

**МИНИСТЕРСТВО ОБРАЗОВАНИЯ И НАУКИ РФ
ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ БЮДЖЕТНОЕ
ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«УЛЬЯНОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»**

Еремин Александр Александрович

**ФРАНЧАЙЗИНГ И ДОГОВОР КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ:
ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА ПРИМЕНЕНИЯ**

12.00.03 – гражданское право; предпринимательское право; семейное
право; международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук

Научный руководитель:

доктор юридических наук, доцент

Левушкин Анатолий Николаевич

Саратов - 2015

СОДЕРЖАНИЕ

ВВЕДЕНИЕ.....	3
ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ, РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГА В МЕЖДУНАРОДНОМ ОБОРОТЕ И В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ.....	24
1.1. Понятие, значение и правовая природа франчайзинга и франчайзинговых отношений.....	24
1.2. Становление, развитие законодательного регулирования и сфера применения франчайзинга в международном обороте и в Российской Федерации.....	39
1.3. Соотношение франчайзинга и договора коммерческой концессии: теоретические и практические проблемы.....	63
ГЛАВА 2. ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, УСЛОВИЯ (ЭЛЕМЕНТЫ) ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ И ФРАНЧАЙЗИНГА	82
2.1. Понятие, значение и признаки договора коммерческой концессии.....	82
2.2. Предмет и объект как существенные условия договоров коммерческой концессии и франчайзинга.....	95
2.3. Цена, форма и срок как условия (элементы) договора коммерческой концессии	128
ГЛАВА 3. ПРАВОВОЙ СТАТУС СТОРОН ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ И ФРАНЧАЙЗИНГА.....	146
3.1. Понятие и требования, предъявляемые к сторонам договора коммерческой концессии и франчайзинга.....	146
3.2. Правовой статус правообладателя (франчайзера) по договору коммерческой концессии	154
3.3. Правовой статус пользователя (франчайзи) по договору коммерческой концессии и франчайзинга. Ответственность сторон.....	175
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	189
БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК	296

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования. Сегодня Россия представляет собой экономически позитивно развивающуюся страну со сформировавшимися рыночными отношениями. Предприниматели постоянно ведут поиск новых возможностей по снижению затрат на открытие бизнеса или привлечение дополнительных инвестиций. При этом каждый раз, субъекты предпринимательской деятельности осознают, что на создание делового имиджа и репутации уйдет достаточное количество времени, значительных финансовых затрат, а развитие рыночной конъюнктуры может кардинально поменяться, либо конкуренты настолько укрепят свои позиции, что целесообразность реализации тех или иных бизнес-проектов вообще пропадет. Необходимость решения поставленных вопросов, предопределило необходимость законодателя обратить внимание на опыт других стран активно применяющих различные виды договорных конструкций, а именно, договор франчайзинга и (или) коммерческой концессии.

Полагаем, что в настоящее время в Российской Федерации в условиях кризисных процессов в экономической сфере, установлении, а порой и ужесточении санкций со стороны европейских государств по отношению к нашим производителям, достаточно остро стоят проблемы дополнительной поддержки среднего и малого бизнеса, продвижения российского производителя на рынке товаров, работ и услуг, повышения конкурентоспособности выпускаемых российскими предпринимателями товаров, развития международного сотрудничества в товарном (торговом) обороте и другие.

В России в условиях рыночного производства товаров не достаточно просто произвести товар, необходимо организовать его сбыт с целью получения максимальной прибыли от его реализации. Безусловно, именно механизм франчайзинга и коммерческая концессия является одним из максимально эффективных способов осуществления различного рода

предпринимательской деятельности, поскольку обеспечивает дополнительную прибыль и содействует продвижению на рынок работ, товаров и услуг, производимых или продаваемых правообладателем с одной стороны, а с другой - предоставляет возможность предпринимателям заимствовать необходимый опыт, в том числе, по управлению и организации бизнес процессов в целом у ведущих компаний. Тем самым, максимально ускоряется процесс «обучения» тем или иным механизмам ведения производства, а также, создаются предпосылки для высокой эффективности и результативности ведения предпринимательской деятельности, к чему и стремятся все субъекты, задействованные в данных процессах.

Законодательство о коммерческой концессии и франчайзинге в России имеет большое значение для развития всей страны, для поднятия инвестиционной активности и, в целом, для достижения целей, поставленных руководством страны в различных программах развития предпринимательских отношений.

Следует признать, что все более распространенными на рынке становятся различные формы вертикальной интеграции. Полагаем, что в настоящее время в России сформировались возможности для выбора способов ведения бизнеса, которые позволяют обеспечить его эффективную организацию, к одной из таких моделей предпринимательской деятельности необходимо отнести франчайзинг, а в нашей стране форму его реализации (воплощения) – коммерческую концессию.

Результатами вертикальных связей являются расширение инвестиционных возможностей, оптимизация информационных, материальных и финансовых потоков, появление возможности не только структурировать внутрисистемные связи, но и достаточно быстро реагировать на изменения внешней среды и адаптироваться к этим изменениям, что в совокупности с другими преимуществами определяет конкурентоспособность не только каждого конкретного субъекта, но и вертикальной сети в целом. В этом контексте наиболее актуальной и оптимальной деятельностью субъектов

рынка в нашей стране является аналог договора франчайзинга - договор коммерческой концессии.

В нашей стране, все большее распространение получают франчайзинговые отношения, для их регламентации стороны заключают различного рода договоры, например, договоры коммерческой концессии или смешанные договора.

Актуальность темы исследования обусловлена еще и тем, что проблемы бизнеса сказываются на потребителях, это позволяет им заявлять о преимуществах импортной продукции перед отечественной. Несмотря на это, в России сформировались возможности для выбора способов ведения бизнеса, которые позволяют обеспечить его эффективную организацию. В этом смысле наиболее актуальной деятельностью субъектов рынка является аналог договора франчайзинга - договор коммерческой концессии.

Изучение зарубежного опыта применения франфайзинга позволяет сделать вывод, что большое внимание за рубежом уделяется регулированию предфранчайзинговых отношений, когда в российской системе права данные отношения не урегулированы достаточно фрагментарно.

В связи с этим, большое значение приобретает изучение правового регулирования договора франчайзинга и коммерческой концессии. Для России данный вид договора является относительно новым и еще не вполне исследованным институтом гражданского и предпринимательского права, и, несмотря на сформировавшуюся судебную-арбитражную практику, существует ряд проблем, в том числе теоретических и правоприменительных, которые требуют разрешения и более четкой регламентации российским законодателем.

Представляется существенным тот факт, что коммерческая концессия как институт гражданского права была введена в законодательство Российской Федерации частью второй Гражданского Кодекса Российской Федерации¹ (далее – ГК РФ), в которой для регулирования соответствующих

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 г. №14-ФЗ (в ред. от 29.06.2015 № 210-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. №5. Ст. 410.

правоотношений включена глава 54. При этом терминология, используемая в действующем законодательстве Российской Федерации, имеет достаточно дискуссионный характер.

Таким образом, необходимо не только исследовать положения, изложенные в главе 54 ГК РФ, но и соотнести их с опытом других стран, сформулировать основные базовые определения, закрепленные в этом институте гражданского права, а также проанализировать перспективы совершенствования правовой регламентации отношений, возникающих из заключения договоров франчайзинга и коммерческой концессии.

Полагаем, что анализируемые договоры являются достаточно распространенными коммерческими договорами, способствуют быстрому становлению бизнеса, развитию предпринимательства, распространению торговых сетей по всему миру, путем заключения трансграничных соглашений, увеличению рабочих мест на рынке труда. Правовое регулирование данных отношений является одним из самых детальных, однако, при заключении и исполнении данного договора у правоприменителей возникают проблемы из-за наличия коллизий в законодательстве. Это объясняется тем, что в практике получает широкое распространение заключение трансграничных соглашений, но на международном уровне, к сожалению, нет единых кодифицированных актов, регулирующих трансграничные коммерческие отношения, нередко нормы российского законодательства «сталкиваются» с нормами других стран в регулировании отношений по данному договору. Кроме того, и внутри Российской Федерации присутствуют множество норм, которые противоречат друг другу, это, как правило, нормы разной юридической силы, либо нормы, изданные в разное время, а также нормы, равных по силе правовых актов, вступающих в противоречие друг с другом из-за недоработок законодателя.

Современное законодательство, регулирующее отношения, складывающиеся в рамках договоров франчайзинга и коммерческой концессии, требует существенного реформирования. На сегодняшний день

российское и международное законодательство не регулирует этот договор в комплексе. В наиболее существенной доработке нуждается понятийный аппарат. Современные тенденции к всеобщей реформе гражданского законодательства позволяют надеяться на соответствующие инициативы.

Цель исследования состоит в разработке и обосновании системы теоретических положений о франчайзинге и договоре коммерческой концессии, изучении теории и практики применения данных договоров и выработке рекомендаций по совершенствованию российского и международного законодательства.

Достижение указанной цели осуществлялось в рамках следующих задач:

- установить социально-экономическое значение франчайзинга и франчайзинговых отношений;
- исследовать и оценить влияние истории развития правового регулирования франчайзинга и франчайзинговых отношений на современное состояние и нормативное закрепление договоров франчайзинга и коммерческой концессии;
- определить понятие франчайзинга, франчайзинговых отношений;
- исследовать правовую природу и обосновать особенности франчайзинга и договора франчайзинга;
- соотнести франчайзинг и договор коммерческой концессии, выявить теоретические и практические проблемы их применения;
- раскрыть понятие, значение, признаки и рассмотреть особенности договора коммерческой концессии по законодательству Российской Федерации;
- определить и обосновать предмет и объект как существенные условия договоров коммерческой концессии и франчайзинга;
- проанализировать цену, форму и срок как условия (элементы) договора коммерческой концессии;
- выявить и обосновать правовой статус субъектов (участников)

франчайзинговых отношений и договора коммерческой концессии;

- рассмотреть теоретические положения и практику применения договоров коммерческой концессии и франчайзинга;

- установить и оценить порядок исполнения договоров коммерческой концессии и франчайзинга, провести теоретический анализ соответствующих положений и аргументов с одновременным проецированием в плоскость совершенствования гражданского и коммерческого законодательства;

- выявить проблемы правового регулирования правового статуса правообладателя (франчайзера) по договору коммерческой концессии и франчайзинга;

- рассмотреть права и обязанности пользователя (франчайзи) по договору коммерческой концессии и франчайзинга;

- определить правовые последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора франчайзинга и коммерческой концессии;

- выработать предложения по совершенствованию законодательства о франчайзинге и договоре коммерческой концессии с целью их рационального применения и реализации.

Объектом исследования выступили общественные отношения, возникающие в связи с применением и исполнением франчайзинга и договора коммерческой концессии.

Предмет исследования составили нормы международного, российского и зарубежного гражданского законодательства; законодательство стран СНГ, двусторонние договоры с участием Российской Федерации; научная доктрина по вопросам заключения и исполнением договоров франчайзинга и коммерческой концессии; международная и российская практика применения и исполнения рассматриваемых договоров.

В качестве **методологической основы** представленного исследования выступают диалектические принципы познания современной экономической ситуации, которые нашли отражение в выборе и обосновании специальных приемов и средств исследования обозначенной проблематики.

Исследование сопровождалось использованием общенаучных и частнонаучных **методов исследования**: системного, исторического, логического, сравнительно-правового, формально-юридического и других подходов.

Данные методы позволили обнаружить общие направления развития франчайзинга и договора коммерческой концессии и выявить особенности правового регулирования договоров франчайзинга и коммерческой концессии в нашей стране и на международном уровне.

В целях обеспечения полноты и системности исследования использовались логические приемы классификации, определения понятий, установления взаимосвязей и взаимозависимостей. Указанные логические приемы способствовали наиболее точному и обоснованному формированию подхода к изучению франчайзинга и договора коммерческой концессии, теории и практики применения данных договорных конструкций.

Степень научной разработанности темы исследования. В науке имеются монографические работы, посвященные осуществлению франчайзинговых отношений и применению и исполнению договоров франчайзинга и коммерческой концессии. Однако научных исследований на основе реформированного гражданского и международного законодательства за последний период не проводилось. В некоторых исследованиях рассматривались отдельные теоретические и практические аспекты франчайзинговых правоотношений и действия договоров франчайзинга и коммерческой концессии в России и на международном уровне.

В кандидатских диссертациях современного периода Бобкова С.А. «Правовое регулирование коммерческой концессии» (2004), Богданова А.В. «Гражданско-правовое регулирование договора коммерческой концессии в Российской Федерации» (2009), Бондаренко Д. П. «Правовое регулирование договора коммерческой концессии в российском праве» (2013), Багдасарян А.Ф. «Гражданско-правовые проблемы заключения договора коммерческой концессии (франчайзинга)» (2008), Габоева С.С. «Перспективы правового

регулирования коммерческой концессии» (2008), Гелашвили Е.В. «Договор коммерческой концессии» (2007), Месяшной Н.В. «Правовые вопросы становления франчайзинга в России» (2000), Орловой О.А. «Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству» (2003), Райникова А.С. «Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение» (2009), Сланова А.В. «Договор коммерческой концессии в гражданском праве Российской Федерации» (2006), Устюжанина А.А. «Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга» (2010), Ющенко Н.А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом (2009), Табарова Н.А. «Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии» (2015) и некоторых других анализировались отдельные теоретические и практические аспекты франчайзинга и договора коммерческой концессии.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что, несмотря на имеющееся достаточное количество специальных монографических исследований, в свете реформирования гражданского и международного законодательства, с учетом действующей нормативно-правовой базы, современной доктрины, правоприменительной деятельности и настоящего экономического этапа развития общества и государства вопросы франчайзинга и договора коммерческой концессии в РФ и в международном коммерческом обороте приобретают особую актуальность. В настоящей работе реализован комплексный подход к выявлению и разрешению теоретических и практических проблем применительно к франчайзингу и договору коммерческой концессии.

Теоретическую базу диссертационного исследования составляют научные труды в области экономики, теории государства и права, гражданского, предпринимательского и международного частного права. Безусловно, основой послужили труды известных отечественных ученых, внесших свой вклад в развитие теории права и цивилистики: Т.Е. Абовой,

М.М. Агаркова, С.С. Алексеева, В.К. Андреева, Н.А. Барина, И.А. Блинец, М.М. Богуславского, В.А. Дозорцева, О.С. Иоффе, А.Ю. Кабалкина, О.А. Красавчикова, О.Н. Садикова, А.П. Сергеева, В.Н. Синельниковой, Л.А. Трахтенгерц, З.И. Цыбуленко, М.Ю. Челышева, М.С. Шаховой, Г.Ф. Шершеневича и других. Теоретическое осмысление исследуемой проблематики стало основой для изучения трудов представителей отечественной науки и зарубежной гражданского и предпринимательского права: В.К. Андреева, Л.В. Андреевой, А.Ф. Багдасаряна, Э.В. Артюновой, А.В. Баркова, Дж.К. Бобоева, М.И. Брагинского, Е.Н. Васильевой, В.В. Витрянского, О.А. Городова, С.П. Гришаева, Е.П. Губина, В.В. Довгань, М.А. Егоровой, В.И. Еременко, Л.Т. Ибадовой, Р.Ш. Касимова, П.В. Крашенинникова, В.В. Кулакова, Г.А. Лаптева, С.О. Лозовской, Е.С. Лысенко, М. Мендельсона, И.А. Михайловой, С.М. Морозова, С.В. Нагаева, С.А. Нарышкина, В.В. Орловой, Б.И. Пугинского, П.С. Полушкина, В.Ф. Попондопуло, А.С. Райникова, М.М. Рассолова, Ю.В. Романец, И.В. Рыковой, С.А. Сосна, Е.А. Суханова, Д.К. Скрыльникова, А.А. Тер-Овакимян, М.Н. Титовой., Е.А. Черепановой, В.А. Хохлова, Т.И. Хмелевой, А.Е. Шерстобитова, Д.В. Шульга других.

Нормативной основой исследования выступают Конвенция о правах ребенка и иные международные правовые акты, Конституция Российской Федерации, Гражданский кодекс Российской Федерации, федеральные законы и подзаконные нормативно–правовые акты, регулирующие отношения, возникающие в связи с заключением и исполнением договоров франчайзинга и коммерческой концессии в РФ и в международном коммерческом обороте.

Эмпирическую базу исследования составляют судебная практика - опубликованные и не опубликованные в официальных источниках (в том числе электронных ресурсах) акты судов общей юрисдикции и арбитражных судов; результаты обобщения судебной практики по указанной категории дел, рассмотренных различными судами (всего было изучено более 300 дел); опубликованные в официальных источниках статистические данные о работе

судов общей юрисдикции и арбитражных судов, а также материалы авторских исследований.

Научная новизна диссертационного исследования состоит в формировании комплексного научного представления о франчайзинге и договоре коммерческой концессии, теории и практики применения данных договорных конструкций.

