangguan 2016, 410).

Большинство штатов применяет правило разумного подхода (rule of reason) к соглашениям о неконкуренции, когда возможность принудительного исполнения последних зависит от степени их «разумности» в соотношении с защищаемым деловым интересом работодателя (Arnow-Richman 2020, 1228–1229; Davis, Reicin, Warren 2015, 263–264; Shangguan 2016, 410; Stone 2002, 741; Swift 2007, 224–226).

Небольшое число штатов, прежде всего Калифорния, запрещают ковенанты об отказе от конкуренции. Параграф 16 000 Кодекса о предпринимательской деятельности и профессиях Калифорнии гласит: «За исключением случаев, предусмотренных в данной главе, каждый договор, в соответствии с которым кому-либо запрещается заниматься законной профессией, торговлей или бизнесом любого рода, в такой части является недействительным»². Два других штата, Северная Дакота и Оклахома, имеют почти идентичные законодательные запреты (Arnow-Richman 2020, 1224; Raza 2011, 84). Несмотря на общий запрет, Калифорния (§ 16 601–16 602.5 указанного кодекса) и другие штаты, где есть подобные запреты, разрешают ковенанты о неконкуренции, связанные с продажей бизнеса и участием в партнерствах (Raza 2011, 84).

Как правило, суды принимают решения о возможности принудительного исполнения соглашений о неконкуренции, учитывая все или большинство следующих факторов (Argenbright Rioux 2018, 998–999; Davis, Reicin, Warren 2015, 256–267; Shangguan 2016, 410–411; Stone 2002, 741; Swift 2007, 231–232): 1) существует ли в этом правомерный деловой интерес работодателя (legitimate business interest); 2) является ли географический охват ограничения разумным; 3) является ли разумной продолжительность ограничения; 4) предусмотрено ли адекватное встречное предоставление (consideration) со стороны предпринимателя. Степень, в которой такие соглашения признаются разумными, может также соотноситься со сферой деятельности бывшего работника, подпадающей под ограничение (Lazar 2008, 200–202; Raza 2011, 82).

² California Business and Professions Code. Дата обращения 2 марта, 2022. https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=BPC&division=7.&title=&part=2.&chapter=1.&article=

Получается, что правило разумного подхода — это двухступенчатый тест, и первая его часть — установление подлежащего защите интереса работодателя. Однако то, что представляет собой здесь законный интерес предпринимателя, в США варьируется от штата к штату (Murphy 2015, 145; Stone 2002, 746–748). Обычно положения, защищающие коммерческие секреты (trade secrets), прочую конфиденциальную информацию (confidential information) и отношения с клиентами (customer relations), оправдывают применение анализируемых ограничительных условий (Arnow-Richman 2001, 1176; Arnow-Richman 2020, 1228–1229; Lazar 2008, 199). Однако в любом случае законный интерес не может защищать предпринимателя от добросовестной конкуренции (Lazar 2008, 199–200; Swift 2007, 233).

Ссылка работодателя на отношения работника с клиентами при демонстрации своего законного делового интереса, скорее всего, сработает, когда клиент фактически связывает соответствующий бизнес непосредственно с работником, а не с работодателем, поскольку работник является единственным лицом, с которым клиент взаимодействует на регулярной основе, и работник имеет возможность оказывать большое влияние на клиента, как, например, установлено по делу *Freiburger v. J-U-B Engineers, Inc.*, 111 P.3d 100 (Idaho 2005) (Argenbright Rioux 2018, 999–1002).

Кроме того, законный интерес может быть доказан со ссылкой на то, что бизнес вкладывал значительную сумму денег и времени в обучение сотрудника (Argenbright Rioux 2018, 999; Stone 2002, 748). Однако если в этом случае развивались только общие знания и навыки, а не осуществлялось специализированное обучение работника, то суд вряд ли увидит здесь законный деловой интерес (Argenbright Rioux 2018, 1000–1001; Swift 2007, 233–234).

Географические рамки сферы действия ограничения разумны в той мере, в которой они связаны с характером работ, выполняемых ограниченной стороной. Например, разумно договориться с региональным менеджером по продажам не конкурировать с работодателем в том регионе, где он продвигает товары в ходе исполнения своих трудовых обязанностей, особенно когда ограничение касается только аналогичных каналов распространения (Raza 2011, 82).

При оценке географического охвата суды обычно рассматривают место нахождения предприятия работодателя и прилегающие районы, с территории которых возможна конкуренция с данным хозяйствующим субъектом, если уволившийся сотрудник станет там работать на конкурента или начнет подобный бизнес. Предприниматель с большей вероятностью добьется успеха в том, чтобы суд обеспечил исполнение соглашения о неконкуренции, если сможет доказать наличие у него клиентов на территории, где работник ограничен в своей экономической активности в соответствии с этим соглашением (Argenbright Rioux 2018, 1003).

В некоторых соглашениях о неконкуренции не указываются географические ограничения. Однако суды из-за этого не всегда автоматически признают такие соглашения чрезмерно широким. В деле *Brainware, Inc. v. Mahan*, 808 F.Supp. 2d 820 (E.D. Va. 2011) истец — компания, которая продавала программное обеспечение, — предъявил в суд иск к своему бывшему работнику (Argenbright Rioux 2018, 1004). Ранее ответчик покинул компанию истца и начал работать в отделе продаж конкурента. Суд отметил, что в подобном споре отсутствие в договоре определенных географических границ отказа от конкуренции — фактор в пользу работника, однако необходимо также учитывать и характер предприятия работодателя. Было

установлено, что данный бизнес имел глобальный охват, поскольку мог вестись по всему миру, и с точки зрения территории действия соответствующее ограничение являлось разумным.

Срок анализируемых ограничений признается разумным, когда его период необходим для эффективной защиты прав бенефициара соглашения. Так, Флорида решает этот вопрос в соответствии со своим законом: для работников срок ограничения предполагается разумным, если составляет менее шести месяцев, двухлетний же срок признается неразумным (Raza 2011, 82). Другие штаты законодательно закрепляют другие презумпции или оставляют решение вопроса на усмотрение судов.

Во многих случаях суды считают разумными соглашения, предусматривающие ограничительный срок в три года или менее, но не более того (Argenbright Rioux 2018, 1006), однако на практике известны выводы о правомерности более продолжительных ограничений. Так, в деле *Avalon Legal Info. Servs., Inc. v. Keating*, 110 So. 3d 75 (Fla. Dist. Ct. App. 2013) суд решил, что три года были разумным ограничением, наложенным в пользу работодателя-истца, который подал заявление о судебном запрете (Argenbright Rioux 2018, 1006). В данном случае срок действия нескольких договоров с клиентами в консалтинговой компании истекал за год до окончания трехлетнего ограничения конкуренции работника. Суд выразил надежду на то, что эти договоры смогут быть продлены на новый срок до того, как бывший работник получит возможность влиять на решения, принимаемые на этот счет со стороны клиентов истца.

В общем праве встречное предоставление — основа заключения договора. Оценка того, что представляет собой адекватное встречное предоставление в соглашении о неконкуренции, отличается в зависимости от юрисдикции, и во многих штатах достаточным является сохранение работы (Ueda 2019, 177). Так, в деле *MacDermid, Inc. v. Selle*, 535 F.Supp. 2d 308 (D.Conn. 2008) суд пришел к выводу о том, что в соответствии с правом Коннектикута в данных соглашениях непрерывной работы в качестве встречного предоставления вполне достаточно (Raza 2011, 82). Другие штаты требуют большего. Так, в деле *Labriola v. Pollard Group, Inc.*, 100 P. 3d 791 (Wash. 2004) Верховный суд штата Вашингтон постановил, что соглашения о неконкуренции, заключенные после приема на работу, действительны только в том случае, если во время подписания соглашения в пользу работника определяется особое встречное предоставление (Shangguan 2016, 411).

Кроме того, ограничение соглашением об отказе от конкуренции сферы деятельности бывшего работника разумно, если связано с характером работы, выполняемой им для прежнего работодателя ранее. Зачастую соответствующее ограничение считается чрезмерно широким в отношении трудоспособности, если оно запрещает сотруднику работать на другого работодателя в любом качестве (Swift 2007, 237). Многие суды отмечали, что соглашение должно быть связано с конкретными обязанностями, которые работник ранее выполнял для работодателя (Argenbright Rioux 2018, 1008).

Дополнительным фактором, определяющим, будет ли ковенант о неконкуренции подлежать исполнению, является то, станет ли американский суд изменять его. Однако штаты по-разному относятся к соглашению, которое судья посчитает недействительным (Privateau 2007, 682). Дело в том, что многие юрисдикции в США

разрешают судам изменять соответствующие условия договоров, которые в противном случае были бы необоснованными ограничениями. Существуют два основных варианта такой модификации (Swift 2007, 245–251): доктрина «синий карандаш» (blue pencil) и доктрина преобразования (reformation). Иногда второй подход (reformation) именуют либеральным, менее строгим вариантом «синего карандаша» (Pivateau 2007, 687).

В подавляющем большинстве штатов США изменение анализируемых ковенантов разрешено, и более половины штатов допускают преобразование (Raza 2011, 82–84). Лишь некоторые суды используют самый строгий подход — «все или ничего» (Pivateau 2007, 682), не позволяющий переписывать или вычеркивать какую-либо часть соглашения о неконкуренции, чтобы сделать его действительным (доктрина «красного карандаша»). Вместо этого суды могут только оценивать, является ли соглашение разумным.

Доктрина «синего карандаша» в более строгой ее вариации используется для вычеркивания тех частей соглашения о неконкуренции, которые считаются неисполнимыми из-за чрезмерно широких географических границ, продолжительности ограничений или сферы деятельности работника (Pivateau 2007, 674). В этих юрисдикциях суды устраняют необоснованные (неразумные) условия соглашения для приведения в исполнение остальных его положений; однако после вычеркивания ненадлежащих пунктов соглашение все еще должно иметь смысл, чтобы оставаться в силе (Swift 2007, 247–248).

Третья точка зрения, которую американские суды нередко принимают при рассмотрении соглашений о неконкуренции, — это либеральный подход к доктрине «синего карандаша», или преобразование. Согласно данному подходу, судьи вправе полностью переписать некие части договора, если сочтут их не имеющими юридической силы. Получается, недействительное по существу соглашение, которое было невыполнимым из-за того, что предусматривало неадекватное ограничительное условие, изменяют, чтобы сделать подлежащим исполнению (Pivateau 2007, 687). Это считается не самым плохим способом решить проблему слишком широких ковенантов путем их конкретизации при возможности защитить законные деловые интересы работодателя (Swift 2007, 249–250). Между тем данный подход наиболее лоялен по отношению к работодателю, поскольку у последнего в таком случае обычно не возникает никаких неблагоприятных последствий из-за того, что он изначально навязал работнику неразумно обременительное ограничительное условие в договоре, а это не способствует предупреждению злоупотреблений на данной почве со стороны предпринимателей (Argenbright Rioux 2018, 1013; Murphy 2015, 158–159).

2.2.2. Критика соглашений о неконкуренции.