Разработанное автором представление о франчайзинге, договорах франчайзинга и коммерческой концессии является вкладом в развитие теории гражданского и предпринимательского права.

Анализ развития франчайзинговых отношений и отношений коммерческой концессии в зарубежном и российском законодательствах при всем многообразии их реализации и различиях в доктринальном толковании позволяет сделать вывод о сложной правовой природе и достаточно противоречивой правоприменительной практике. Данные обстоятельства диктуют необходимость совершенствования законодательства, посредством изменения национального и международного правового регулирования франчайзинговых отношений.

Разработаны и теоретически обоснованы предложения, направленные на реформирование правового регулирования особенностей заключения и исполнения договора коммерческой концессии, проблемы правоприменительной деятельности по данному вопросу.

Дана авторская оценка экономико-правового назначения франчайзинга и договора коммерческой концессии.

Определены такие категории, как «франчайзинг» «договор «франчайзинга» «договор коммерческой концессии», «предмет и объект договора коммерческой концессии» «стороны договора» и другие.

Выявлено, что институт франчайзинга не имеет законодательного регулирования не только в России, но и во многих странах мира, что означает необходимость юридического осмысления данного вида правоотношений. И, тем не менее, отсутствие регулирования данного договора не препятствует

заключению его на территории Российской Федерации, что следует из п. 2 ст. 421 ГК РФ, согласно которому стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Доказано, что в российском законодательстве предполагается регулирование наряду с отношениями франчайзинга и собственно отношений коммерческой концессии в узком значении этого термина.

Аргументировано, что содержание главы 54 ГК РФ соответствует современным представлениям о франчайзинге различных видов (торгово-распределительный, сервисный, производственный), а ее название ограничивает возможности более широкого использования данной главы.

Предложены изменения в главу 54 ГК РФ, касающиеся названия и содержания данной главы, которые направлены на устранение отдельных императивных условий и установление сбалансированного регулирования франчайзинговых механизмов и договора коммерческой концессии в России.

Сделан вывод о том, что необходимо реформирование действующего законодательства в рамках ГК РФ, принятие отдельного федерального закона, регулирующего франчайзинговые отношения, не целесообразно.

Аргументируется вывод, что приравнивать термины «информация, составляющая коммерческую тайну» и «секрет производства (ноу-хау)» в корне неправильно, это приведет к искажению сути возникающих на их основе правоотношений.

Доказано, что предмет рассматриваемого договора является не исключительное право, как отдельный объект, а комплекс прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты.

Данное исследование носит системный и комплексный характер. На основе изучения исторического развития права и современных экономических исследований и правоприменительной практики, а также трудов ученых - цивилистов и специалистов в области предпринимательского и коммерческого права разработана и обоснована система теоретических положений о

франчайзинге и договоре коммерческой концессии, выработаны рекомендации по совершенствованию законодательства и практики применения данных договорных конструкций.

Проведенное исследование позволило сформулировать и обосновать следующие основные положения и выводы, выносимые на защиту:

1. Установлено, что франчайзинг выступает одним из наиболее эффективных способом развития бизнеса и инвестиционных проектов в Российской Федерации, поскольку позволяет крупному, среднему и малому предпринимательству, в кризисный период экономического развития в нашей стране, достаточно быстро и с максимальной прибылью развить технологии с целью продвижения товаров, работ и услуг на рынке.

Правовой анализ сущности франчайзинговых обязательств позволяет сформулировать следующее авторское определение. Франчайзинг – это правоотношение, система тесно взаимосвязанных правовых и экономических связей, форма (способ) организации и осуществления предпринимательской деятельности, представляющая собой урегулированную нормами права целостную систему отношений, реализуемых с помощью комплекса взаимосвязанных правовых средств для достижения конкретного экономического результата, основанных на договоре франчайзинга и иных сопутствующих договорных отношениях между лицом, предоставляющим комплекс исключительных и иных прав (франчайзером), и лицом, приобретающим данные права (франчайзи) в различных сферах предпринимательской деятельности (производственной, торговой, посреднической и др.).

2. Доказано, что франчайзинг по своей юридической природе многоплановое и многозначное явление, которое не может рассматриваться в узком значении. Франчайзинг в широком смысле следует трактовать как:

- правоотношение;
- правовой институт;
- систему экономических и правовых связей;

- соглашение (договор);
- юридическую конструкцию;
- форма (способ) организации и осуществления предпринимательской деятельности;
- комплекс взаимосвязанных правовых средств;
- технологию ведения бизнеса, бизнес-модель (проект);
- механизм инвестирования.

Выявлено, что такое указание в одном ряду, на первый взгляд, несовместимых понятий, вполне обоснованно, что подчеркивает многоплановый, комплексный характер франчайзинга.

3. Аргументирована необходимость законодательного закрепления понятия договора франчайзинга. На основе сформулированного определения франчайзинга, можно предложить следующую авторскую дефиницию договора франчайзинга, которую целесообразно включить в ГК РФ – это комплексное соглашение, по которому одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (франчайзи) комплекс исключительных и (или) консультационных, обучающих и контрольных услуг и иных прав с соблюдением условий бизнес-технологий и иных факторов производства, (оказания услуг), установленных франчайзером в различных сферах предпринимательской деятельности (производственной, торговой, посреднической и других) на определенный срок, а другая сторона (франчайзи) имеет право и обязуется использовать данный комплекс исключительных прав и выплачивать вознаграждение (роялти).

4. Проведенный анализ франчайзинга и коммерческой концессии позволяет сделать вывод о многоплановости и различной интерпретации единой правовой и экономической модели (конструкции) – франчайзинга, а применительно к Российской Федерации - коммерческой концессии.

Вместе с тем, отсутствие на законодательном уровне правового регулирования договора франчайзинга, и закрепление на уровне ГК РФ договора коммерческой концессии позволяет сделать вывод об однотипности

рассматриваемых договоров. Однако доказано, что, исходя из сущности данных договоров, их нельзя рассматривать как синонимы. Франчайзинг предполагает более высокий уровень взаимодействия между обладателем прав и предпринимателем, получающим право на использование исключительных прав, в том числе императивно установленную поддержку.

Полагаем, что исходя из нормативно правового регулирования франчайзинга в Российской Федерации на уровне ГК РФ, в узком значении его следует рассматривать как коммерческую концессию, урегулированную главой 54 ГК РФ.

5. Установлено, что содержание главы 54 ГК РФ не в полной мере соответствует современным представлениям о франчайзинге различных видов, а ее название ограничивает возможности более широкого использования данной главы. В гл. 54 ГК РФ имеет место «подмена понятий». Договорные отношения, урегулированные главой 54 ГК РФ, именуются франчайзингом.

Доказана необходимость изменения названия главы 54 ГК РФ «Коммерческая концессия» на «Франчайзинг и коммерческая концессия». Наиболее логичным способом будет внесение изменений, подразумевающих законодательное применение терминов «коммерческая концессия» и «франчайзинг», «правообладатель» и «франчайзер», «пользователь» и «франчайзи». Предлагаемый вариант изменений учитывает и международную практику применения терминологии к франчайзинговым отношениям, и сложившуюся практику применения определенной терминологии в РФ.

6. Вопрос о специальном регулировании франчайзинга является весьма дискуссионным. Полагаем, что подход к регулированию франчайзинговых отношений на уровне ГК РФ в большей степени отвечает сбалансированности и эффективности правового регулирования франчайзинга в нашей стране. Аргументируется необходимость реформирования действующего законодательства в рамках ГК РФ, принятие отдельного федерального закона видится не целесообразным и лишь усложнит нормативно-правовое регулирование анализируемых отношений.

7. Аргументировано, в качестве предмета по договору коммерческой концессии выступают целенаправленные действия правообладателя, связанные с предоставлением пользователю комплекса исключительных прав и действия пользователя по использованию переданных прав и по уплате вознаграждения, совершение иных, связанных с заключением и исполнением договора, действий, а также общественные отношения, складывающиеся между сторонами из заключенного договора.

Объектами гражданских прав, которыми по этому договору пользователь приобретает возможность использовать, выступает два вида объектов: 1) объекты интеллектуальной собственности: товарный знак, знак обслуживания, секрет производства (ноу-хау) и др.); 2) особые нематериальные блага: деловая репутация и коммерческий опыт правообладателя.

Доказано, что в категорию «объект договора коммерческой концессии» включается: конкретный объект (из числа тех, которые указаны в ГК РФ) и права на этот объект, регулируемые договором. Причем, объектом рассматриваемого договора является не исключительное право, как отдельный объект, а комплекс прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты.

8. Выявлено, что приравнивать термины «информация, составляющая коммерческую тайну» и «секрет производства (ноу-хау)», исходя из их содержания, неверно, что приведет к искажению сущности возникающих на их основе правоотношений. Считаем, что законодатель поступил абсолютно верно, исключив тождественность этих понятий. На наш взгляд, имеется существенное различие этих двух терминов. Законодатель, поместив понятие «секрет производства» в ч. 4 ГК РФ, а так же прямо указав на это в законе определил, что секрет производства (ноу-хау) всегда является продуктом интеллектуальной деятельности. Однако, очевидно, что не вся информация, составляющая коммерческую тайну, является таковой. Эти термины можно соотнести как целое и часть. Так как информация, составляющая коммерческую тайну, может включать в себя иные сведения, не относящиеся к

секрету производства. Секрет производства (ноу-хау) выступает частным случаем информации, составляющей коммерческую тайну.

9. В системе франчайзинга контроль качества товаров, производимых франчайзи, является правом франчайзера, но не его обязанностью, как это представлено в ст. 1031 ГК РФ. Установление анализируемой обязанности правообладателя считаем полностью оправданным, т.к. это способствует дополнительной защите прав и интересов потребителей товаров, работ и услуг. Считаем необходимым установить обязанность осуществлять контроль качества товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии, не как дополнительную, а как основную обязанность правообладателя. Установление такого рода обязанности более логичным видится в п. 1. ст. 1031 ГК РФ.

10. Установлено, что в международном праве отсутствует единое понятие договора франчайзинга и унифицированных правил, регулирующих его. Доказывается необходимость создания унифицированных правил, регулирующих договор международного франчайзинга. В рамках этих правил следует внести единое понятие франчайзинга, сторон договора, объекта франчайзинга, перечень документов, который бы регулировал все этапы создания франчайзинговой системы. Договор международного франчайзинга – это комплексное соглашение, по которому одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (франчайзи), имеющему основное место деятельности в иностранном государстве, за вознаграждение на срок или без указания срока право осуществлять предпринимательскую деятельность (франчайзинг) в рамках франчайзинговой сети (системы) в международном торговом обороте с целью предоставления определенного продукта в интересах и от имени франчайзи, а франчайзи имеет право и обязан использовать комплекс исключительных и иных прав и услуг, установленных франчайзером в различных сферах предпринимательской деятельности.

11. Обоснован вывод о том, что права и обязанности сторон договоров франчайзинга и коммерческой концессии имеют реализацию как в частно-

правовых, так и в публично-правовых отношениях. Можно сделать вывод о комплексности и межотраслевом характере правового регулирования данных отношений. Аргументируется, что договоры франчайзинга и коммерческой концессии обладают сложной правовой природой, усматриваются межотраслевые связи при возникновении правоотношений из договора коммерческой концессии. Вместе с тем, правовой институт коммерческой концессии, является институтом гражданского права, включаемым в обязательственное право.

В целях совершенствования правового регулирования франчайзинга и договора коммерческой концессии, автором доказана целесообразность внесения ряда изменений в действующее законодательство:

- закрепить в ГК РФ положение о том, что является предметом гражданско-правового договора вообще и договора коммерческой концессии, в частности. К сожалению, в ГК РФ отсутствует легальное определение предмета гражданско-правового договора, что, в свою очередь, порождает разнообразие научных и практических предложений. Такая законодательная неопределенность приводит к тому, что договорная и судебная практика сталкиваются с определенными сложностями в формулировании предмета договора. Исходя из этого, считаем необходимым изменить п. 1 ст. 432 ГК РФ ввести ч. 3, изложив ее в следующей редакции: «В качестве предмета договора выступают действия сторон и общественные отношения, складывающиеся между сторонами из заключенного договора»;

- предусмотреть диспозитивную норму, позволяющую сторонам выбирать, регистрировать переход исключительных прав по договору коммерческой концессии или нет. Т.е. п.2. ст. 1028 изложить в следующей редакции: «Предоставление права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии по соглашению сторон подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При отказе

сторон от государственной регистрации предоставление права использования комплекса исключительных прав, договор считается состоявшимся»;

- с целью защиты коммерческой тайны правообладателя, необходимо внести изменения, касающиеся срока действия договора коммерческой концессии, а именно, установить минимальный срок договора, например, равный трем годам.

Включить в ГК РФ ст. 1030.1. «Срок договора франчайзинга и коммерческой концессии», изложив ее в следующей редакции:

«1. Договор франчайзинга и коммерческой концессии заключаются на срок, не менее трех лет. Для отдельных видов договоров франчайзинга и коммерческой концессии законом могут быть установлены иные минимальные сроки, на которые может быть заключен договор.

2. После окончания срока договора франчайзинга и коммерческой концессии правообладатель вправе изменить любые условия, но пользователь, в случае надлежащего исполнения своих обязанностей, имеет преимущественное право на заключение договора на изменившихся условиях на новый срок перед другими потенциальными пользователями.

3. При отсутствии заявления одной из сторон о прекращении договора по окончании срока его действия он считается продленным на тот же срок и на тех же условиях, какие были предусмотрены договором».

Таким образом, срок договора должен рассматриваться как существенное условие договора;

- ст. 1034 ГК РФ «Ответственность правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю» изложить в следующей редакции: «Правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии, в случаях, предусмотренных самим договором.

По требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя, правообладатель отвечает солидарно с пользователем»;

- установить положение о невозможности включения в коммерческую тайну самого перечня сведений, отнесенных к коммерческой тайне, путем внесения в ст. 5 ФЗ «О коммерческой тайне» пункта 2, который необходимо представить в следующей редакции «В отношении перечня информации, составляющей коммерческую тайну, указанном в подпункте 1 пункта 1 статьи 10 настоящего Федерального Закона не может быть установлена коммерческая тайна».

Теоретическая значимость результатов исследования заключается в том, что они в совокупности значительно расширяют полученные ранее теоретические представления о франчайзинге и договоре коммерческой концессии. Содержащиеся в диссертации определения теоретических понятий и выводы могут послужить доктринальной базой для дальнейших научных разработок и способствовать развитию науки гражданского и предпринимательского права в направлении совершенствования законодательства и практики применения анализируемых в работе договорных конструкций.

Практическая значимость исследования заключается в возможности использования его выводов при совершенствовании действующего гражданского и международного законодательства. Предложения, представленные в данном исследовании, могут быть использованы в судебной практике, в учебном процессе при преподавании курса «Гражданское право», «Предпринимательское право» и специальных учебных курсов цивилистического цикла, при разработке учебно-методической литературы и подготовке комментариев к гражданскому законодательству.

В результате проведенного исследования разработан комплекс предложений по совершенствованию действующего института гражданского права и законодательства – франчайзинга и коммерческой концессии.

Отдельные результаты исследования имеют прикладное значение, это обусловлено спецификой предмета изучения, что также может послужить стимулом для дальнейших как общетеоретических, так и отраслевых научных изысканий.

Апробация и внедрение результатов исследования. Диссертация обсуждена и одобрена на кафедре гражданского права и процесса юридического факультета ФГБОУ ВПО «Ульяновский государственный университет».

Ключевые положения диссертационного исследования были представлены автором в выступлениях на международных и всероссийских научно-практических конференциях: «Соотношение понятий «франчайзинг» и «коммерческая концессия» в российском и международном законодательстве» (г. Пермь, Пермский государственный национальный исследовательский университет, октябрь 2014 г.); «Правовое регулирование договора коммерческой концессии в свете модернизации гражданского законодательства, направление: Проблемы модернизации гражданского законодательства России» (г. Уфа: Научно-инновационный центр Института права БашГУ, 2014); «Договор коммерческой концессии: реформа правового регулирования в свете изменений Гражданского кодекса Российской Федерации» (г. Ульяновск: ФГБОУ ВПО Ульяновский государственный университет, 12 декабря 2014 г.); «К вопросу о франчайзинге и договору коммерческой концессии в России» (Ростов-на-Дону: Южный Федеральный Университет, 2014 г.); «Предмет как существенное условие в договоре коммерческой концессии» (г. Владивосток: Дальневосточный государственный университет, 24 апреля 2015 г.); «Развитие франчайзинговых отношений в России: современное состояние и перспективы развития» (г. Москва: Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, 22 апреля 2015 г.); «Реформа правового регулирования договора коммерческой концессии в свете изменений Гражданского кодекса Российской Федерации» (г. Саратов: Саратовская государственная

юридическая академия, март 2015 г.); «Проблемы определения предмета договора коммерческой концессии» (г. Казань: Российский государственный университет правосудия, 15 мая 2015 г.); «Отдельные вопросы применения договора коммерческой концессии и франчайзинга в предпринимательском обороте на современном этапе развития торговли» (г. Москва: МАЭП, 4 июня 2015 г.) и других.

Разработанные приемы и конкретные предложения по совершенствованию правового регулирования отношений в сфере франчайзинга и коммерческой концессии апробированы в Правительстве Ульяновской области и деятельности коммерческих организаций.

Также выводы и предложения автора применяются при разработке и преподавании учебных курсов «Гражданское право» в ФГБОУ ВПО «Ульяновский государственный университет», НОУ ВПО «Московская академия экономики и права», Ульяновском филиале ФГБОУ ВПО «Российская академия народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации». Основные положения диссертации отражены в 21 научной статье, общим объемом 6,8 п.л., шесть из которых опубликованы в ведущих рецензируемых журналах и изданиях, рекомендованных ВАК Минобрнауки России для публикации результатов диссертационных исследований на соискание ученой степени кандидата наук.

Структура работы отражает логику исследования, определена целью исследования и вытекающими из нее задачами. Диссертация состоит из введения, трех глав, включающих девять параграфов, заключения и библиографического списка.

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ, РАЗВИТИЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬНОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ И СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГА В МЕЖДУНАРОДНОМ ОБОРОТЕ И В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

1.1. Понятие, значение и правовая природа франчайзинга и франчайзинговых отношений

Прежде чем рассматривать вопрос становления, развития и, в целом, о франчайзинге и законодательстве Российской Федерации, регулирующем положения о договоре коммерческой концессии, необходимо проанализировать и выявить сущность таких понятий как «франчайзинг», «договор франчайзинга», «коммерческая концессия», «договор коммерческой концессии» и «франшиза».

Следует признать обоснованным и вполне своевременным, высказанное в науке мнение о том, что в условиях возросшей конкуренции на рынке товаров, работ и услуг, в том числе постоянного и быстрого обновления объектов торгового оборота, необходимыми факторами успешного развития бизнеса являются:

- дополнительные возможности для обеспечения быстрого распространения информации о внедряемых новшествах;
- новые пути продвижения самих товаров и услуг;
- дополнительный капитал для расширения бизнеса на различных рынках и приобретение возможностей экономии на эффекте масштаба¹.

В этой связи, все более распространенными на рынке становятся различные формы вертикальной интеграции, к которой, в первую очередь, необходимо отнести франчайзинговые операции, которые приобретают юридическое оформление посредством заключения договора коммерческой концессии.

¹ См.: Рыкова И.В. Дистрибуция, лицензирование, франчайзинг: некоторые вопросы современной практики // Торговое право. 2012. № 11. С. 81.

В современной российской практике широкое распространение получили 3 модели выстраивания отношений - дистрибьюция (дистрибуция), лицензирование и франчайзинг. Эти модели имеют существенное различие, но, к сожалению, нередко предприниматели не принимают их во внимание на этапе принятия стратегических решений. Сложность заключается и в том, что термины «дистрибьюция» и «франчайзинг» не закреплены российским законодательством. Предприниматели часто стоят перед выбором, какой договор выбрать для формирования правоотношений с партнерами. Следует признать обоснованной критику российской правоприменительной практики применительно к тому, что «мы часто сталкиваемся с тем, что и дистрибьюцию, и лицензирование, и франчайзинг относят к франчайзингу, что вводит в прямое заблуждение потенциальных партнеров»¹.

С целью определения правовой природы, сущности и эффективности применения договора коммерческой концессии в Российской Федерации представляется необходимым рассмотреть понятия (категорию) «франчайзинг» и «коммерческая концессия». Этимологически, слово «франчайзинг», происходит от английского «franchising» – право, привилегия. Впоследствии это слово закрепилось в англоязычных государствах, а слово «концессия» произошло от латинского «concession», означающее уступку, разрешение. Историческое значение термина «концессия» имело другое значение, чем то, которое сложилось в современной практике. Изначально сферой применения концессии являлась сфера частно-государственного партнерства либо привлечения иностранного капитала в развитие промышленности и сырьевой сферы.

Еще один термин «франшиза» – от французского «franchise» – льгота, привилегия. По своей сути эти три термина равнозначны и различия между ними обусловлены, в первую очередь, особенностями транскрипции терминов при переводе на русский язык англоязычной или франкоязычной литературы².

¹ Рыкова И.В. Указ. соч. С. 81 - 82.

² См.: Забелин П.Е. Соотношение договора коммерческой концессии с договором франчайзинга // Юристъ-Правоведъ. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. 2011. № 4. С. 102.

Эти два слова считаются синонимами, однако, как справедливо указано в научной литературе, по сложившейся практике делового оборота слово «франчайзинг» используется чаще для обозначения системы рыночных отношений концессионного вида, а «франшиза» - для определения договорных отношений между контрагентами при реализации этой системы на практике¹. Сам же термин концессия заимствован из латинского языка, «concessio» — разрешение, уступка².

Как справедливо отмечается в науке, «...в условиях развития современного гражданского законодательства... возрастает роль и значение договорного регулирования в гражданском обороте, что обуславливает необходимость повсеместного изучения гражданско-правовых договорных конструкций»³.

В науке абсолютно правильно отмечено, что «в мире не сложилось единого определения франчайзинга, так как в разных странах он приобрел свои специфические особенности и формы, характерные для каждой отдельно взятой страны»⁴. Вместе с тем в различных правовых системах осуществляются попытки выработать собственное понятие «франчайзинг». Однако в разных правовых порядках сущность франчайзинговых отношений едина.

По мнению М. Мендельсона, франчайзинг - это не отрасль промышленности, а метод продажи товаров и услуг, применение которого практически безгранично⁵.

Следует признать правоту суждений отдельных авторов, что «в российской юридической литературе нередко предпринимаются попытки дать

¹ См.: Кокорин С.А. Договор коммерческой концессии в свете части четвертой Гражданского кодекса РФ // Российский юридический журнал. 2006. №6. С.111.

² См.: Сухарев А.Я. [и др.] Большой юридический словарь. М.: ИНФРА-М, 2006. С. 316.

³ Егорова М.А. Аннулирование договора в российском законодательстве // Журнал российского права. 2010. № 1 (157). С. 63 - 74.

⁴ См.: Шахова М.С. Развитие системы франчайзинг в малом бизнесе: дис.канд. экон. наук. М., 1994. С.35.

⁵ См.: Мендельсон М. Руководство по франчайзингу. М.: Гарадики. 2006. С.19; Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2004. С.25; Бобоев Дж.К. Договор коммерческой концессии по законодательству Республики Таджикистан: дис. . канд. юрид. наук: 12.00.03. Душанбе, 2010. С.37.

франчайзингу наиболее полное и всеобъемлющее определение»¹. Так, Е.А. Черепанова, полагая, что большинство исследователей уделяют внимание не всей совокупности признаков франчайзинга, а каким-либо его отдельным аспектам, предприняла новую для российской правовой науки попытку сформулировать наиболее емкое понятие франчайзинга. Он, как обоснованно полагает Е.А. Черепанова, представляет собой форму предпринимательской деятельности, основанную на системе взаимоотношений, закрепленных рядом соглашений, заключающуюся в возмездном предоставлении одной стороной (организацией, имеющей, как правило, ярко выраженный имидж и высокую репутацию на рынке товаров и услуг) другой стороне (организации или индивидуальному предпринимателю) своих средств индивидуализации производимых товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг (товарный знак или знак обслуживания, фирменный стиль), технологии ведения бизнеса и другой коммерческой информации, использование которой другой стороной будет содействовать росту и надежному закреплению на рынке товаров и услуг². «При этом передающая сторона обязуется оказывать содействие в становлении бизнеса, обеспечивать техническую и консультационную помощь»³.

Анализ приведенной дефиниции показывает, что автор настаивает на определении сущности франчайзинга через понятие «деятельность». Такой подход представляется характерным, в большей степени, для экономической науки, нежели правовой. Полагаем вполне оправданной критику, высказанную в науке, которая основана на том, что «правовая доктрина должна оперировать гражданско-правовыми категориями, такими как: «правоотношение», «обязательство», «договор»⁴. Необходимо согласиться с А.С. Райниковым в отношении его справедливого замечания, что «определение должно быть лаконичным и носить по возможности дефинитивный, а не описательный

¹ Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии: дис...канд. юрид. наук. М., 2004. С. 8.

² Черепанова Е.А. Франчайзинг в России: правовой аспект. Екатеринбург: ИД «УралЮрИздат», 2005. С. 25.

³ См.: Черепанова Е.А. Указ. соч. С. 26.

⁴ См.: Райников А.С. Договор коммерческой концессии. М.: Статут, 2009. С. 31.

характер»¹. Поэтому, видится оправданным, высказанный научный подход, к франчайзингу как к «форме продолжительного делового сотрудничества, в процессе которого компания-франчайзер (правообладатель) предоставляет франчайзи (пользователю) лицензию (франшизу) на производство продукции, торговлю товарами или предоставление услуг под торговой маркой правообладателя на ограниченной франшизной территории на срок и на условиях, определенных франчайзинговым договором»².

Б.И. Пугинский определяет франчайзинг как систему договорных отношений крупных изготовителей (продавцов) с мелкими фирмами, в которых обязательства по продвижению товара сопровождаются использованием на основе лицензии фирменного наименования или товарного знака головной фирмы, а также соблюдением ее технологий производства и стратегии по сбыту товаров³.

В отечественной цивилистике существуют и иные авторские определения франчайзинга, например, Е.С. Лысенко говорит нам о том, что франчайзинг – это те экономические отношения, в результате которых у одной стороны (франчайзи) появляется возможность использования для организации собственной предпринимательской деятельности, деловой репутации другой стороны (франчайзора)⁴.

И.Н. Герчикова дает следующее весьма оригинальное авторское определение франчайзинга (предпринимательского) - это деловые отношения, в силу которых одна сторона - франшизодатель предоставляет другой стороне - франшизополучателю право (франшизу) на осуществление на определенной территории предпринимательской деятельности, аналогичной деятельности франшизодателя, на основе предоставления последним «делового комплекса», позволяющего определенным образом производить или продавать товары, либо оказывать услуги потребителям в соответствии с условиями договора

¹ Райников А.С. Указ. соч. С. 32.

² См.: Филина Ф.Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности. М.: ГроссМедиа, 2008. С.9.

³ См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000. С.217.

⁴ См.: Лысенко Е. С. Определение франчайзинга, как экономического отношения // Пробелы в российском законодательстве. 2009. № 4. С. 355.

франчайзинга¹. Полагаем, что сущность данного определения имеет в большей степени экономическое, нежели правовое содержание. Считаем, что франчайзинговое правоотношение наделено правовым содержанием, что не исключаем экономической составляющей, которая имеет производный, от правовой сути, характер.

По мнению И.В. Рыковой, «франчайзинг - это не продажа готового бизнеса, а передача технологии его ведения, осуществления деловых операций по определенным правилам... Поскольку предполагается, что коммерческий опыт - это опыт конкретного правообладателя (его использование принесет конкретные блага, пользователь должен за него платить), то он должен быть недоступен третьим лицам. То есть речь идет о коммерческой тайне (ноу-хау)»². Данное авторское определение также заслуживает внимания и требует научного изучения, в определенной степени некоторой критики, т.к. в нем заложено, в большем мере, экономическое содержание, но, в целом, отвечает сущности франчайзинговой правовой модели.

Заслуживает поддержки весьма логически обоснованное понятие, данное Н.Г. Вилковой в своей работе «Договорное право в международном обороте», которая указывает: «Франчайзинг обычно определяется как соглашение, согласно которому франчайзор предоставляет франчайзи в обмен на прямую или косвенную финансовую компенсацию право на использование комплекса прав промышленной или интеллектуальной собственности, относящихся главным образом к ноу-хау и коммерческим символам, а также на получение коммерческого или технического содействия в течение срока действия контракта»³. Полагаем, что Н.Г. Вилкова вкладывает в данное определение гражданско-правовое содержание (сущность), раскрывая его через категорию «соглашение», с чем мы, безусловно, согласны и аналогично стоим на цивилистической трактовки франчайзинговых обязательств.

¹ См.: Герчикова И.Н. Международное коммерческое дело: учебник. М., 2001. С.563.

² Рыкова И.В. Особенности национального франчайзинга // Бизнес-адвокат. 2002. № 11. С. 12.

³ Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002. С. 243.

Считаем оправданной, высказанную в литературе точку зрения, согласно которой франчайзинг, как способ организации и осуществления предпринимательской деятельности, фактически содержит не только признаки инвестиции (капитала), но также и признаки инвестиционной деятельности¹. Франчайзинг вполне мог бы соответствовать и признакам прямой иностранной инвестиции, если бы законодатель не сузил круг объектов и действий, входящих в это понятие. При этом следует констатировать, что ограничение признаков прямой иностранной инвестиции является не вполне обоснованным, поскольку в программах, принятых Правительством Российской Федерации, франчайзинг рассматривался как один из механизмов инвестирования².

Как справедливо замечает М.Н. Титова «франчайзинг следует рассматривать в качестве бизнес-модели (проекта), которая осуществляется его участниками с помощью комплекса взаимосвязанных правовых средств для достижения конкретного экономического результата»³. Такая трактовка франчайзинга как бизнес-модели (проекта) обладает чертами оригинальности и научной новизны, заслуживает особого анализа дальнейшего обращения к данному подходу в настоящем научном исследовании.

Исходя из детального изучения многих предложенных в научной литературе дефиниций франчайзинга, а также на основе анализа сущности франчайзинговых отношений, можно предложить следующее авторское определение. Франчайзинг – это правоотношение, система тесно взаимосвязанных правовых и экономических связей, форма (способ) организации и осуществления предпринимательской деятельности, представляющая собой урегулированную нормами права целостную систему отношений, реализуемых с помощью комплекса взаимосвязанных правовых средств для достижения конкретного экономического результата, основанных

¹ См.: Титова М.Н. О месте франчайзинга в системе правового регулирования инвестиционной деятельности // Право и экономика. 2014. № 9. С. 28 - 29.

² См.: Титова М.Н. Указ. соч. С. 29.

³ Титова М.Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата // Предпринимательское право. 2014. № 3. С. 57.

на договоре франчайзинга и иных сопутствующих договорных отношениях между лицом, предоставляющим комплекс исключительных и иных прав (франчайзером), и лицом, приобретающим данные права (франчайзи) в различных сферах предпринимательской деятельности (производственной, торговой, посреднической и др.).

В литературе выделяют различные существенные признаки и особенности франчайзинга и коммерческой концессии, которые, в целом, заслуживают одобрения, но, отчасти, и возражения. В частности, в цивилистической науке отмечается, что как юридическая категория франчайзинг всегда обладает тремя признаками: во-первых, это договор; во-вторых, в рамках франчайзинга одно лицо (франчайзер) предоставляет другому лицу (франчайзи) право использовать в предпринимательской деятельности комплекс принадлежащих франчайзеру исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации товаров (работ, услуг) и (или) предприятий; в-третьих, франчайзинг направлен на расширение рынка сбыта товаров, работ или услуг одного лица посредством замещения его в отношениях с третьими лицами другим лицом¹. Следует согласиться с высказанным мнением в науке, что все остальные признаки исследуемого явления можно рассматривать в качестве преходящих и зависящих от источника правового регулирования франчайзинга в том или ином государстве².

А.С. Райников справедливо указывает, что «в отношении правообладателя ... применение данной конструкции договорных правоотношений позволяет наиболее экономично и эффективно развивать деловые связи и расширять бизнес при полном контроле деятельности пользователя, не открывая обособленные структурные подразделения, в частности, филиалы, или не образуя дочерних юридических лиц на отдаленных территориях, осуществляя при этом расходы на приобретение

¹ См.: Климова С.В. Правовой режим франчайзинга в национальном и международном обороте: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 10.

² См.: Райников А.С. Указ. соч. С. 33.

основных средств»¹.

Основной функцией франчайзинга, как известно, является не только предоставление правообладателем (франчайзером) пользователю (франчайзи) права использования комплекса исключительных прав в предпринимательской деятельности, но и совершение франчайзером определенных действий по организации предпринимательской деятельности самого франчайзи. Франчайзер передает франчайзи объекты гражданских прав (в том числе исключительное право на объекты интеллектуальной собственности, оборудование и технологии производства), проводит рекламную кампанию, осуществляет обучение работников франчайзи новым технологическим приемам и способам организации продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг, выполняемых франчайзи под маркой франчайзера с целью извлечения прибыли, и оставляет за собой право осуществлять контроль качества деятельности франчайзи.