Альтернативные варианты ограничительных условий

С одной стороны, соглашения о неконкуренции — это допустимые в США частные сделки, и принцип свободы договора диктует, что они должны соблюдаться (Murphy 2015, 141). С другой стороны, такие соглашения — это ограничения торговли (restraints of trade), которые уменьшают возможности трудоустройства для людей и доступ общества к их товарам (работам, услугам), поэтому принципы открытой конкуренции и свободной торговли обуславливают необходимость

сдерживания указанных соглашений для развития устойчивой экономики (Arnow-Richman 2020, 1242).

Практика применения судами соглашений о неконкуренции постоянно критикуется за то, что не является единообразной в США (Argenbright Rioux 2018; Arnow-Richman 2001; Arnow-Richman 2020; Moffat 2013, 942–943; Murphy 2015). Плюрализм подходов к оценке данных соглашений правоприменителями дезориентирует работников, особенно не располагающих финансовыми возможностями для получения квалифицированной юридической помощи, чем пользуются в своих неправомерных интересах работодатели, обладающие в этих отношениях доминирующей переговорной силой (Argenbright Rioux 2018; Arnow-Richman 2001, 1214–1215; Arnow-Richman 2020, 1248–1250; Murphy 2015, 139; O'Neill 2010, 85–94; Pivateau 2007, 691). В русле такой критики представляются логичными предложения существенно ограничить применение доктрины «синего карандаша» либо даже отказаться от нее в любой модификации (Arnow-Richman 2001, 1220; Arnow-Richman 2020, 1256; Pivateau 2007, 689–694; Pivateau 2019, 45–46; Sullivan 2009, 1128–1129).

Многие ученые оценивают существующий в США правовой механизм регулирования соглашений о неконкуренции как недостаточно обеспечивающий права и законные интересы работников, неспособный эффективно противостоять широко распространенным злоупотреблениям со стороны работодателей (Arnow-Richman 2001, 1189; Arnow-Richman 2020, 1241–1242; Lobel 2020a, 667–668; Sullivan 2009, 1151). Высказывалось также мнение о том, что работники, которые знают, что их рыночные возможности значительно сокращены вследствие заключения ими соглашения о неконкуренции, будут меньше инвестировать в свое обучение, в свой человеческий капитал, а также менее мотивированно и, соответственно, менее эффективно работать (Amir, Lobel 2013, 852–855, 861–868). Правда, последние два вывода, особенно о более низкой производительности труда лиц, отказавшихся от конкуренции с работодателем, подвергаются серьезной критике как не подкрепленные в должной мере эмпирическими исследованиями (Barnett, Sichelman 2020, 1027–1028).

Проблема еще и в том, что применение правила разумного подхода фокусируется почти исключительно на конкурирующих интересах конкретных участников судебного процесса. Между тем указанное правило требует также оценки потенциального воздействия соглашения о неконкуренции на публичные интересы, в сфере которых находится не только свобода договора и равные переговорные возможности, но и свобода труда и личная свобода (Bishara, Westermann-Behaylo 2012, 14–27; Murphy 2015, 139–141; O'Neill 2010, 94–120). Однако лишь немногие судьи действительно занимаются таким комплексным анализом; кроме того, специалисты признают, что не вполне ясно, как именно оценивать это воздействие на публичные интересы в широком смысле (Arnow-Richman 2001, 1173–1174; Arnow-Richman 2020, 1243).

В США распространены исследования, основанные на экономическом анализе права в данной сфере, а также использующие другие неюридические методы. Так, в результате проведения многолетнего сбора и анализа эмпирических данных о рынке труда в Америке группа ученых пришла к интересному выводу: фактическая возможность принудительного исполнения соглашения о неконкуренции судом может не иметь решающего значения для сторон (Prescott, Bishara, Starr 2016,

462–464; Starr, Prescott, Bishara 2020; Starr, Prescott, Bishara 2021, 55, 81). Исследователи не обнаружили взаимосвязи между формальным правом, регулирующим отказы от конкуренции, и уровнем активности по заключению соглашений о неконкуренции, т.е. было выявлено отсутствие статистической разницы в количестве респондентов, заключавших соглашения о неконкуренции, даже в штатах, законодательно запретивших последние (Кодекс о предпринимательской деятельности и профессиях Калифорнии и др.), по сравнению с теми штатами, где аналогичные запреты отсутствуют. Вероятное объяснение этого, по мнению данной группы ученых, состоит в следующем: работодатели могут дезинформировать сотрудников, просто навязывая им подписание отказа от конкуренции, в том числе рассчитывая на наличие шанса того, что сотрудник будет рассматривать такой отказ как обязательный и добровольно исполнит его, несмотря на очевидную недействительность последнего с точки зрения действующего права.

Последние эмпирические исследования подтверждают возможное негативное влияние различных ограничений мобильности трудовых ресурсов на региональное экономическое развитие (Arnow-Richman 2020, 1246; Lobel 2020a, 667). Кроме того, вопреки некоторым ожиданиям, есть данные о том, что соглашения о неконкуренции способствуют искусственному сдерживанию роста оплаты труда и в целом пагубно влияют на рынки труда, влекут создание на них монополий и другие нарушения антимонопольного законодательства со стороны работодателей (Arnow-Richman 2020, 1246–1248; Flanagan, Gerstein 2020, 449; Lobel 2015, 839–842; Lobel 2020a, 676–678; Polden 2020, 608–612).