Справедливо мнение, что «франчайзинг связан с инвестициями и инвестиционной деятельностью, зачастую рассматривается в качестве инвестиционного механизма. Франчайзинговые схемы ведения бизнеса сопровождаются инвестиционными вложениями в целях извлечения прибыли»². Действительно, одной из целей франчайзинга следует назвать инвестирование в производство или сферу услуг, нередко в другом государстве с намерением продвижения бизнеса и дальнейшего получения прибыли.

Итак, весьма справедливо мнение И.В. Рыковой, которая полагает, что «результатами вертикальных связей являются расширение инвестиционных возможностей, оптимизация информационных, материальных и финансовых потоков, появление возможности не только структурировать внутрисистемные связи, но и достаточно быстро реагировать на изменения внешней среды и адаптироваться к этим изменениям, что в совокупности с другими

¹ Райников А.С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи. М., 2009. С. 21.

² См.: Титова М.Н. О месте франчайзинга в системе правового регулирования инвестиционной деятельности // Право и экономика. 2014. № 9. С. 25.

преимуществами определяет конкурентоспособность не только каждого конкретного субъекта, но и вертикальной сети в целом»¹. По нашему мнению, именно франчайзинг способствует развитию всех вышеназванных связей и их реализации в сфере бизнес технологий.

Таким образом, как уже указывалось ранее, понятие «франчайзинг» терминологически не закреплено в российском законодательстве. Также нет единообразного подхода к его регулированию и на международном уровне. При этом в международной практике выделяют два основных вида франчайзинга (они в настоящее время получили распространение и в российской практике ведения предпринимательской деятельности). Главные различия между ними заключаются в объеме передаваемых правообладателем своему партнеру прав, степени стандартизации бизнес-процессов и уровнем поддержки, оказываемой правообладателем (франчайзером) своим партнерам (франчайзи).

Первый вид - франчайзинг распределения, предполагающий собой продажу товаров, произведенных или продаваемых франчайзером под его товарным знаком на определенных условиях.

Второй вид - франчайзинг бизнес-формата, который предполагает наличие у франчайзера наряду с товарным знаком и другими средствами индивидуализации уникальной технологии ведения дела, стандартов, коммерческих методов и определенной системы знаний, технических и маркетинговых ноу-хау, другими словами - системы, право на использование которой и предоставляется франчайзи.

Проводя анализ существующих научных подходов к термину франчайзинг и формулируя собственное авторское понятие «франчайзинг», можно обратиться к терминологии международной организации франчайзинга (International Franchise Association). Заслуживает внимания, с точки зрения его научной составляющей, обоснованности и новизны, определение, предлагаемое в цивилистической науке С.А. Бобковым: «франчайзинг – это

¹ См.: Рыкова И.В. Там же. С. 82.

контрактные отношения между франчайзером и предприятием-оператором, в ходе которых франчайзер имеет право или обязуется поддерживать такие области функционирования предприятия, как ноу-хау и обучение; при этом оператор осуществляет свою деятельность, используя общую торговую марку и технологию, владельцем которых является франчайзер, он же и контролирует их, и при этом оператор инвестирует большую по сравнению с франчайзером долю предприятия за счет собственных средств»¹.

Действительно, оператор ведет дело, используя общую торговую марку и технологию, владельцем которых является франчайзер, он же и контролирует их и при этом инвестирует существенную долю капитала своего предприятия за счет собственных средств.

В английском Законе 1986 г. «О финансовых услугах» франчайзинг был определен как соглашение на право льготного предпринимательства, согласно которому лицо получает прибыль или доход, пользуясь предоставленным ему по соглашению правом использовать торговую марку, дизайн или другую интеллектуальную собственность либо репутацию, ассоциируемую с ними².

Эксперты Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС), определяя франшизу как «договор, по которому одно лицо (правообладатель), имеющее разработанную систему ведения определенной деятельности, разрешает другому лицу использовать эту систему согласно требованиям владельца франшизы в обмен на вознаграждение»³, выделяют, таким образом, двух основных участников - правообладателя и «лицо, использующее систему ведения бизнеса правообладателя».

В.В. Довгань справедливо рассматривает договор франчайзинга как «соглашение, при котором производитель или единоличный распространитель продукта или услуги, защищенных торговой маркой, дает эксклюзивные права на распространение на данной территории своей продукции или услуг независимым предпринимателям (розничным торговцам) в обмен на

¹ Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии: дис...канд. юрид. наук. М., 2004. С. 9.

² См.: Мендельсон М. Указ. соч. 2006. С.19.

³ Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе Российской Федерации // Хозяйство и право. 1997. № 12. С. 113.

получение от них платежей (роялти) при условии соблюдения технологий производственных и обслуживающих операций»¹. Следовательно, по мнению этого автора, к основным участникам франчайзинга следует относить производителя (единоличного распространителя) и розничного торговца.

Между тем, по нашему мнению, данные подходы не учитывают сути отношений франчайзинга, применяемого в бизнес среде, а также комплексного характера таких отношений. В рамках стратегии франчайзинга как сферы организации и реализации бизнес-проекта подход, рассматривающий отношения франчайзинга исключительно как разновидность договора о предоставлении исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности, т.е. по сути отношения между двумя участниками, не отражает существующей реальности.

Отношения франчайзинга формируют модель организации бизнеса и носят комплексный характер, а, следовательно, их содержание выходит за пределы предоставления исключительных прав и охватывает действия по оказанию правообладателем пользователю консультационных, обучающих и контрольных услуг. Это предопределяется целью отношений франчайзинга бизнес-формата, которая состоит в воспроизведении пользователем модели предпринимательской деятельности правообладателя во всех ее аспектах². Представляется, что данное определение и сфера применения обозначена автором весьма точно и конкретно.

Обосновываем вывод о том, что «франчайзинг» является многозначной категорией. Франчайзинг следует рассматривать как:

- правоотношение;
- систему экономических и правовых связей;
- соглашение (договор);
- юридическую конструкцию;

¹ Довгань В.В. Франчайзинг: путь к расширению бизнеса (организационный, технологический, методический аспекты). Тольятти, 1994. С. 20.

² См.: Каткова М.Н. Франчайзинг как способ организации и осуществления предпринимательской деятельности: понятие и правовые основы // Предпринимательское право. 2011. № 2. С. 14 - 15.

- форма (способ) организации и осуществления предпринимательской деятельности;
- комплекс взаимосвязанных правовых средств;
- технологию ведения бизнеса, бизнес-модель (проект);
- механизм инвестирования.

Российская ассоциация франчайзинга предоставляет нам другое определение, по их мнению, франчайзинг - это система бизнеса, состоящая из компании франчайзора, которая разработала, успешно применила и продает элементы своего собственного тиражируемого бизнеса, и компаний или индивидуальных предпринимателей (франчайзи), которые купили у франчайзора право пользования его товарным знаком и методами ведения бизнеса¹.

Российской ассоциацией франчайзинга (РАФ) также даны следующие определения:

- франчайзер (франшизодатель) - это компания, которая выдает лицензию или передает в право пользования свой товарный знак, ноу-хау и операционные системы;
- франчайзи (франшизополучатель) - это физическое или юридическое лицо, которое покупает возможность обучения и помощь при создании бизнеса у франчайзера и выплачивает сервисную плату (роялти) за использование товарного знака, ноу-хау и системы ведения работ франчайзера. Франчайзи делает первоначальный взнос за помощь по созданию и открытию бизнеса. На данного субъекта франчайзинговых отношений особо обращает внимание в науке гражданского и коммерческого права С.В. Климова². В своей работе она достаточно подробно анализирует правовой статус субъектов франчайзинговых отношений. Справедливо также высказанное Российской ассоциацией франчайзинга утверждение, что франчайзи принимает на себя обязанность выплачивать ежемесячные взносы за право пользования торговым

¹ См.: Проекты документов: [Электронный ресурс] / Российская Ассоциация Франчайзинга. Режим доступа: <http://ru.rusfranch.ru/franchising/>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.)

²См.: Климова С.В. Правовой режим франчайзинга в национальном и международном обороте: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 92.

знаком и бизнес-системой и за поддержку, обучение и консалтинг, предоставляемые франчайзером¹. Данная обязанность вытекает из положений российского законодательства, регулирующего договор коммерческой концессии.

Приведенные дефиниции имеют важное значение для определения сущности франчайзинговых отношений в России и закрепления договора франчайзинга на законодательном уровне в нашей стране.

Анализируя правовую природу франчайзинга, следует обратить внимание на обоснованность утверждений М.Н. Титовой, которая указывает, что франчайзер становится участником механизма инвестирования и совершает следующие взаимосвязанные между собой действия:

- определяет состав франшизы, т.е. круга объектов гражданских прав (по сути, объем капитала), которая подлежат передаче франчайзи;
- передает франшизу (т.е. капитал) франчайзи на основании гражданско-правовой сделки (нескольких сделок);
- обучает персонал франчайзи новым технологическим приемам и способам ведения предпринимательской деятельности (включая внедрение новых производственных технологий и технологий торговли товарами, работами и услугами);
- контролирует эффективность использования франшизы и соответствия стандартов деятельности франчайзи стандартам деятельности, принятым у самого франчайзера².

Не подлежит сомнению, что, совершая указанные действия, франчайзер имеет целью получение прибыли. Однако, кроме этого, он может иметь и иные цели, например присутствие на рынке данной страны торговой марки франчайзера и т.п.

Выводы.

1. Полагаем, что франчайзинг давно и прочно вошел в число наиболее

¹ См.: Российская ассоциация франчайзинга. Что такое франчайзинг. Термины и определения. – Режим доступа: <http://www.rafi.ru/0113.php> - загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.)

² См.: Титова М.Н. О месте франчайзинга в системе правового регулирования инвестиционной деятельности // Право и экономика. 2014. № 9. С. 27 - 28.

привлекательных способов развития бизнеса и инвестиционных проектов в Российской Федерации, поскольку позволяет крупному, среднему и малому бизнесу достаточно быстро развить свои технологии с целью продвижения товаров, работ и услуг на рынке. Тиражирование идей и технологий позволяет людям с минимальными рисками стать собственниками успешного бизнеса, добиться финансовой независимости и получения максимальной прибыли.

2. Обосновываем, что понятие «франчайзинг» является многозначной категорией. Франчайзинг следует рассматривать как:

- правоотношение;
- систему экономических и правовых связей;
- соглашение (договор);
- юридическую конструкцию;
- форма (способ) организации и осуществления предпринимательской деятельности;
- комплекс взаимосвязанных правовых средств;
- технологию ведения бизнеса, бизнес-модель (проект);
- механизм инвестирования.

3. Проведя анализ сущности франчайзинга, можно сформулировать следующее авторское определение. Франчайзинг – это правоотношение, система тесно взаимосвязанных правовых и экономических связей, форма (способ) организации и осуществления предпринимательской деятельности, представляющая собой урегулированную нормами права целостную систему отношений, реализуемых с помощью комплекса взаимосвязанных правовых средств для достижения конкретного экономического результата, основанных на договоре франчайзинга и иных сопутствующих договорных отношениях между лицом, предоставляющим комплекс исключительных и иных прав (франчайзером), и лицом, приобретающим данные права (франчайзи) в различных сферах предпринимательской деятельности (производственной, торговой, посреднической и др.).

4. На основе сформулированного определения франчайзинга, можно

предложить следующую авторскую дефиницию договора франчайзинга – это комплексное соглашение между лицом, предоставляющим комплекс исключительных и (или) консультационных, обучающих и контрольных услуг (франчайзером) и иных прав, и лицом, приобретающим данные права (франчайзи) в обмен на получение платежей (роялти) при условии соблюдения бизнес-технологий и иных факторов производства, (оказания услуг), установленных франчайзером в различных сферах предпринимательской деятельности (производственной, торговой, посреднической и др.).

5. Установлено, что франчайзинг распространяется на различные сферы бизнеса и предпринимательства: в сфере услуг (например, ресторанного и гостиничного), торговли, строительства, производства. Преимущества франчайзингового метода ведения бизнеса привлекли отечественных предпринимателей, которые начали его успешно применять как национальный способ предпринимательства.

6. Несмотря на все эти плюсы, с применением франчайзинга возникает множество проблем из-за несовершенного правового регулирования, отсутствия должного его закрепления, недостаточной информированности и др. Международное частное право в силу своего частноправового характера не может регулировать вопросы государственной поддержки франчайзинговых отношений в сфере малого и среднего бизнеса. Эту проблему должно решать государство с помощью подзаконного регулирования данных отношений.

1.2. Становление, развитие законодательного регулирования и сфера применения франчайзинга в международном обороте и в Российской Федерации

В настоящее время во всем мире увеличивается продажа товаров и предоставление различных услуг на условиях франчайзинга. Франчайзинг, как способ организации бизнеса, предполагает создание сети предприятий,

занимающихся одним видом деятельности, под единой торговой маркой или товарным знаком, использующие в своей деятельности идентичные маркетинговые приемы, ценовую политику, способы и формы реализации продажи и услуг.

Идея франчайзинга зародилась еще в период средневековой Франции. В то время данное понятие обозначало особую привилегию или «вольность», которую французские короли давали своим вассалам. В числе таких особых привилегий или «вольностей» значились право торговать теми или иными товарами, право держать рынки и ярмарки, право на постройку дорог и пивоваренных заводов, и др.¹. В дальнейшем такой порядок стали использовать мэры многих городов Европы и стали предоставлять исключительные права рыночным торговцам продавать определенные товары в пределах того или иного рынка.

В последствии такой вид договора как франчайзинг, стал развиваться в XIX веке, когда владельцы мелких пивных, испытывая финансовые трудности, обращались к владельцам крупных пивоваренных заводов за помощью. При этом взамен оказанной помощи мелкие торговцы утрачивали независимость и у них появлялась обязанность приобретать пиво у определенных поставщиков. Ярким примером может служить история развития компании «Маккормик» в США, которая организовала сеть независимых сбытовых агентов, которые на основании специальных соглашений продавали товары фирмы на определенной территории. На агентов компании возлагалась обязанность предоставлять покупателям полную информацию о товаре, особенностях его эксплуатации, осуществлять техническое обслуживание и ремонт купленных товаров. Подобного рода конструкции заложили основы договора франчайзинга, которые используются по сей день: автомобилестроительные фирмы США заключали соглашения с дилерами, на основании которых последним предоставлялось право торговать на определенной территории, осуществляя при этом обслуживание и ремонт. Производители автомобилей в

¹ См.: Бородина Ж.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии (франчайзинга): дис. канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 36.

свою очередь поставляли новые автомобили и запчасти к ним, а также обучали дилеров¹.

Некоторые исследователи, например Р.И. Зименкова и В.Б. Кудряшов², связывают начало развития франчайзинга в мировой практике с серединой 20 века. Е.А. Суханов справедливо отмечает, что франчайзинг развился в прошлом веке в США³.

В основном, все ученые-цивилисты сходятся во мнении, что франчайзинг зародился и стал развиваться в период со второй половины девятнадцатого века, до начала двадцатого. Так, С.А. Сосна и Е.С. Васильева говорят о том, что первой «чистый» франчайзинг в 1863 г. начала практиковать фирма изобретателя знаменитых швейных машинок Й. Зингера⁴. Итак, зарождение системы отношений под названием «франчайзинг» в современном его понимании принято считать началом продажи и обслуживания швейных машин Зингера.

Как указывается в научной литературе, основатель всемирно известной компании «Singer Sewing machine company» Исаак Зингер стал родоначальником современного франчайзинга⁵. Действительно, исторические источники позволяют нам сделать вывод, что, начиная с 1851 года, фирма Зингера заключала с дистрибьюторами товара письменный договор на передачу франшизы, договором передавалось право на продажу и ремонт швейных машинок на определенной территории Соединенных Штатов Америки. Современный франчайзинг испытал подъем в 1898 г., когда компания «Дженерал моторс» начала применять франчайзинговое дилерство. А в 1920-х годах в США начал развиваться стандартный товарный франчайзинг⁶. По принципу франчайзинга начали строить свои

¹ См.: Касымов Р.Ш. Вопросы договорной координации экономической деятельности третьим лицом в договоре коммерческой концессии // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 25.

² См.: Зименков Р.И., Кудряшова В.Б. Франчайзинг в международной практике // Вестник Академии. 2009. № 1. С. 36.

³ См.: Гражданское право: учебник в 4 т. Т.4 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 32.

⁴ См.: Сосна С.А. [и др.] Франчайзинг: коммерческая концессия. М: Академкнига, 2005. С.16.

⁵ См.: Ющенко Н. А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : на правах рукописи. Казань, 2009. С. 6.

⁶ См.: Ющенко Н. А. Указ. соч. С. 6.

взаимоотношения с владельцами розничных магазинов крупные оптовые поставщики. Оптовый продавец (или франчайзер) давал возможность небольшим розничным торгующим организациям использовать марку торговой фирмы и при этом сохранять свою независимость¹.

Обобщая различные мнения, можно утверждать, что франчайзинг в современном виде, наиболее активно развивался на крупнейших предприятиях США. Организация первой в мире полноценной франчайзинговой системы заслуга фирмы Исаака Зингера². Как уже указывалось ранее, в 1863 году она имела массовое серийное производство швейных машин позволяющее поддерживать самые конкурентные цены³. Первые компании - пользователи договора франшизы, платили гонорар правообладателю, то есть фирме Зингера за каждую проданную швейную машину, этот вид вознаграждения по договору коммерческой концессии используется и в настоящее время. Так же нельзя не упомянуть «Дженерал Моторс», корпорацию, которая в 1898 стала привлекать независимых дилеров для продажи своей продукции на определенной территории.

В период с 1950 г по начало 90-х гг. в США произошел настоящий рывок в развитии франчайзинга. По оценкам Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, в 1990 г. франчайзинг составлял примерно треть объема розничной торговли в США⁴. В США бурному развитию франчайзинга способствовал принятый в 1946 г. Закон о товарных знаках⁵. Благодаря ему предприниматели могли получать дополнительную прибыль за предоставление права использования своего товарного знака другим предпринимателям.

В 1955 году Рэй Крок основал компанию McDonald's System, Inc. По

¹ См.: Тер-Овакимян А.А. Международный договор франчайзинга и договор коммерческой концессии // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1249.

² См.: Манохова С.В. Договор коммерческой концессии: правовые вопросы // Торговля: бухгалтерский учет и налогообложение. 2013. № 10. С. 4.

³ См.: Багдасарян А.Ф. Гражданско-правовые проблемы заключения договора коммерческой концессии (франчайзинга): автореф. дис....канд. юрид. наук.: на правах рукописи. М., 2008. С. 5.

⁴ См.: Богданов А.В. Гражданско-правовое регулирование договора коммерческой концессии в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С.4.

⁵ См.: Зименков Р.И., Кудряшова, В.Б. Франчайзинг в международной практике // Вестник Академии. 2009. № 1. С. 37.

своей сути эта компания является родоначальником франчайзинга в его современном виде, когда вместе с франшизой передается целая система ведения бизнеса, то есть так называемого франчайзинга бизнес формата. Для сравнения, первый договор коммерческой концессии в РФ был зарегистрирован в 1996 году.¹

В современном законодательстве США правовое регулирование франчайзинга осуществляется федеральными и региональными актами по отдельным штатам. Основным принцип, заложенный в федеральные акты, предполагает раскрытие информации о франшизах, тем самым защищая права франчайзи в случае мошеннических махинаций франчайзеров и позволяя сделать выбор в пользу той или иной франшизы и избежать судебных разбирательств.

Весь плюрализм норм права различных государств, не говоря о мнениях ученых и сложившихся методов ведения бизнеса, посредством франчайзинга, обусловлен неоднородностью развития данного института. В некоторых случаях происходили заимствования норм, при этом не доскональное изучение их значения приводило к искажению сущности перенимаемых положений.

В некоторых странах, например, Италии, Испании, Бразилии, Австралии имеется специальное законодательство о франчайзинге. Договор франчайзинга подлежит также специальному правовому регулированию в законодательстве некоторых государств-участников СНГ, в частности, в Республике Казахстан и Беларуси.

Франчайзинг имеет три основных направления развития, по названию франшиз эти направления подразделяются на: франшизу на продажу готового товара, франшизу на производство товара и франшизу на определенный вид деятельности². Основой классификации служит характер производственно-технологических и юридических отношений.

Согласно Решению Европейского Суда №161 от 28.01.1986 года

¹ См.: Болохов Д.В. Договор коммерческой концессии как правовой способ инвестирования при использовании чужих исключительных прав // Вопросы современной юриспруденции. 2013. № 31. С. 43.

² См.: Устюжанин А.А. Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга: автореф. дис. ... канд. экон. наук. М., 2010. С.11.

выделяют 3 разновидности - сбытовой, производственный и сервисный франчайзинг¹.

Товарный франчайзинг или франшиза на продажу готового товара, подразумевает передачу пользователю права на реализацию товаров, выпускаемых правообладателем под его товарным знаком. Данный вид франчайзинга использует «Кодак».

Производственный франчайзинг или франшиза на производство товара. В этом случае пользователь получает запатентованную технологию производства какой-либо продукции. «Кока-кола» один из ведущих представителей данного направления.

Сервисный франчайзинг или франшиза на определенный вид деятельности - способ ведения предпринимательской деятельности, который включает в себя передачу пользователю право открыть на определенной территории собственное предприятие, оказывающее услуги под торговым знаком или знаком обслуживания правообладателя и того же профиля. При этом пользователь обязан вести свой бизнес в соответствии с политикой диктуемой правообладателем. Данный вид франчайзинга нам хорошо знаком по ресторанам быстрого питания, например «Макдональдс» или «Баскин Роббинс».

Следует признать, что некоторые страны выделяют свои виды франчайзинга. В Италии, например, существуют две разновидности франчайзинга, которые различаются прямым участием правообладателя в капиталовложениях пользователя, и отсутствием такого участия. По способу организации в Италии выделяется и «локальный» франчайзинг, который предполагает размещение части структур правообладателя непосредственно в производственных помещениях пользователя².

Таким образом, франчайзинговые отношения имеют большую вариативность в мировой правовой системе в сфере правового регулирования

¹ См.: Ющенко Н.А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2009. С.3.

² См.: Устюжанин А.А. Указ. соч. С.16.

на уровне договора коммерческой концессии или франчайзинга. Во многом, как представляется, именно по данным причинам, создаются различные ассоциации франчайзинга по всему миру, такие как МАФ Международная Ассоциация Франчайзинга (IFA, International Franchise Association), РАФ Российская Ассоциация Франчайзинга, другие организации (Международная Академия Франчайзинга, Британская Ассоциация Франчайзинга), которые выдвигают свои предложения по унификации различных аспектов франчайзинга, для ускорения и упрощения предпринимательских отношений на базе этого договора. Так же эти организации планируют и организуют специальные выставки и конференции по проблемным вопросам, дают объяснения тех или иных положений данного договора для потенциальных франчайзеров (правообладателей) и франчайзи (пользователей).

Действительно, что касается непосредственно правового регулирования франчайзинговых отношений, то на сегодняшний день оно достаточно разнообразно в законодательстве отдельных государств.

Если говорить об источниках, содержащих нормы права о франчайзинге, то необходимо еще раз особо подчеркнуть, что в некоторых странах, как указывают отдельные авторы, например, в США, Румынии, Казахстане, Республике Молдова, приняты специальные законы относительно этого вида деятельности¹. В других странах, таких как Россия или Франция, нормы о франчайзинге закреплены в других законодательных актах, в частности, в Гражданских кодексах, законодательстве о предпринимательской деятельности и других².

Л.Т. Ибадов приводит мнение экспертов «Всемирной организации интеллектуальной собственности», в соответствии с которым франчайзинговые отношения достаточно полно регулируются договорным

¹ См.: Симаева Н.П. Франчайзинг как форма развития предпринимательской деятельности в России: финансово-экономические и правовые аспекты // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 9: Исследования молодых ученых. 2010. № 8-2. С. 103.

² См.: Опыт франчайзинга в странах Центральной и Юго-Восточной Европы [Электронный ресурс]. Режим доступа <http://franchising.kiev.ua/analytics/434.html>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

правом и не требуют особого специального законодательства¹. Полагаем, что такой подход характеризуется ограниченностью его применения и не соответствует логики и объективному развитию франчайзинговых моделей на современном этапе в Российской Федерации. Полагаем, что вопрос о специальном регулировании франчайзинга является весьма дискуссионным, но, бесспорно то, что договор франфайзинга и (или) коммерческой концессии нуждаются в более детальном регулировании на законодательном уровне в нашей стране.

В российском дореволюционном праве, как и в праве социалистическом, договор франфайзинга и (или) коммерческой концессии, по объективным причинам, не мог быть, и не был представлен как институт гражданского права в рамках подотрасли обязательственного права.

Для нашей страны первые шаги к зарождению франчайзинга были сделаны в период СССР с 1972 г. По договору с корпорацией «Пепсико» ряд советских предприятий производили напитки «Пепси-Кола» и «Фанта» из сиропов корпорации в соответствии со стандартами и под ее торговой маркой.

Начало истории коммерческой концессии в России можно отнести к началу и середине 90-х годов прошлого века. Первые схемы взаимодействия контрагентов строились с использованием арендных отношений и включением в договоры передачи арендаторам прав на использование товарного знака, принадлежащего компании. Подобный способ осуществления предпринимательской деятельности достаточно часто и активно использовали нефтяные компании. Возможно, именно популярностью и эффективностью франчайзинга было продиктовано стремление законодателя урегулировать соответствующие общественные отношения².

Законодатель приступил к разработке положений главы 54 ГК РФ в начале 90-х годов прошлого века, на тот период практики использования

¹ См.: Ибадова Л.Т. Финансирование и кредитование малого бизнеса в России: правовые аспекты. Монография. М.: Волтерс Клувер, 2006. С. 4.

² См.: Марченко М.Ю. Договор коммерческой концессии: понятие и правовые основы // Вестник магистратуры. 2014. № 4-3 (31). С. 67.

договора коммерческой концессии в России не было¹. Рыночная экономика России, после распада СССР, достаточно активно развивалась и, стало ясно, что ряд положений ГК РФ касающихся договора коммерческой концессии, препятствует становлению и полноценному развитию отношений, возникающих из этого договора.

Как указывается в научно-исследовательской литературе, одной из первых компаний в России, которая стала использовать возможности данного института на мелкооптовом и розничном рынке реализации топлива, было ОАО «Лукойл». Предпосылкой возникновения франчайзинга в нефтяном комплексе послужил кризис перепроизводства на мировом рынке нефти в 1997 г., в результате которого цена на нефть упала до \$ 9 - 10 за баррель. Розничный рынок характеризовался ростом потребления и был далек от насыщения. Обострение конкуренции между компаниями привело к использованию механизмов франчайзинга на розничном рынке реализации нефтепродуктов².

Итак, в современном торговом обороте франчайзинг получил весьма широкое распространение. В соответствии с проведенной классификацией Р.Ш. Касимова, следует выделить несколько видов построения договорных отношений в рамках франчайзинга: товарный, производственный, сервисный и деловой. В рамках товарного франчайзинга товаропроизводитель предоставляет пользователю право на продажу и сервисное обслуживание товаров, выпускаемых под товарным знаком франчайзера. При деловом франчайзинге большее значение имеют условия, на которых пользователь предоставляет услуги рекламы, обучения, разного рода консультаций, поэтому основным передаваемым правом будет в этом случае право на использование товарного знака³.

¹ См.: Грицаева Н.Б. Сущность и перспективы развития договора коммерческой концессии // Сборник: Образовательная среда сегодня и завтра Материалы VIII Международной научно-практической конференции: сборник научных трудов. Ответственный редактор Г.Г. Бубнов. 2013. С. 80.

² См.: Шарифов В.С. Франчайзинг в механизме развития российского нефтяного рынка. М., 1998. С. 29.

³ См.: Касимов Р.Ш. Вопросы договорной координации экономической деятельности третьим лицом в договоре коммерческой концессии // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 27.

В условиях развития современного гражданского законодательства возрастают роль и значение договорного регулирования в гражданском обороте, что обуславливает необходимость повсеместного изучения гражданско-правовых договорных конструкций¹. В этих целях ГК РФ предусматривает, наряду с договором коммерческой концессии, специальные договорные конструкции: договор об отчуждении исключительного права, дистрибьюторский договор и лицензионный договор.

Итак, в современной российской практике широкое распространение получили 3 модели выстраивания отношений - дистрибьюция (дистрибуция), лицензирование и франчайзинг. Эти модели имеют существенное различие, но, к сожалению, нередко предприниматели не принимают их во внимание на этапе принятия стратегических решений. Сложность заключается и в том, что термины «дистрибьюция» и «франчайзинг» не закреплены российским законодательством. Предприниматели часто стоят перед выбором, какой договор выбрать для формирования правоотношений с партнерами².

Анализ зарубежного законодательства, рекомендательных актов неправительственных организаций (Международной торговой палаты³, российской правоприменительной практики позволяет определить дистрибьюторский договор как соглашение, по которому одна сторона (дистрибьютор) принимает на себя обязанности по распространению и продвижению определенного товара от своего имени и за свой счет на определенной территории и (или) определенному кругу покупателей, а также оказанию иных сопутствующих услуг, а другая сторона (поставщик) обязуется не поставлять указанный товар для реализации самостоятельно или посредством третьих лиц (эксклюзивная дистрибьюция) и (либо) создавать

¹ См.: Егорова М.А. Аннулирование договора в российском законодательстве // Журнал российского права. 2010. № 1 (157). С. 63 - 74.

² См.: Рыкова И.В. Дистрибьюция, лицензирование, франчайзинг: некоторые вопросы современной практики // Торговое право. 2012. № 11. С. 81.

³ Типовой дистрибьюторский контракт // Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация N 518: на рус. и англ. яз. = The ICC Model Distributorship Contract. Sole Importer-Distributor / Н.Г. Вилкова; под ред. Н.Г. Вилковой, пер. В.Д. Медвинской М.: Консалтбанкпир, 1996; Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация N 646E: на рус. и англ. яз. = The ICC Model Distributorship Contract. Sole Importer-Distributor / Н.Г. Вилкова; под ред. Н.Г. Вилковой. 2-е изд. М.: Консалтбанкпир, 2005.

привилегированное положение дистрибьютора по сравнению с иными покупателями.

Сравнивая договор коммерческой концессии, по которому согласно ст. 1027 ГК РФ правообладатель обязуется предоставить пользователю за вознаграждение право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, следует отметить «несомненное сходство в части предоставления комплекса исключительных прав на определенной территории»¹. Однако, по мнению А.М. Партина, отсутствует факт передачи комплекса исключительных прав по дистрибьюторскому соглашению².

Действительно, передача комплекса исключительных прав - это только одна из сторон, регулируемая дистрибьюторским договором, и объем передаваемых поставщиком дистрибьютору прав (как указывалось ранее) значительно шире. Это не означает невозможность регламентировать согласование использования товарных знаков и иных объектов интеллектуальной собственности. Однако данный аспект дистрибьюторского договора имеет вторичное значение и служит выполнению основной цели договора - продвижению и реализации товара. Так, Федеральный арбитражный суд Московского округа отклонил довод, что дистрибьюторский договор по своей правовой природе фактически является договором коммерческой концессии и отношения сторон должны регулироваться главой 54 ГК РФ, поскольку не отвечает признакам договора коммерческой концессии, закрепленным в ст. 1027 ГК РФ³.

Помимо прочего недопустимость квалификации дистрибьюторского соглашения в качестве договора коммерческой концессии обосновывается правовыми последствиями (признание договора недействительным) при отсутствии соответствующей регистрации.

¹ Дашян М.С. Дистрибьюторский договор в международном коммерческом обороте // Право и политика. 2004. N 10.

² Партин А.М. Правовая природа дистрибьюторских соглашений: Автореф. дис. ... к.ю.н. М., 2010. С. 11.

³ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.10.1999 по делу N КГ-А40/3152-99 // СПС "КонсультантПлюс".

Существенным недостатком квалификации дистрибьюторского соглашения в качестве смешанного договора является то, что в этом случае стороны дистрибьюторского соглашения должны согласовать все существенные условия того вида договора, регулирование которого применяется к их правоотношениям. В этом случае существует риск того, что договор может быть признан незаключенным и поставки товаров будут считаться разовыми сделками по купле-продаже товаров¹.

При этом отличительным признаком дистрибьюторского договора являются не отдельные обязанности сторон, а общая цель совокупности правовых отношений, регулируемых дистрибьюторским договором, - распространение и продвижение товара, являющегося предметом соглашения, на определенных (территориальных, товарных) рынках.

Другой особенностью дистрибьюторского договора является возможность включения ограничительных условий, касающихся товаров, географических границ, объемов приобретения товара или потребителей².

Лицензионный договор - соглашение, по которому обладатель исключительного права на объект интеллектуальной собственности (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования этого объекта в предусмотренных договором пределах. Лицензионный договор (ст. 1235 ГК РФ) в отличие от договора об отчуждении исключительных прав предполагает временный и ограниченный переход правомочия использования объекта интеллектуальной собственности, входящего в содержание исключительного права.

Предметом лицензионного договора в отличие от дистрибьюторского является передача обладателем исключительного права на результат интеллектуальной деятельности, например, промышленного образца или на средство индивидуализации (например, товарный знак), то есть лицензиаром,

¹ См.: Андреева С.А. Квалификация дистрибьюторского договора по российскому праву и отграничение от смежных договорных конструкций // Конкурентное право. 2013. N 3. С. 18 - 29.

² См.: Андреева С.А. Указ. соч. С. 19.

права на использование такого результата или средства индивидуализации другому лицу - лицензиату.