Особое направление критики соглашений о неконкуренции связано с их оценкой в качестве неоправданных препятствий для развития инноваций в экономике (Samila, Sorenson 2011, 435–437). Сторонники таких оценок часто ссылаются в обоснование своей позиции на Кремниевую долину (штат Калифорния) как на образец высокотехнологичного инновационного кластера в американской экономике, имеющего поистине глобальное значение. Некоторые склонны объяснять, пусть отчасти, успех базирующихся в указанной долине предприятий — от небольших стартапов до столпов мировой экономики, таких как Apple, Google, Intel и т.д., — тем, что в Калифорнии соглашения о неконкуренции под запретом (Amir, Lobel 2013, 856–861; Lobel 2015, 825–826; Moffat 2013, 979; Samila, Sorenson 2011, 436). Так, Р. Гилсон выдвинул довольно популярную среди американских исследователей теорию о том, что невозможность принудительного применения соглашений о неконкуренции в Калифорнии привела к увеличению «вторичных потоков знаний» (knowledge spillovers) — передаче информации от компании к компании через мобильных сотрудников, что и позволило обеспечить и поддерживать более успешное региональное развитие данного штата (Gilson 1999, 577–580). Впрочем, немало исследователей подвергают сомнению такое простое объяснение мирового экономического успеха резидентов Кремниевой долины (Barnett, Sichelman 2020, 963–966, 978–1030; Gomulkiewicz 2015, 265–271; Krause 2019, 254–255; Murphy 2015, 153–154).

Между тем в данном вопросе нельзя забывать о правах и законных интересах работодателей. Личная свобода в рыночной экономике тесно связана и с потребностью предпринимателей в достаточной защите от неправомерного и безвозмездного отчуждения в пользу их конкурентов стоимости инвестиций в наем и в обучение работников, в привлечение клиентов, в исследования и разработку новых товаров.

Ведь такая защита дает бизнесменам стимулы для указанных социально желательных вложений (O'Neill 2010, 94).

В итоге проблема соглашений о неконкуренции остается дискуссионной в американском правоведении, где продолжают сосуществовать полярные мнения ученых: от призывов запретить повсеместно такие соглашения (Lobel 2020a, 700; Moffat 2013, 978–981) до вывода об их потенциальной полезности для инновационной экономики (Gomulkiewicz 2015, 299). Однако большинство исследователей склоняется к последнему выводу, но выступают за поиск золотой середины, когда право будет обеспечивать в рассматриваемой сфере баланс интересов работодателей, работников и общества (Arnow-Richman 2020, 1238–1241; Ehrlich, Garbarino 2020, 315–316; Krause 2019, 265; O'Neill 2010, 143; Polden 2020, 613; Starr, Prescott, Bishara 2021, 80–82).

По сравнению с другими ограничительными условиями, соглашения о неконкуренции вызывают особую озабоченность, поскольку непосредственно и максимально широко ограничивают способность работников участвовать в конкуренции (Arnow-Richman 2020, 1227–1228). Напротив, другие договорные инструменты, такие как соглашения о непривлечении или непредпринимательстве, а также о неразглашении, налагают на сотрудников гораздо более узкие ограничения (Stone 2002, 738).

Между тем соглашения о неразглашении, особенно сформулированные необоснованно широко, также могут существенно ограничивать трудовую мобильность, нарушать права и законные интересы конкретных работников (Flanagan, Gerstein 2020, 452–455; Lobel 2020b, 789–792). Такого рода барьеры для научного обмена иногда также социально вредны, поскольку препятствуют получению новых знаний, способных возникнуть в результате перекрестного накопления идей представителями различных корпораций (в том числе при смене ими места работы), особенно в высокотехнологичном, инновационном секторе экономики (Ehrlich, Garbarino 2020, 290–291; Lobel 2020a, 680–682). Кроме того, вслед за скандальным разоблачением кинопродюсера Харви Вайнштейна и развитием движения MeToo в 2017 г. волна общественного недовольства коснулась широкой практики навязывания работодателями своим работникам соглашений о неразглашении, которые могут быть использованы для замалчивания и негласного урегулирования случаев сексуального насилия и харассмента в отношении женщин (Lobel 2020b, 785–789).

В итоге правовая политика, законодательство штатов и правоприменительная практика в Америке за последние годы заметно трансформировались, став менее терпимыми к чрезмерному ограничению мобильности работников (Argenbright Rioux 2018, 1015–1016; Arnow-Richman 2020, 1231–1241; Barnett, Sichelman 2020, 959–962). Даже Президент США в указе о развитии конкуренции в американской экономике от 09.07.2021 призвал Федеральную торговую комиссию «пресечь недобросовестное использование оговорок о неконкуренции и других оговорок или соглашений, которые могут несправедливо ограничивать мобильность работников»³. Сегодня все чаще не только от ученых, но и от представителей власти в Америке появляются предложения о существенном ограничении или даже запрете соглаше-

³ “Executive Order on Promoting Competition in the American Economy”. *President of the United States*, July 9, 2021. Дата обращения 30 апреля, 2022. <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy>.

ний об отказе от конкуренции посредством ужесточения антимонопольного регулирования (Hafiz, Marinescu 2023, 489–490; Naidu, Posner 2022, S295–S301).

Как сказано выше, существует ряд альтернативных вариантов ограничительных условий, которые могут обеспечить соответствующие коммерческие интересы. Один из них — так называемый отпуск в саду (garden leave). Родиной этой правовой конструкции считается Великобритания. Суды в США более терпимы к договорам о садовом отпуске, чем к соглашениям о неконкуренции, так как в данном случае работник получает встречное предоставление в денежной форме (Sullivan 2016, 322–324). Минус этого варианта — его затратность для работодателя, поэтому американские предприниматели широко не используют данный тип соглашений (Bishara, Westermann-Behaylo 2012, 25–27; Murphy 2015, 156).