Следует согласиться с обоснованным утверждением Е.В. Гелашвили, что «в отличие от лицензионного договора по договору коммерческой концессии правообладатель должен передать не одно право, а комплекс прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации»¹. Именно в такой варианте (модели) понимается коммерческая концессия в соответствии с действующим ГК РФ. Каждое право имеет самостоятельное значение и самостоятельное регулирование, поэтому договор является достаточно сложным. Это также требует от правообладателя не только передачи пользователю документации, подтверждающей наличие этих прав, но и оказания поддержки, необходимой и достаточной, чтобы пользователь мог эти права правильно использовать в своей деятельности. Договор так же, как и лицензионный договор, сопровождает поставки товаров, требует государственной регистрации и может иметь исключительный характер, а также предусматривать заключение субконцессионных договоров².

В сравнении с лицензионным договором договор коммерческой концессии обеспечивает не только сопровождение продаж товаров, но и включает в себя передачу знаний, опыта, методик и др., обеспечивающих проведение продаж определенным способом, по определенным правилам или технологии.

В отличие от лицензионного договора, договор коммерческой концессии является только возмездным, то есть вознаграждение правообладателю является обязательным. В соответствии с законом для пользователя могут быть применены ограничительные условия, связанные с отказом от конкуренции с правообладателем, отказом от получения аналогичных прав у других правообладателей, а также дополнительные ограничения по ценам, по товарам, по территории и расположению помещений. Таким образом, правообладатель в том случае интересен пользователю, если вознаграждение и

¹ Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук. Ставрополь, 2007. С. 84.

² См.: Рыкова И.В. Указ соч. С. 85.

предусмотренные ограничения пользователя адекватны тем преимуществам, которые предлагает пользователю правообладатель.

Как справедливо отмечается в литературе, договор коммерческой концессии более приемлем в розничной торговле (если мы воспринимаем его как франчайзинг), но в российской практике встречаются случаи его использования при оптовых продажах¹.

Отношения, возникающие на основе договора франчайзинга, с каждым годом становятся все разнообразнее, бизнес и сфера предпринимательства развиваются. На сегодняшний день они могут возникать при любой форме собственности франчайзера, о чем говорит опыт Британской государственной железнодорожной корпорации, которая по договору франчайзинга передает рельсы и станции «операторам», договор с ними действует на протяжении 7 лет, после чего проводится тендер на передачу этих прав этому же или другим «операторам»². Однако такого рода модели организации франчайзинговых сетей не могут быть внедрены в практику предпринимательской деятельности в нашей стране, ввиду ограниченности субъектного состава договора коммерческой концессии по российскому законодательству.

Согласно другому научному подходу и, исходя из анализа практической сферы применения франчайзинговых отношений, можно говорить о трех вариантах или моделях правового регулирования и, соответственно, особенностях применения франчайзинга в мире.

Первоначально необходимо остановиться на американской правовой модели, касающейся франчайзинга. А.Ф. Багдасарян называет эту модель моделью «совместного правового регулирования»³. Она исходит из того, что законодательство федерального уровня закрепляет минимальный объем прав по договору франчайзинга, а законодательство отдельных штатов расширяет его. На государственном уровне действуют два закона, это закон 1956 года об автомобильном дилерском франчайзинге, который регулирует отношения,

¹ См.: Рыкова И.В. Указ соч. С. 86.

² См.: Сосна С.А. [и др.] Указ. соч. С.20.

³ См.: Багдасарян А.Ф. Гражданско-правовые проблемы заключения договора коммерческой концессии (франчайзинга): автореф. дис канд. юрид. наук. М., 2008. С. 9.

между корпорациями, производящими автомобили, и дилерской сетью. Во-вторых, закон 1978 года, в который были внесены поправки в 1994 году о нефтесбытовой рыночной практике. Он гораздо объемнее первого закона и регулирует все отношения между нефтяными корпорациями и непосредственно компаниями, занимающимися розничной торговлей бензином.

Н.А. Ющенко, анализируя зарубежный опыт развития франчайзинга, приходит к выводу, что понятие франчайзинга в правовой системе США, содержится в Постановлении № 436 «Требования о раскрытии информации, запретах, касающихся франчайзинга, и благоприятных условиях франчайзинга» от 1978 г., принятого Федеральной торговой комиссией США¹. А.А. Устюжанин также обращаясь к анализу американской франчайзинговой модели, справедливо указывает на то, что франчайзинг это длительные коммерческие отношения, возникающие из соглашения в соответствии с которым:

1. Франчайзи продает другому лицу (но не франчайзеру) товары или оказывает услуги, которые идентифицированы торговой маркой, знаком обслуживания, фирменным наименованием, рекламой или иным коммерческим символом, определяющим фирму-франчайзера; или отвечают стандартам качества, прямо или косвенно предписанным франчайзером; или поставляются франчайзером; или поставляются третьим лицом (поставщиком), с которым франчайзи ведет дело и который прямо или косвенно рекомендован франчайзером и связан с ним.

2. Франчайзи при условии приобретения права на франшизную деятельность или на открытие деятельности в рамках франшизной системы обязан произвести оплату франчайзеру или его филиалу². Рассмотрение вышеуказанных подходов представляет интерес с точки зрения применения метода сравнительного правоведения и сопоставления западной (англо-

¹ См.: Ющенко Н.А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : на правах рукописи. Казань, 2009. С.7.

² См.: Устюжанин А.А. Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга: автореф. дис. ... канд. экон. наук : на правах рукописи. М., 2010. С.18.

американской) франчайзинговой системы с российской моделью франчайзинга и коммерческой концессии, урегулированной гражданским законодательством.

Можно сказать, что основной целью всего законодательства США по вопросам франчайзинга является разрешение двух главных спорных вопросов практики применения данных договоров, а именно передача информации от франчайзера франчайзи перед заключением договора, а так же основания и последствия расторжения франчайзером договора в одностороннем порядке¹. То есть по сравнению с российским законодательством, определение договора франчайзинга играет как бы вспомогательную роль, главенствуют же положения о преддоговорных отношениях по передаче информации и законные основания расторжения договора.

Так же к особенностям американского законодательства о договоре франчайзинга относят огромный удельный вес норм процессуального права.²

Схожие черты законодательства РФ и США прослеживаются в вопросах касающихся положений о «добросовестности» отношений, этот принцип закреплен в Единообразном торговом кодексе США³ и в ГК РФ, который проявляется в следующем: 1) устанавливаются минимальные сроки уведомления другой стороны о досрочном расторжении договора коммерческой концессии или франчайзинга; 2) устанавливается исчерпывающий перечень обстоятельств, в связи с которыми, стороны могут в одностороннем порядке расторгнуть договор; 3) ограничение требований касающихся сроков договора коммерческой концессии⁴. Некоторые вопросы реализации договора коммерческой концессии невозможно по объективным причинам предусмотреть в гражданско-правовом законодательстве. Именно

¹ См.: Скрыльников Д.К. Сравнительно-правовой анализ современного законодательного регулирования договора франчайзинга в России и зарубежных странах // Право и современные государства. 2013. № 1. С. 55.

² См.: Сосна С.А. [и др.] Указ. соч. С.32.

³ См.: Попов А.В. Принцип добросовестности как основополагающее начало договора коммерческой концессии // Образование и право. М., 2013. № 3 (43). С. 227.

⁴ См.: Скрыльников, Д.К. Сравнительно-правовой анализ современного законодательного регулирования договора франчайзинга в России и зарубежных странах // Право и современные государства. М., 2013. № 1. С. 58.

поэтому по отношению к договору коммерческой концессии принцип добросовестности имеет особое значение¹.

Согласно ст. 1 ГК РФ при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно. Никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения. Изложенная редакция ст. 1 ГК РФ завершает дискуссию относительно включения в законодательство РФ принципа добросовестности, но не разрешает проблемы установления содержания данного принципа.

Следует отметить, что на международном уровне впервые понятие добросовестности получило отражение в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., в ст. 7(1) предусматривается правило, что при толковании Конвенции необходимо «соблюдать добросовестность в международной торговле».

Более широкий подход был применен в США, где Единообразный торговый кодекс в ст. 1-203 установил что «на каждый контракт или обязательство налагается обязанность добросовестности при их исполнении и принудительном осуществлении» и для этих целей ст. 1-201 определяет добросовестность как «честность во всем, что касается поведения или сделки». Ст. 1.7 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА устанавливает, что «каждая из сторон должна действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой в международной торговле»; ст. 1.106 (1) Принципов европейского договорного права содержит правило, что при осуществлении прав и исполнении обязанностей каждая из сторон должна действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой. Согласно положению 1-1.103 Проекта Общей системы принципов, понятий и типовых правил Европейского частного права (DCFR) термин «добросовестность и честная деловая практика» относится к стандарту поведения, характеризуемого

¹ См.: Попов А.В. Указ. соч. С. 228.

честностью, открытостью и учетом интересов другой стороны в сделке или в иных рассматриваемых отношениях. В частности, противоречат добросовестности и честной деловой практике действия стороны, несовместимые с предшествующими заявлениями или поведением, когда другая сторона обоснованно положила на них, что повлекло причинение ей ущерба¹.

Единая модель честного поведения в гражданском обороте отражена в презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений (п. 5 ст. 10 ГК РФ), а также требовании о необходимости реализации указанного принципа на практике (п. 4 ст. 1 ГК РФ). Соблюдение указанной презумпции обеспечено потенциальной возможностью применения мер ответственности в виде отказа лицу в защите принадлежащего ему права полностью или частично.

Следует отметить, что законодательство США регулирует далеко не все вопросы, если не сказать что не регулирует даже основные из них, касающиеся применения различных франчайзинговых моделей. Вместе с тем, в США на франчайзинг оказывают влияние законы напрямую не регулирующие данные отношения. Американские ученые признают основой правовой структуры франчайзинга договор, причем даже в тех его положениях, которые регулируются и контролируются законом.

Вторым объектом рассмотрения для нас станет законодательство о франчайзинге действующее в рамках Европейского Союза (ЕС). На сегодняшний день в ЕС сложилась модель «совместного «наднационального» правового регулирования»². Принятая модель характеризуется взаимодействием норм внутригосударственного права и «наднационального» права. 30 ноября 1988 года Европейская Комиссия ЕЭС издала Регламент № 4087/88 регулирующий отношения, вытекающие из договора франчайзинга. До этого времени никакого отдельного законодательства по вопросам

¹ См.: Богданова Е.Е. Принцип добросовестности в договорных отношениях в Российском и зарубежном праве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7. С. 1363 – 1364.

² См.: Багдасарян, А.Ф. Указ. соч. С. 10.

франчайзинга не существовало. Решение суда ЕЭС по делу, затронувшему франчайзинговые отношения 1986 года, в котором было решено, что франчайзинг не ограничивает рыночную конкуренцию, послужило концептуальной основой будущего Регламента¹. Данный Регламент действовал до 1999 года. На сегодняшний день действует новый Регламент № 2790/1999, который не внес существенных изменений в Регламент №4087/88.

В Европе практически отсутствует внутреннее законодательство о договоре франчайзинга, лишь некоторые положения закреплены в различных нормативно правовых актах. Например, в Великобритании понятие «франчайзинг» определено в Законе «О финансовых услугах» от 1986 года. Под ним понимается такое соглашение сторон, при котором пользователь получает право на ведение бизнеса, от которого он получает доход, пользуясь предоставленными правами на интеллектуальную собственность (дизайн, торговая марка).

Единственным исключением из данного правила является Франция. В этой стране существует так называемый закон Дубена. Закон от 31 декабря 1989 г. № 89-1008 «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования». Франчайзинг, по данному Закону Франции, это предоставление одной стороной договора франчайзинга в распоряжение другой торговой марки или имени, с требованием от последней соблюдения в своей предпринимательской деятельности «отношений эксклюзивного или почти эксклюзивного характера»².

Следует признать оправданным высказанное в науке мнение, что альтернативой национальному правовому регулированию договора международного франчайзинга выступает его так называемое «негосударственное» регулирование, т.е. регулирование средствами *lex*

¹ См.: Сосна С.А. [и др.] Указ. соч. С.32.

² Устюжанин А.А. Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга: автореф. дис. ... канд. экон. наук : на правах рукописи. М., 2010. С.18.

mercatoria¹. Попытки определения договора международного франчайзинга и его регулирования предприняты международными организациями, в частности, Международным институтом по унификации частного права (далее - УНИДРУА), Всемирной организацией интеллектуальной собственности (далее - ВОИС), Международной торговой палатой (далее - МТП). Д.П. Стригунова, обращаясь к анализу международного правового регулирования франчайзинговой модели, справедливо указывает, что в настоящее время единообразному использованию франчайзинга в Европе способствует принятый в 1972 году Европейский Кодекс этики франчайзинга².

В нем закреплены основные положения о франчайзинге. Говоря о франчайзинге, они имеют в виду систему маркетинга различной продукции или услуг основанной между независимыми компаниями (как с юридической, так и с финансовой точки зрения). Отмечается, что особенностью является такой элемент франшизы, как ноу-хау, которое должно отвечать требованиям специфичности, испытанности и передаваемости, таких условия отечественная правовая система не предусматривает.

В 2002 году УНИДРУА был разработан Модельный закон о раскрытии информации, который охватывает преддоговорные отношения по раскрытию информации франчайзером и, к сожалению, не рассматривает собственно договорные отношения по франчайзингу. Указанный Закон может применяться как к внутреннему, так и к международному франчайзингу, к различным видам договора франчайзинга (единичный договор о франчайзинге, мастер-франчайзинг, соглашение о развитии) и к новым формам, которые могут появиться в будущем³.

МТП подготовила Типовой контракт о международном франчайзинге, который может применяться к договорам международного франчайзинга⁴.

¹ См.: Стригунова Д.П. Договор международного франчайзинга // Современное право. 2014. № 12. С. 137.

² См.: Устюжанин А.А. Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга: автореф. дис. ... канд. экон. наук : на правах рукописи. М., 2010. С. 17.

³ См.: Модельный закон УНИДРУА о раскрытии информации 2002 года // Багдасарян А.Ф. Договор коммерческой концессии (франчайзинг). Гражданско-правовые проблемы заключения договора. М., 2009.

⁴ См.: Типовой контракт международного франчайзинга МТП. Публикация N 557. Серия: «Издания Международной торговой палаты». На рус. и англ. яз. М., 2002.

Этот документ охватывает только две разновидности франчайзинга: товарный и сервисный, и не регулирует производственный франчайзинг.

Следует признать правоту отдельных авторов в отношении того, что в настоящее время международное регулирование франчайзинга представлено средствами его негосударственного регулирования, ни одно из которых не дает полной картины относительно правового регулирования указанного вида гражданско-правового договора на международном уровне. Указанные документы *lex mercatoria* являются как бы дополняющими друг друга. Тем не менее представляется, что в настоящее время уже назрела необходимость унифицированного международного правового регулирования договора международного франчайзинга и его унифицированного международного правового определения¹.

Традиционно зарубежные франчайзоры работают по одному из двух типов систем:

- прямой франчайзинг: франчайзор напрямую сотрудничает с местным франчайзи.
- мастер франшиза: франчайзор продает исключительное право компании предпринимателю на развитие своей торговой марки на определенной территории (часто в определенной стране).

Прямой франчайзинг обеспечивает тесную взаимосвязь между франчайзором и франчайзи, хотя в случае с международным франчайзингом вызывает сложности в виде недостатка поддержки на местном уровне и дополнительных затрат. Поэтому международный прямой франчайзинг доступен в основном крупным компаниям, использующим такую систему для исследования специфики местного рынка. Крупнейшим примером прямой франшизы в России является «Subway».

Проведенный В.В. Панюковой анализ практики применения в России франчайзинговых механизмов позволил прийти к выводу, что «мастер франшиза (владелец мастерской лицензии) применяется у нас гораздо шире,

¹ См.: Стригунова Д.П. Договор международного франчайзинга / Д.П. Стригунова // Современное право. 2014. № 12. С. 138 -139.

несмотря на то, что несет дополнительные риски франчайзору, вызванные потерей полного контроля над развитием его бизнеса в регионе. Примеры мастер-франшизы в России: «Grillmaster», «Сбарро», «Ruby Tuesday», «Кодак», «Crestcom», «ChemDry» и другие»¹.

Еще одним вопросом, подлежащим рассмотрению в сфере международного частного права, является коллизионное регулирование договора международного франчайзинга. Например, в Регламенте (ЕС) N 593/2008 Европейского Парламента и Совета от 17.06.2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I») предусмотрено правило о том, что в отсутствие соглашения сторон договор франчайзинга регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства правообладатель (подпункт «е» п. 1 ст. 4). Такая точка зрения предложена в научной литературе С.В. Климовой².