Более дешевый вариант — соглашения о непривлечении или непредпринимательстве; по таким договорам никаких выплат бывшим работникам со стороны предпринимателей производить не требуется. Как правило, данные ковенанты с меньшей степенью вероятности, чем согласия на отказ от конкуренции в целом, будут рассматриваться судами в качестве ограничений торговли.

Столь же невысокой стоимостью для работодателя, как и предыдущий тип ковенантов, обладает соглашение о неразглашении, или о конфиденциальности (confidentiality agreement). Применительно к последним в США также отсутствует полное единообразие в судебной практике (Lobel 2020b, 789–790). Некоторые штаты применяют к этим соглашениям подход невмешательства, не предъявляя к ним особых требований. Штаты же, регулирующие соглашения о неразглашении, делают это двумя способами: одни суды отказывают в защите, если у таких соглашений отсутствует разумная связь с конфиденциальной деловой информацией и они слишком широки; другие суды, даже если рассматриваемая информация действительно относится к конфиденциальной, применяют соглашение о неразглашении, только если его географический или временной охват разумен. В отдельных штатах возможно применение либо первого, либо второго подхода (Ehrlich, Garbarino 2020, 295; Murphy 2015, 155–156). Однако в некоторых штатах, включая Калифорнию, могут отказать в принудительном исполнении соглашения о неразглашении, которое распространяется на информацию, не являющуюся по закону коммерческим секретом (Barnett, Sichelman 2020, 987; Lobel 2020a, 681).

Если конфиденциальная информация не относится к коммерческим секретам (но для суда это не выступает препятствием), то соглашение о неразглашении освобождает работодателя от обязанности доказывать то, что им действительно предприняты достаточные меры для сохранения ее секретности. Такое соглашение также избавит его от необходимости обоснования экономической ценности соответствующей информации, однако не освободит предпринимателя от бремени доказывания того, что эта информация не является общеизвестной, так как общие знания в любом случае не могут быть конфиденциальной деловой информацией (Ehrlich, Garbarino 2020, 295–296; Raza 2011, 88).

Еще один способ, которым соглашения о неразглашении могут чрезмерно ограничивать работника, — это их сочетание с судебной доктриной неизбежного раскрытия информации (inevitable disclosure), которая критикуется рядом ученых в США (Flowers 2018, 2212–2213; Stone 2002, 757–758). Согласно этой доктрине, работодатель при защите своих прав на конфиденциальную информацию или ком-

мерческие секреты в случае трудоустройства бывшего работника у конкурента не обязан доказывать фактическое использование или разглашение такой информации или секретов, основываясь на презумпции того, что конкурирующая занятость неизбежно приведет к тому, что такой работник либо будет неправомерно использовать указанные секреты или информацию, либо разгласит их.

3. Выводы

Правопорядки разных государств признают необходимость защиты бизнеса от неправомерного использования его конфиденциальной информации, от умаления деловой репутации и разрушения прочных отношений с клиентами, а также охраны инвестиций в специализированное обучение работников. Иначе нарушения соответствующих прав и законных интересов становятся инструментами недобросовестной конкуренции. Таким нарушениям призваны противостоять, в частности, широко распространившиеся во всем мире ограничительные условия в соглашениях между предпринимателями и их работниками (соглашения о неконкуренции и т. п.).

В целях улучшения делового климата и развития экономики нашей страны, а также повышения привлекательности российского права для отечественных и зарубежных предпринимателей полагаем целесообразной легализацию в России соглашений о неконкуренции, непривлечении и непредпринимательстве. В связи с этим потребуются законодательно закрепить у нас адекватные ограничения свободы договора в рассматриваемых отношениях, в том числе аналог правила разумного подхода. Дальнейшему обоснованию изложенных здесь предложений будет посвящена следующая часть статьи, где мы дадим обзор права об отказах от конкуренции и иных подобных ковенантах в Германии, Франции, Японии и Китае, а также в таких государствах — партнерах России по ЕАЭС, как Беларусь и Казахстан.

Библиография

- Ваке, Андреас. 2006. «Свобода договора и оговорки о профессиональных ограничениях в римском и современном праве». *Цивилистические исследования: Ежегодник гражданского права* 2: 522–549.
- Легашова, Елена С., Александр Р. Муксинов. 2010. «Соглашения о неконкуренции с работниками: английский опыт и российская действительность». *Закон* 4: 51–60.
- Люттов, Никита Л. 2017. «Выплаты при увольнении и договоры о неконкуренции с руководящими работниками». *Lex russica* 10: 123–130. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2017.131.10.123-130>
- Обухова, Евгения В. 2016. «Ограничительные условия в трудовых договорах». *Право. Журнал Высшей школы экономики* 2: 27–35. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2016.2.27.35>
- Швалева, Елена С. 2018. «Ограничение мобильности работников в целях защиты интересов работодателя: соглашения о неконкуренции». *Трудовое право в России и за рубежом* 3: 40–43.
- Amir, On, Orly Lobel. 2013. “Driving performance: A growth theory of noncompete law”. *Stanford Technology Law Review* 16 (30): 833–874.
- Argenbright Rioux, Rachel. 2018. “The necessity for employer liability in unenforceable non-compete agreements”. *University of Missouri-Kansas City Law Review* 86 (4): 995–1018.
- Arnow-Richman, Rachel S. 2001. “Bargaining for loyalty in the information age: A reconsideration of the role of substantive fairness in enforcing employee noncompetes”. *Oregon Law Review* 80 (4): 1163–1244.
- Arnow-Richman, Rachel. 2020. “The new enforcement regime: Revisiting the law of employee competition (and the scholarship of Professor Charles Sullivan) with 2020 vision”. *Seton Hall Law Review* 50 (5): 1223–1259.
- Barnett, Jonathan M., Ted Sichelman. 2020. “The case for noncompetes”. *University of Chicago Law Review* 87 (4): 953–1049.