В ч. 3 ГК РФ в отношении договора коммерческой концессии (франчайзинга) в качестве основной используется другая привязка. Так, согласно п. 6 ст. 1211 ГК РФ в отношении договора коммерческой концессии применяется право страны, на территории которой пользователю разрешается использование комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, либо, если данное использование разрешается на территории одновременно нескольких стран, право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя.

Таким образом, законодатель отсылает к закону правообладателя только в том случае, когда использование комплекса исключительных прав осуществляется пользователем одновременно на территории нескольких стран. Однако, как справедливо отмечает в литературе Д.П. Стригунова, договор франчайзинга имеет более тесную связь с правом страны, в которой пользователю разрешено использование исключительных прав, в том числе в тех случаях, когда такое использование разрешено одновременно в

¹ См.: Панюкова В.В. Новое торговое пространство для франчайзинга // Торговое право. 2012. № 6. С. 76.

² См.: Климова С.В. Правовой режим франчайзинга в национальном и международном обороте: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 11.

нескольких странах (право одной из стран, где разрешено использование комплекса исключительных прав)¹.

Выводы.

1. История развития франчайзинга показывает, что данный институт возник в результате естественного развития и взаимопроникновения дистрибьюторских и лицензионных моделей. Вместе с тем, по мере усложнения внутрискруктурных франчайзинговых отношений, они приобретают форму правоотношения, для которых характерны признаки, отличающие их, в том числе и от дистрибьюторских и лицензионных обязательств, на основании которых они первоначально возникли.

2. Мировой опыт применения франчайзинга насчитывает более ста лет, Россия начала налаживать свою деятельность в данной сфере в 20 веке. Российская Федерация, формируя законодательство в интересах предпринимателей и потребителей, вступая в международные организации и становясь участником международных соглашений, привлекает к себе внимание зарубежных партнеров, увидевших большие коммерческие возможности для себя. Иностранные франчайзеры предлагают раскрученные бренды на российский потребительский рынок с целью расширения своего влияния и привлечения прибыли². Российские организации получают преимущества, используя такую систему отношений: это возможность участия в крупной торговой сети, быстрое развития своей деятельности за счет раскрученного товарного знака, отсутствие нужды в рекламе и более выгодное использование своего имущества.

3. Установлено, что возникает достаточное количество вопросов о соотношении договора коммерческой концессии и международного договора франчайзинга, о несоответствии названия главы 54 ГК РФ ее фактическому содержанию. Полагаем, что вопрос о специальном регулировании

¹ См.: Стригунова Д.П. Договор международного франчайзинга / Д.П. Стригунова // Современное право. 2014. № 12. С. 141.

² См.: Ющенко, Н. А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : на правах рукописи. Казань, 2009. С. 9.

франчайзинга является весьма дискуссионным и заслуживает специального рассмотрения, но, бесспорно то, что договоры франчайзинга и коммерческой концессии нуждаются в более детальном регулировании на законодательном уровне в нашей стране.

4. Следует признать, что институт франчайзинга не имеет законодательного регулирования не только в России, но и во многих странах мира, что предполагает необходимость определения юридической природы данного вида правоотношений. И, тем не менее, отсутствие регулирования данного договора не препятствует заключению его на территории Российской Федерации, что следует из п. 2 ст. 421 ГК РФ, согласно которому стороны могут заключить договор, как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

5. Полагаем, что проблемы применения законодательства при регулировании договоров франчайзинга и коммерческой концессии связаны в первую очередь, с наличием коллизионных норм, регулирующих отношения, вытекающие из данного договора.

6. Анализ развития франчайзинговых отношений и отношений коммерческой концессии в зарубежном и российском законодательствах при всем многообразии их реализации и различиях в доктринальном толковании выявляет сложную природу и достаточно противоречивую правоприменительную практику, данные обстоятельства с неизбежностью диктуют необходимость реформирования правового регулирования договора коммерческой концессии на уровне внутреннего российского законодательства.

1.3. Соотношение франчайзинга и договора коммерческой концессии: теоретические и практические проблемы

С каждым годом франчайзинговые отношения получает все более широкое распространение и все чаще используется российскими предпринимателями (участниками торгового оборота). Итак, аналогом российского договора коммерческой концессии, как системы организации хозяйственных связей, в зарубежном законодательстве выступает франчайзинг, который упрощенно можно охарактеризовать как способ коммерческой деятельности, при которой компания, владеющая правами на известную торговую марку и добившаяся успехов в данной сфере, предоставляет предпринимателю право на производство продукции, торговлю товарами или оказание услуг под ее торговой маркой на определенной территории на срок и на условиях, которые установлены договором.

Вопрос о терминологии, используемой законодателем, например, «договор коммерческой концессии», закрепленной в 1996 году в главе 54 ГК РФ и терминологии, активно закрепившейся в предпринимательской деятельности, такой как «франшиза», «франчайзинг» представляется базовым и актуальным для любых научных изысканий и исследований, касающихся договора коммерческой концессии. Различия в толковании терминов при осуществлении предпринимательского (торгового) оборота, особенно это касается международных торговых отношений, может повлечь негативные последствия в форме судебных разбирательств, потери статуса организации, экономических потерь, снижения эффективности развития бизнеса и других негативных последствий и финансовых издержек.

Термин «франчайзинг» появился в Проекте Федерального закона «О франчайзинге», разработанном в нашей стране. Учитывая то, что в Проекте используется термин «франчайзинг», а в п. 1 ст. 1027 ГК РФ – «коммерческая

концессия», определения которых не совпадают полностью, вопрос о соотношении указанных дефиниций является открытым.

На сегодняшний день, действительно, остро стоит проблема терминологии в сфере коммерческой концессии и франчайзинга. Причем проблема состоит и в выборе используемого понятия, и в его содержании¹. Представляется возможным особо сказать о том, что выработка единой терминологии в этой сфере, а так же разработка точных дефиниций, не только договора коммерческой концессии, но и самого понятия коммерческая концессия, а так же франчайзинг и договор франчайзинга будут способствовать выяснению сущности данных правовых конструкций, выявлению особенностей сфер применения каждого из данных договоров и их сущности. Легализованное гражданским законодательством понятие «договор коммерческой концессии» не соответствует сущности этого понятия и содержанию гл. 54 ГК РФ. Полагаем, что в данном случае имеет место подмена понятий. Российский законодатель на уровне ГК РФ создает некий аналог понятия «франчайзинг», «наиболее соответствующее по смыслу английскому «franchising»², тем самым, создав определенные проблемы при осуществлении международных предпринимательских отношений и сложностей в понимании сущности данного вида договора.

Анализ положений ГК РФ, в частности, гл. 54 позволяет сделать вывод, что по своей сути и юридической направленности нормы гражданского законодательства регулируют именно отношения франчайзинга, хотя само название главы - «Коммерческая концессия». Аналогичного мнения и другие отечественные ученые³. Необходимость осуществления пользователем предусмотренной договором коммерческой концессии деятельности по единым с правообладателем стандартам роднит договор коммерческой концессии с франчайзингом, философия которого основана на ведении

¹ См.: Попова Т.В. Правовые проблемы договора коммерческой концессии // Вестник Сибирского университета потребительской кооперации. 2013. № 1 (4). С. 130.

² См.: Брагинский М. И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 959.

³ См.: Райников, А. С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи. М., 2009. С. 7.

франчайзи бизнеса «под маской» франчайзера¹. Нивелирование различий между правообладателем и пользователем в рамках договора коммерческой концессии подтверждает мнение, согласно которому положения гл. 54 ГК РФ регулируют именно отношения франчайзинга и не распространяются на дистрибьюторские соглашения².

В экономическом смысле франчайзинг представляет собой форму продолжительного делового сотрудничества, в процессе которого крупная компания - франчайзер (правообладатель) предоставляет малоизвестной компании - франчайзи (пользователю) франшизу (лицензию) на производство продукции, торговлю товарами или предоставление услуг под торговой маркой правообладателя на ограниченной франшизной территории на срок и на условиях, определенных франчайзинговым договором³. Международный франчайзинг (International franchising) предполагает создание франчайзером франчайзинговой системы за рубежом⁴.

Д.П. Стригунова под договором международного франчайзинга понимает соглашение, по которому франчайзер предоставляет франчайзи, имеющему основное место деятельности в иностранном государстве, за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности франчайзи комплекс исключительных прав, включающих право на товарный знак, знак обслуживания, права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в том числе право на ноу-хау, а также оказывать услуги, связанные с введением франчайзи в сферу предпринимательской деятельности франчайзера и сопровождением деятельности франчайзи в процессе ее осуществления⁵.

Итак, в цивилистической науке существует спор о соотношении данных договоров. Если исходить из того, что договор франчайзинга и договор

¹ См.: Райников, А. С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи. М., 2009. С. 9.

² См.: Райников А.С. Указ. соч. С. 43.

³ См.: Устюжанин А.А. Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2010. С. 8.

⁴ См.: Омельченко Т.В. Франчайзинг в системе внешнеэкономической деятельности региона: Моногр. Ростов н/Д, 2011. С. 23.

⁵ См.: Стригунова Д.П. Договор международного франчайзинга // Современное право. 2014. № 12. С. 138.

коммерческой концессии являются разными договорами, то возникает вопрос, на основании какого законодательства будет регулироваться данный вид правоотношений, а если речь идет об одном и том же договоре, то, даже назвав договор франчайзингом, регулировать его необходимо по правилам главы 54 ГК РФ. Договор коммерческой концессии нередко в теории и практике также называют франчайзингом, отмечая, что «франчайзинг» считается одной из самых эффективных форм организации бизнеса в мире»¹, и «в практике рыночных отношений он все чаще применяется, как правовое средство повышения эффективности предпринимательской деятельности»².

Исходя из вышеизложенных, на первый взгляд, вполне логичным выглядит следующее положение, сформулированное в теории: «При сопоставлении понятий, соответствующих терминам «коммерческая концессия» и «франчайзинг», при рассмотрении конкретного смыслового содержания, вкладываемого в каждое из них, становится очевидным, что по договору коммерческой концессии предоставляются права, аналогичные тем правам, которые предоставляются по договору франчайзинга»³.

Об этом же свидетельствует тот факт, что понятие «коммерческая концессия» было использовано при подготовке ГК РФ как наиболее соответствующее по смыслу английскому «franchising»⁴.

Франчайзинг сходен с лицензионным договором, но отличен, прежде всего, тем, что выполняет функцию координации экономической деятельности в целях удовлетворения интересов всех субъектов координации.

Вместе с тем, более глубокий анализ правоотношений, возникающих из договоров коммерческой концессии и франчайзинга, показывает их тесную взаимосвязь, но, вместе с тем, это не тождественные договоры, имея

¹ См.: Песлив А.С. Коммерческая концессия и смежные договоры: сравнительный аспект // Бизнес Информ. 2013. № 6. С. 351 - 355.

² Болохов Д.В. Договор коммерческой концессии как правовой способ инвестирования при использовании чужих исключительных прав // Вопросы современной юриспруденции // Вопросы современной юриспруденции. 2013. № 31. С. 43 - 47.

³ См.: Забелин П.Е. Соотношение договора коммерческой концессии с договором франчайзинга // Юристъ - Правоведъ. 2011. № 4. С. 100 - 105.

⁴ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2002. С. 959.

однотипную направленность, сущность и содержание данных договоров различно.

Поскольку предоставление прав, аналогичных договору коммерческой концессии, по договору в зарубежном праве именуется франчайзингом, то возникает вопрос о соотношении двух договоров. Первично можно выдвинуть в качестве гипотетических три варианта решения вопроса по поводу соотношения анализируемых договоров: 1) договоры франчайзинга и коммерческой концессии следует трактовать как различные договорные конструкции; 2) по своей юридической составляющей и правовой природе – это один и тот же договор, однако получивший различное наименование в зарубежной торговой практике, коммерческом обороте и российском законодательстве, 3) франчайзинговая модель имеет более общую форму существования, а договор коммерческой концессии рассматривается в качестве отдельного вида или же договор франчайзинга следует определить в качестве отдельной части договора коммерческой концессии.

Справедливо указывается, что первоначально возник договор коммерческой концессии, от которого отпочковался торгово-распределительный франчайзинг. Дальнейшее развитие франчайзинга привело к становлению комплекса договорных отношений, охватывающего как сферу торговли, так и сферу производства товара¹. Он позволял субъекту предпринимательской деятельности продавать товар, производимый правообладателем, используя его средства индивидуализации, и выходить на рынок с товаром собственного производства, опять-таки, используя при этом чужие средства индивидуализации. При этом под товаром понимаются не только вещи, но и работы, услуги, а также иные объекты гражданского права, обладающие товарными качествами. Это - современный франчайзинг; анализ правового регулирования, содержащегося в главе 54 ГК РФ, позволяет сделать вывод о том, что именно его имел в виду российский законодатель. На это, в частности, указывает замечание о том, что пользователь использует

¹ См.: Васильева Е.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии по российскому праву: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2005. С. 48.

предоставленный ему правообладателем комплекс исключительных прав в своей предпринимательской деятельности.

Предпринимательская деятельность может включать в себя в этом смысле только использование комплекса исключительных прав при продаже (соответственно - при предложении к продаже, хранении с целью продажи) приобретаемого у другого лица товара, а также наряду с вышеперечисленным и при производстве товара¹.

Анализируя данные определения можно сделать вывод о том, что и коммерческой концессии и франчайзингу присущи ряд признаков, на основе которых можно сформулировать определение, содержащее общие черты.

В обоих случаях, будь то коммерческая концессия или франчайзинг - это предпринимательская деятельность, которая основана на определенных взаимовыгодных условиях, заключающихся в предоставлении одной из сторон этих отношений, зачастую организацией с определенным рыночным положением, статусом, репутацией, то есть более крупной компанией, другой стороне, как правило, более мелкой организации или индивидуальному предпринимателю, за установленную плату, своих средств индивидуализации, технологии ведения бизнеса, любой другой информации необходимой для успешного функционирования.

Но, тем не менее, полагаем вполне оправданно и объяснимо, что в законодательстве отдельных стран понятия «франчайзинг» и «коммерческая концессия» не равнозначны. Если в Российской Федерации часто считается, что коммерческая концессия - это эквивалент франчайзингу, то, например, в Швейцарии, Бельгии и Португалии под договором коммерческой концессии понимается соглашение, при котором одна сторона закупает у другой стороны товары, изготовленные или приобретенные последней с целью их перепродажи в пределах определенной территории. И если при данном соглашении будет передано право на использование фирменного наименования производителя, то считается, что речь идет о франчайзинге с

¹ Васильева Е.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии по российскому праву : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. М., 2005. С. 76.

целью сбыта или сбытовым франчайзинге. Данный пример позволяет утверждать, что в законодательстве некоторых государств термин «коммерческая концессия» может быть по своему смыслу уже, чем «франчайзинг».

Считаем необходимым в первую очередь выяснить вопрос, на каких основаниях и по каким критериям многие ученые-цивилисты считают, и с этим следует в полной мере согласиться, что договор коммерческой концессии отличается от договора франчайзинга. Например, П.Е. Забелин справедливо указывает, что договор коммерческой концессии, имеющий место в ГК РФ, аналогию с которым в ряде случаев проводят многие исследователи, франчайзингом не является, хотя несет в себе некие его элементы. И что коммерческая концессия выступает аналогом одной из разновидностей франчайзинга¹. Так же отдельные авторы утверждают, что в юридическом смысле, договор франчайзинга и договор коммерческой концессии – два совершенно разных договора, хотя в экономическом отношении они имеют общую цель². В пользу данной позиции высказывались так же Васильева Е.Н. и Н.К. Змиренкова³. Следует согласиться с Е.В. Гелашвили, которая указывает на то, что договор франчайзинга отличается от договора коммерческой концессии гораздо более широким комплексом передаваемых по договору прав⁴.

Вывод о том, что российский законодатель, говоря о коммерческой концессии, имеет в виду франчайзинг, прямо указывает на замечание о том, что пользователь использует предоставленный ему правообладателем комплекс исключительных прав в своей предпринимательской деятельности⁵.

¹ См.: Забелин П.Е. Соотношение договора коммерческой концессии с договором франчайзинга // Юристы-Правоведь. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. 2011. № 4. С. 103.

² См.: Васильева Е.Н. Организационно-правовой механизм регистрации договора коммерческой концессии и договора франчайзинга [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://www.fpsr.ru/meh_reg_dog.html. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

³ См.: Змиренкова, Н.К. Законодательное регулирование договора коммерческой концессии // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия «Право». 2011. №1(9). С. 67.

⁴ См.: Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: автореф. дис....канд. юрид. наук. Краснодар, 2007. С.11.

⁵ См.: Тер-Овакимян А.А. Международный договор франчайзинга и договор коммерческой концессии // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. 1252.

Предпринимательская деятельность может включать в себя в данном понимании только использование комплекса исключительных прав при продаже приобретаемого у другого лица товара, а также при производстве товара. Суть отношений коммерческой концессии сводится к предоставлению правообладателем пользователю эксклюзивных прав¹ на продажу товаров, которые он производит сам.