- Bishara, Norman D., Evan Starr. 2016. "The incomplete noncompete picture". *Lewis & Clark Law Review* 20 (2): 497–547.
- Bishara, Norman D., Kenneth J. Martin, Randall S. Thomas. 2015. "An empirical analysis of noncompetition clauses and other restrictive postemployment covenants" *Vanderbilt Law Review* 68 (1): 1–51.
- Bishara, Norman D., Michelle Westermann-Behaylo. 2012. "The law and ethics of restrictions on an employee's post-employment mobility". *American Business Law Journal* 49 (1): 1–61.
- Davis, Angie, Eric D. Reicin, Marisa Warren. 2015. "Developing trends in non-compete agreements and other restrictive covenants". *The American Bar Association Journal of Labor & Employment Law* 30 (2): 255–272.
- Ehrlich, Craig P., Leslie Garbarino. 2020. "Do secrets stop progress? Optimizing the law of non-disclosure agreements to promote innovation". *New York University Journal of Law & Business* 16 (2): 279–316.
- Flanagan, Jane, Terri Gerstein. 2020. "Sign on the dotted line": How coercive employment contracts are bringing back the Lochner era and what we can do about it". *University of San Francisco Law Review* 54: 441–472.
- Flowers, M. Claire. 2018. "Facing the inevitable: The inevitable disclosure doctrine and the Defend Trade Secrets Act of 2016". *Washington and Lee Law Review* 75 (4): 2207–2263.
- Gilson, Ronald J. 1999. "The legal infrastructure of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete". *New York University Law Review* 74 (3): 575–629.
- Gomulkiewicz, Robert W. 2015. "Leaky covenants-not-to-compete as the legal infrastructure for innovation". *University of California Davis Law Review* 49 (1): 251–304.
- Hafiz, Hiba, Ioana Marinescu. 2023. "Labor market regulation and worker power". *University of Chicago Law Review* 90 (2): 469–509.
- Krause, Kelly. 2019. "Turning Wisconsin Valley into the next Silicon Valley: Reforming Wisconsin Non-Compete Law to attract high-tech employers". *Marquette Law Review* 103 (1): 237–266.
- Lazar, Wendi S. 2008. "Employment agreements and cross border employment — confidentiality, trade secret, and other restrictive covenants in a global economy". *The Labor Lawyer* 24 (2): 195–211.
- Lobel, Orly. 2015. "The new cognitive property: Human Capital Law and the reach of intellectual property". *Texas Law Review* 93 (4): 789–851.
- Lobel, Orly. 2020a. "Gentlemen prefer bonds: How employers fix the talent market". *Santa Clara Law Review* 59 (3): 663–700.
- Lobel, Orly. 2020b. "Exit, voice & innovation: How human capital policy impacts equality (& how inequality hurts growth)". *Houston Law Review* 57 (4): 781–812.
- Moffat, Viva R. 2013. "Making non-competes unenforceable". *Arizona Law Review* 54 (4): 939–984.
- Murphy, Tonia H. 2015. "Covenants not to compete in employment contracts: Worth a closer look in the classroom". *Journal of Legal Studies Education* 32 (1): 131–171.
- Naidu, Suresh, Eric A. Posner. 2022. "Labor monopsony and the limits of the law". *Journal of Human Resources* 57 (S): S284–S323.
- O'Neill, Kate. 2010. "Should I stay or should I go? Covenants not to compete in a down economy: A proposal for better advocacy and better judicial opinions". *Hastings Business Law Journal* 6 (1): 83–143.
- Pivateau, Griffin T. 2007. "Putting the blue pencil down: An argument for specificity in noncompete agreements". *Nebraska Law Review* 86 (3): 672–707.
- Pivateau, Griffin T. 2019. "An argument for restricting the blue pencil doctrine". *Belmont Law Review* 7 (1): 1–46.
- Polden, Donald J. 2020. "Restraints on workers' wages and mobility: No-poach agreements and the antitrust laws". *Santa Clara Law Review* 59 (3): 579–613.
- Prescott, James J., Norman D. Bishara, Evan Starr. 2016. "Understanding noncompetition agreements: The 2014 Noncompete Survey Project". *Michigan State Law Review* 2: 369–464.
- Raza, Saleem W. 2011. "Non-compete agreements in the United States, Europe and Australia". *Association of Corporate Counsel Docket* 29 (3): 79–88.
- Samila, Sampsa, Olav Sorenson. 2011. "Noncompete covenants: Incentives to innovate or impediments to growth". *Management Science* 57 (3): 425–438.
- Shangguan, Hui. 2016. "A comparative study of non-compete agreements for trade secret protection in the United States and China". *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 11 (5): 405–438.

- Starr, Evan, James J. Prescott, Norman D. Bishara. 2020. "The behavioral effects of (unenforceable) contracts". *Journal of Law, Economics, and Organization* 36 (3): 633–687. <https://doi.org/10.1093/jleo/ewaa018>
- Starr, Evan, James J. Prescott, Norman D. Bishara. 2021. "Noncompete agreements in the US labor force". *The Journal of Law and Economics* 64 (1): 53–84. <https://doi.org/10.1086/712206>
- Stone, Katherine V.W. 2002. "Knowledge at work: Disputes over the ownership of human capital in the changing workplace". *Connecticut Law Review* 34 (3): 721–763.
- Sullivan, Charles A. 2009. "The puzzling persistence of unenforceable contract terms". *Ohio State Law Journal* 70 (5): 1127–1177.
- Sullivan, Charles A. 2016. "Tending the garden: Restricting competition via "Garden Leave". *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 37 (2): 293–325. <http://dx.doi.org/10.15779/Z38TZ87>
- Swift, Kenneth R. 2007. "Void agreements, knocked-out terms, and Blue Pencils: Judicial and legislative handing of unreasonable terms in noncompete agreements". *Hofstra Labor & Employment Law Journal* 24 (2): 223–259.
- Ueda, Toru. 2019. "Restrictions on post-employment competition: Comparing the United States with Japan". *Connecticut Journal of International Law* 34 (2): 169–221.

Статья поступила в редакцию 23 марта 2021 г.;
рекомендована к печати 16 января 2023 г.

Контактная информация:

Чукреев Андрей Александрович — канд. юрид. наук; a.a.chukreev@utmn.ru

Restrictive covenants in agreements between entrepreneurs and their employees under the law of foreign countries. Part one: United Kingdom and United States of America*

A. A. Chukreyev

Tyumen State University,
6, ul. Volodarskogo, Tyumen, 625003, Russian Federation

For citation: Chukreyev, Andrey A. 2023. "Restrictive covenants in agreements between entrepreneurs and their employees under the law of foreign countries. Part one: United Kingdom and United States of America". *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 2: 423–440. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2023.209> (In Russian)

This review article is devoted to restrictive covenants, which are widely used in contracts between entrepreneurs and their employees in many countries. In Russia, these covenants are not supported by the courts. It is believed that such restrictions are contrary to the constitutional and other norms of Russian law. The purpose of this study is to analyze the foundations of legal regulation in a number of countries of such restrictive covenants as non-competition agreements, non-solicitation agreements, non-dealing agreements and non-disclosure agreements. This analysis is necessary for a reasonable answer to the question of the advisability of recognizing in Russia the legality of such agreements. The first part of this article provides an overview of the law on non-competition and other similar covenants of the United Kingdom and the United States, in the second part — Germany, France, Japan, China and the Eurasian Economic Union (EAEU). Due to the particularly widespread distribution of such covenants in the United States, the analysis of the foundations of their legal regulation in this country is central to the present study. In jurisdictions where non-competition agreements and other similar restrictive covenants are not prohibited, the "rule of reason" acts as a legal mechanism for balancing the competing interests of employers, employees and public interests. This rule allows the courts in each specific dispute to assess the specified conditions for their compliance with the protected

* Acknowledgments: The reported study was funded by the Russian Foundation for Basic Research, project no. 19-111-50732.

business interest of the employer and other criteria. The conclusion is made about the advisability of legalizing agreements on non-competition, non-engagement and non-entrepreneurship in Russia, taking into account the positive foreign experience of legal regulation in this area. In this regard, it will be necessary to legislate in Russian law an analogue of the rule of reason.

Keywords: restrictive covenant, non-competition agreements, non-solicitation agreements, non-dealing agreements, non-disclosure agreements, freedom of contract, freedom of labor, trade secrets, confidential information.

References

- Amir, On, Orly Lobel. 2013. "Driving performance: A growth theory of noncompete law". *Stanford Technology Law Review* 16 (30): 833–874.
- Argenbright Rioux, Rachel. 2018. "The necessity for employer liability in unenforceable non-compete agreements". *University of Missouri-Kansas City Law Review* 86 (4): 995–1018.
- Arnow-Richman, Rachel S. 2001. "Bargaining for loyalty in the information age: A reconsideration of the role of substantive fairness in enforcing employee noncompetes". *Oregon Law Review* 80 (4): 1163–1244.
- Arnow-Richman, Rachel. 2020. "The new enforcement regime: Revisiting the law of employee competition (and the scholarship of Professor Charles Sullivan) with 2020 vision". *Seton Hall Law Review* 50 (5): 1223–1259.
- Barnett, Jonathan M., Ted Sichelman. 2020. "The case for noncompetes". *University of Chicago Law Review* 87 (4): 953–1049.
- Bishara, Norman D., Michelle Westermann-Behaylo. 2012. "The law and ethics of restrictions on an employee's post-employment mobility". *American Business Law Journal* 49 (1): 1–61.
- Bishara, Norman D., Kenneth J. Martin, Randall S. Thomas. 2015. "An empirical analysis of noncompetition clauses and other restrictive postemployment covenants". *Vanderbilt Law Review* 68 (1): 1–51.
- Bishara, Norman D., Evan Starr. 2016. "The incomplete noncompete picture". *Lewis & Clark Law Review* 20 (2): 497–547.
- Davis, Angie, Eric D. Reicin, Marisa Warren. 2015. "Developing trends in non-compete agreements and other restrictive covenants". *The American Bar Association Journal of Labor & Employment Law* 30 (2): 255–272.
- Ehrlich, Craig P., Leslie Garbarino. 2020. "Do secrets stop progress? Optimizing the law of non-disclosure agreements to promote innovation". *New York University Journal of Law & Business* 16 (2): 279–316.
- Flanagan, Jane, Terri Gerstein. 2020. "Sign on the dotted line": How coercive employment contracts are bringing back the Lochner era and what we can do about it". *University of San Francisco Law Review* 54: 441–472.
- Flowers, M. Claire. 2018. "Facing the inevitable: The inevitable disclosure doctrine and the Defend Trade Secrets Act of 2016". *Washington and Lee Law Review* 75 (4): 2207–2263.
- Gilson, Ronald J. 1999. "The legal infrastructure of high technology industrial districts: Silicon Valley, Route 128, and covenants not to compete". *New York University Law Review* 74 (3): 575–629.
- Gomulkiewicz, Robert W. 2015. "Leaky covenants-not-to-compete as the legal infrastructure for innovation". *University of California Davis Law Review* 49 (1): 251–304.
- Hafiz, Hiba, Ioana Marinescu. 2023. "Labor market regulation and worker power". *University of Chicago Law Review* 90 (2): 469–509.
- Krause, Kelly. 2019. "Turning Wisconsin Valley into the next Silicon Valley: Reforming Wisconsin Non-Compete Law to attract high-tech employers". *Marquette Law Review* 103 (1): 237–266.
- Lazar, Wendi S. 2008. "Employment agreements and cross border employment — confidentiality, trade secret, and other restrictive covenants in a global economy". *The Labor Lawyer* 24 (2): 195–211.
- Legashova, Elena S., Aleksandr R. Muksinov. 2010. "Non-competition clauses: UK Experience and Russian reality". *Zakon* 4: 51–60. (In Russian)
- Liutov, Nikita L. 2017. "The severance payments and non-competition agreements with executive officers". *Lex russica* 10: 123–130. <https://doi.org/10.17803/1729-5920.2017.131.10.123-130> (In Russian)
- Lobel, Orly. 2015. "The new cognitive property: Human Capital Law and the reach of intellectual property". *Texas Law Review* 93 (4): 789–851.

- Lobel, Orly. 2020a. "Gentlemen prefer bonds: How employers fix the talent market". *Santa Clara Law Review* 59 (3): 663–700.
- Lobel, Orly. 2020b. "Exit, voice & innovation: How human capital policy impacts equality (& how inequality hurts growth)". *Houston Law Review* 57 (4): 781–812.
- Moffat, Viva R. 2013. "Making non-competes unenforceable". *Arizona Law Review* 54 (4): 939–984.
- Murphy, Tonia H. 2015. "Covenants not to compete in employment contracts: Worth a closer look in the classroom". *Journal of Legal Studies Education* 32 (1): 131–171.
- Naidu, Suresh, Eric A. Posner. 2022. "Labor monopsony and the limits of the law". *Journal of Human Resources* 57 (S): S284–S323.
- O'Neill, Kate. 2010. "Should I stay or should I go? Covenants not to compete in a down economy: A proposal for better advocacy and better judicial opinions". *Hastings Business Law Journal* 6 (1): 83–143.
- Obukhova, Evgeniia V. 2016. "Restrictive conditions in employment agreements". *Pravo. Zhurnal Vysshей shkoly ekonomiki* 2: 27–35. <https://doi.org/10.17323/2072-8166.2016.2.27.35> (In Russian)
- Pivateau, Griffin T. 2007. "Putting the blue pencil down: An argument for specificity in noncompete agreements". *Nebraska Law Review* 86 (3): 672–707.
- Pivateau, Griffin T. 2019. "An argument for restricting the blue pencil doctrine". *Belmont Law Review* 7 (1): 1–46.
- Polden, Donald J. 2020. "Restraints on workers' wages and mobility: No-poach agreements and the antitrust laws". *Santa Clara Law Review* 59 (3): 579–613.
- Prescott, James J., Norman D. Bishara, Evan Starr. 2016. "Understanding noncompetition agreements: The 2014 Noncompete Survey Project". *Michigan State Law Review* 2: 369–464.
- Raza, Saleem W. 2011. "Non-compete agreements in the United States, Europe and Australia". *Association of Corporate Counsel Docket* 29 (3): 79–88.
- Samila, Sampsa, Olav Sorenson. 2011. "Noncompete covenants: Incentives to innovate or impediments to growth". *Management Science* 57 (3): 425–438.
- Shangguan, Hui. 2016. "A comparative study of non-compete agreements for trade secret protection in the United States and China". *Washington Journal of Law, Technology & Arts* 11 (5): 405–438.
- Shvaleva, Elena S. 2018. "Restriction of the employee mobility to protect the employer's interests: Non-compete agreements". *Trudovoe pravo v Rossii i za rubezhom* 3: 40–43. (In Russian)
- Starr, Evan, James J. Prescott, Norman D. Bishara. 2020. "The behavioral effects of (unenforceable) contracts". *Journal of Law, Economics, and Organization* 36 (3): 633–687. <https://doi.org/10.1093/jleo/ewaa018>
- Starr, Evan, James J. Prescott, Norman D. Bishara. 2021. "Noncompete agreements in the US labor force". *The Journal of Law and Economics* 64 (1): 53–84. <https://doi.org/10.1086/712206>
- Stone, Katherine V.W. 2002. "Knowledge at work: Disputes over the ownership of human capital in the changing workplace". *Connecticut Law Review* 34 (3): 721–763.
- Sullivan, Charles A. 2009. "The puzzling persistence of unenforceable contract terms". *Ohio State Law Journal* 70 (5): 1127–1177.
- Sullivan, Charles A. 2016. "Tending the garden: Restricting competition via "Garden Leave". *Berkeley Journal of Employment and Labor Law* 37 (2): 293–325. <http://dx.doi.org/10.15779/Z38TZ87>
- Swift, Kenneth R. 2007. "Void agreements, knocked-out terms, and Blue Pencils: Judicial and legislative handling of unreasonable terms in noncompete agreements". *Hofstra Labor & Employment Law Journal* 24 (2): 223–259.
- Ueda, Toru. 2019. "Restrictions on post-employment competition: Comparing the United States with Japan". *Connecticut Journal of International Law* 34 (2): 169–221.
- Wacke, Andreas. 2006. "Freedom of contract and professional restrictions clauses in Roman and modern law". *Tsivilisticheskie issledovaniia: Ezhegodnik grazhdanskogo prava* 2: 522–549. (In Russian)

Received: March 23, 2021

Accepted: January 16, 2023

Author's information:

Andrey A. Chukreyev — PhD in Law; a.a.chukreev@utmn.ru