Действительно франчайзинг предполагает более высокий уровень взаимодействия между обладателем прав и предпринимателем, получающим право на использование исключительных прав, в том числе императивно установленную поддержку (оказание пользователю постоянного технического и консультативного содействия) и контроль за действиями последнего. Существующая законодательно установленная система взаимоотношений между сторонами договора подразумевает принципиально диспозитивный характер взаимодействия сторон. Следовательно, в данном случае справедливо использование термина «коммерческая концессия». Именно по этому пути пошел законодатель. Что касается предшествующих нормативных актов, то отождествление в них этих явно различных по своей природе договорных конструкций следует отнести к разряду юрико-технических ошибок². Данная точка зрения представляется вполне оправданной и заслуживает поддержки.

В гражданском законодательстве отдельных государств СНГ, например, Украины и Республики Таджикистан также отношения, возникающие в сфере франчайзинга, именуются коммерческой концессией.

Как уже указывалось, понятие «коммерческая концессия» используется в разных странах, например во Франции, Бельгии, Швейцарии. Однако его предметом являются лишь права на реализацию товара на установленной договором территории³. То есть этот договор существенно отличается от

¹ См.: Сосна С.А. Указ. соч. С. 227.

² См.: Лаптев Г.А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности // Юрист. 2014. № 11. С. 32.

³ См.: Нагаев С.В. Соотношение понятий «франчайзинг» и «коммерческая концессия» // Бизнес в законе. 2011. № 5. С. 128.

рассмотренного нами договора коммерческой концессии в российском законодательстве. По такому договору предусматривается поставка товаров, при которой покупатель приобретает их в собственность для перепродажи на рынке или для оказания услуг¹.

Полагаем, и на это указано в литературе, это связано с историческим развитием данных видов договоров. Первоначально возник договор коммерческой концессии, позднее из него выделился торгово-распределительный франчайзинг². Действительно, по мере развития предпринимательских и торговых отношений, стороны договора коммерческой концессии, стали соответственно передавать и получать права на средство индивидуализации товаров и услуг, когда же это вошло в обязанности правообладателя, как стороны договора коммерческой концессии, возник новый самостоятельный договор - договор франчайзинга.

Итак, полагаем необходимым остановиться на ключевых различиях, обозначенных в научной литературе, между договорами франчайзинга и коммерческой концессии.

Во - первых, по договору коммерческой концессии предоставляется меньший объем исключительных прав, чем при франчайзинге.

Во - вторых, по договору франчайзинга, франчайзер не только предоставляет франчайзи свою промышленную и интеллектуальную собственность, но и также оказывает ему постоянную организационную, техническую помощь и поддержку в организации бизнеса, т.е. отношение сторон по данному договору построено на льготной, привилегированной основе, которая в договоре коммерческой концессии отсутствует³.

По мнению Н.А. Табарова, по договору коммерческой концессии в обязанности правообладателя входит не только предоставление комплекса исключительных прав, но и другие компоненты содействующие целям

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств/под ред. Е.А. Васильева. М., 1993. С.385.

² См.: Забелин П.Е. Указ. соч. С. 104.

³ См.: Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2008. С.11; Орлова О.А. Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству: Дис канд. юрид. наук: 12.00.03. Саратов, 2003. С. 29.

договора коммерческой концессии, к которым можно отнести передачу пользователю технической и коммерческой документации, предоставление иной информации, а также инструктирование пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав. Законодатель не запрещает правообладателю оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников (абз. 2 ч. 2 ст. 962 ГК Республики Таджикистан)¹.

В - третьих, как справедливо указывается в литературе, договор коммерческой концессии может совершаться только в сфере распространения товаров изготовителя, в то время как договор франчайзинга может совершаться и в сфере распространения товаров и в сфере их производства².

В.Н. Евдокимова отмечает об отсутствии однозначного ответа на вопрос о самостоятельном значении сравниваемых договорных форм в правовой теории. Она отмечает, ссылаясь на мнение большинства ученых-цивилистов, общую направленности и «близости этих видов договоров». Основанием для такой точки зрения является единство сферы применения данных договоров - «распространение товаров и услуг с целью доведения до конечного потребителя»³.

Следует признать, что в мировой практике отсутствует единое понятие договора франчайзинга и унифицированных правил, регулирующих его. Так, при анализе франчайзинга в Германии и Великобритании Д.П. Бондаренко приходит к выводу, что отсутствует отдельное, специальное законодательство о франчайзинге как на федеральном уровне, так и на уровне федеральных земель, несмотря на наличие большого числа мелких франчайзи⁴. Считается, что Франция - единственная развитая европейская страна, в которой принят закон, непосредственно регулирующий франчайзинг. В этой стране действует

¹ См.: Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Дис канд. юрид. наук. Душанбе, 2015. С. 25.

² См.: Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: автореф. дис....канд. юрид. наук. Ставрополь, 2007. С. 11.

³ Евдокимова В.Н. Правовое регулирование передачи технологии в отношении объектов исключительной собственности: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С.121.

⁴ См.: Бондаренко Д.П. Правовое регулирование договора коммерческой концессии в российском праве: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. М., 2013. С. 12.

Закон «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования»¹. В Соединенных Штатах Америки в настоящее время на федеральном уровне действует два отраслевых закона о франчайзинге: Закон 1956 года об автомобильном дилерском франчайзинге и Закон 1978 года о нефтесбытовой рыночной практике, а также некоторые штаты принимают свои франчайзинговые законы.

В рамках Европейского союза 30 ноября 1988 года был принят Регламент 4087/88 о применении ст. 85 (п. 3) Римского договора к категории соглашений о франчайзинге. В настоящее время действует принятый Европейской комиссией 22 декабря 1999 года Регламент № 2790/1999. Данный Регламент содержит дополнительные условия о предоставлении или использовании прав интеллектуальной собственности.

Для определения сущности и правовой природы франчайзинга, его соотношения с коммерческой концессией, считаем полезным и необходимым проанализировать законодательство Европейского Союза, а именно, Принципы европейского договорного права: коммерческое агентирование, франшиза, дистрибуция. По справедливому мнению Б.И. Пугинского, данный акт является квазинормативным, источником, так называемого, «мягкого частного прав» Европейского союза². Согласно Принципам европейского договорного права франшизой является договор, в соответствии с которым одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (франчайзи) за вознаграждение право вести предпринимательскую деятельность (франшизный бизнес) в сети франчайзера и другие права интеллектуальной собственности, ноу-хау и метод ведения бизнеса.

Если сравнить приведенное определение договора коммерческой концессии, существующее в российском праве, с определением, данным в Принципах европейского договорного права: коммерческое агентирование,

¹ Закон «Франции «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования» № 89 - 1008 от 31.12.1989. // Journal officiel de la Republique Française, 02/01 1990.

² См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М.: Юрайт, 2000. С. 264.

франшиза, дистрибуция, то можно отметить, что последнее содержит условие о ведении бизнеса франчайзи в пределах сложившейся торговой сети франчайзера. Данная конструкция служит целям привлечения субъектов малого и среднего предпринимательства к обслуживанию известных торговых марок, что, как правило, влечет положительный эффект для обеих сторон договора. Построение договорных связей по вышеописанной схеме дает возможность распространить торговую марку на большем участке рынка, привлекая средства сторонних лиц, при этом осуществлять контроль над соблюдением переданных технологий и ноу-хау. Нельзя не отметить и положительные стороны указанного договора для франчайзи, которыми являются: доступ на рынки товаров, использование известного торгового имени, а также вознаграждение за продвижение интеллектуальных прав и технологий на новых территориях.

Если же говорить о российском праве и предпринимательской (коммерческой) практике, а, главное, об отсутствии правового регулирования договора франчайзинга, то данные виды договоров можно все же признать синонимами, исходя из законодательного регулирования российским законодательством лишь договора коммерческой концессии. Такие отечественные правоведы, как М.И. Брагинский и В.В. Витрянский¹, Е.А. Суханов², А.П. Сергеев³, Л.Н. Сенников⁴ полностью отождествляют договор коммерческой концессии с договором франчайзинга. Схожей позиции придерживается Н.А. Ющенко⁵, обосновывая свое мнение, она говорит о сложившейся стабильной практики применения данной терминологии, как в нашей стране, так и за рубежом.

Полагаем, что такой подход не вполне оправдан. Были установлены существенные отличия между данными договорами. Однако, отсутствие на

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 3. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М. : Статут, 2008. С. 583.

² См.: Гражданское право: учебник в 4 т. Т.4 / Под ред. Е.А. Суханова. М. : Волтерс Клувер, 2011. С. 510.

³ См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М. : Велби, 2010. С. 731.

⁴ См.: Сенников Л.Н. Проблемы правового регулирования отношений промышленной собственности: автореф. дис....канд. юрид. наук. М., 2008. С. 35.

⁵ См.: Ющенко Н.А. Указ. соч. С. 2.

законодательном уровне правового регулирования договора франчайзинга, и закрепление на уровне ГК РФ договор коммерческой концессии позволяет поставить знак равенства между рассматриваемыми договорами. Но, исходя из сущности данных договоров, их нельзя рассматривать как синонимы.

Так же ответом на вопрос о соотношении понятий договора коммерческой концессии и франчайзинга в Российской Федерации может служить постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 27.04.2011 г. по делу № А64-4427/2010¹ о признании незаключенным договора коммерческой концессии (франчайзинга), взыскании неосновательного обогащения. Конечно же, прямого ответа на данный вопрос в нем нет, однако в постановлении, каждый раз, при упоминании договора коммерческой концессии суд в скобках уточнял, что данный договор является договором франчайзинга.

Как уже упоминалось выше, гл. 54 ГК РФ при всей комплексности регулирования положений о договоре коммерческой концессии имеет ряд недостатков. На наш взгляд, отдельные положения гл. 54 ГК РФ требуют изменений, которые бы устранили те запретительные и тормозящие развитие франчайзинга в России механизмы. Необходимо упомянуть, что в научной литературе, преимущественно, прослеживаются две точки зрения на разрешения данных проблем. Например, С.А. Сосна² говорит о необходимости создания отдельного законодательного акта, регулирующего договор коммерческой концессии, и внесении изменений в ГК РФ, заключающихся в создании отсылочных статей. Того же мнения придерживается Т.В. Попова³.

Интересно мнение таджикского ученого Н.А. Табарова, которым предлагается принять специальный Закон «О коммерческой концессии (франчайзинге)». Данный Закон, по его мнению, должен урегулировать отношения, связанные с осуществлением коммерческой концессии (франчайзинга), определить его содержание и должен быть направлен на

¹ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.04.2011 г. по делу № А64-4427/2010. // СПС Консультант Плюс.

² См.: Сосна С.А. [и др.] Указ. соч. С. 32.

³ См.: Попова Т.В. Правовые проблемы договора коммерческой концессии // Вестник Сибирского университета потребительской кооперации. 2013. № 1 (4). С. 132.

развитие и государственную поддержку коммерческо-концессионной (франчайзинговой) деятельности в Республике Таджикистан¹.

Другие ученые² полагают, что необходимо изменить законодательство, регулирующее вышеуказанный договор, подразумевая изменение ГК РФ, в частности, гл. 54. Данная точка зрения представляется перспективнее, поскольку попытки внесения законопроектов о франчайзинге в РФ не увенчались успехом, а положительные изменения гл. 54 произошли и их следует оценивать позитивно. Поэтому полагаем, что реформирование действующего законодательства необходимо в рамках ГК РФ, а принятие отдельного федерального закона не целесообразно.

Договор коммерческой концессии не следует отождествлять с концессионными соглашениями (концессионными договорами). Общее определение концессионных соглашений, которое можно встретить, сводится к тому, что одна сторона (концедент) предоставляет другой стороне (концессионеру) право пользования объектом государственной или муниципальной собственности либо осуществления определенного вида деятельности, прерогатива (монополия) на которую принадлежит концеденту.

Этому определению соответствуют несколько различных видов правоотношений, в которые могут вступать компании.

Прежде всего, необходимо говорить собственно о концессионных соглашениях, которые заключаются в соответствии с Федеральным законом от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»³. Юридическая особенность введенного Законом № 115-ФЗ концессионного соглашения состоит в том, что он не выделяется в отдельный вид договора, который имеет отдельное регулирование, а представляет собой смешанный договор, в котором

¹ См.: Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Дис канд. юрид. наук. Душанбе, 2015. С. 10.

² См.: Гашкова Т.А., Шабанов Т.Е. Перспективы развития и проблемы франчайзинга в России // Сборник научных трудов по материалам международной заочной научно-практической конференции Актуальные направления научных исследований XXI века: теория и практика. 2013. № 1. С. 279; Грицаева Н.Б. Сущность и перспективы развития договора коммерческой концессии // Сборник: Образовательная среда сегодня и завтра Материалы VIII Международной научно-практической конференции: сборник научных трудов. Ответственный редактор Г.Г. Бубнов. 2013. С. 80-86.

³ Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (ред. 29.12.2014) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

содержатся элементы различных договоров. Следовательно, к отношениям сторон концессионного соглашения применяются правила гражданского законодательства о договорах, элементы которых содержатся в концессионном соглашении¹.

В соответствии с условиями указанных соглашений государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору исключительное право на осуществление определенной деятельности и передает иностранному инвестору право на продукцию и доход, полученные в результате такой деятельности². Полагаем, что концессионное соглашение по своей правовой природе является комплексным (смешанным) договором, в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных федеральными законами. В настоящее время законодатель идет по пути реформирования правового указанного вида договора с целью совершенствования механизма его применения и правореализации.

Согласно п. 1 ст. 12 Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»³ договор коммерческой концессии относится к «допустимым» вертикальным соглашениям, т.е. является законным *per se*.

Среди специалистов в области права существует мнение, что признаки договора, закрепленные в гл. 54 «Коммерческая концессия» ГК РФ, полностью соответствуют понятию лицензионного договора⁴. Проанализируем общие и отличительные признаки, характерные для договора коммерческой концессии и лицензионного договора, с тем, чтобы участник договорных отношений точно имел представление о том, какой договор он заключает.

В цивилистической науке заслуживает интерес следующее определение лицензионного договора. «В соответствии с лицензионным договором одна сторона (лицензиар) обязана предоставить другой стороне (лицензиату) для

¹ См.: Савсерис С. Концессионные соглашения в практике российских компаний // ЭЖ-Юрист. 2014. № 38. С. 15.

² См.: Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 3-е изд., М., 1998. С. 225.

³ Закон Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции" (в ред. от 13.07.2015 N 216-ФЗ) // Российская газета. 2006. 27 июля.

⁴ См.: Тер-Овакимян А.А. Международный договор франчайзинга и договор коммерческой концессии // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1251 - 1252.

использования за установленную в договоре компенсацию принадлежащие ей права на результаты интеллектуальной деятельности, обеспечив возможность их практического применения»¹.

У договора коммерческой концессии и лицензионного договора много общего: оба регулируют передачу исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, оба подлежат обязательной регистрации в Роспатенте, и в соответствии с п. 4 ст. 1027 ГК РФ к договору коммерческой концессии применяются правила ГК РФ о лицензионном договоре. Следует согласиться с мнением Н.В. Месяшной, что основу этих договоров составляют обязательства лицензиара (франчайзера) по передаче технических знаний, опыта и оказанию помощи лицензиату (франчайзи) в их использовании и применении². Как полагаем, лицензионные соглашения и договоры коммерческой концессии с определенной долей условности можно отнести к алеаторным договорам. Схожи, в некоторой степени права и обязанности сторон по анализируемым договорам.

Полагаем, что основные различия рассматриваемых договоров, прежде всего, в предмете регулирования и объекте договора. По лицензионному договору предметом передачи выступает исключительное право на определенный объект интеллектуальной собственности, предметом же договора коммерческой концессии является комплекс исключительных прав. Особенностью договора коммерческой концессии является именно то, что исключительные права от правообладателя пользователю передаются в комплексе. Как указывает Д.П. Бондаренко в отличие от договора коммерческой концессии условия лицензионного договора не обязывают участников работать в единой системе³.

Трансграничная передача коммерческой тайны технического характера обычно происходит посредством заключения трансграничного лицензионного

¹ Стажкова М.М. Договор франчайзинга: правовые основы, учет и налоги. М.: «Статус-Кво 97», 2007. С. 43.

² См.: Месяшная Н.В. Правовые вопросы становления франчайзинга в России: Дис. ... канд. юрид. наук. 12 00 03. М., 2000. С. 154.

³ См.: Бондаренко Д.П. Правовое регулирование договора коммерческой концессии в российском праве: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. М., 2013. С. 6.

договора¹.

Выводы.

1. Содержание главы 54 ГК РФ не в полной мере соответствует современным представлениям о франчайзинге различных видов (торгово-распределительного, сервисного, производственного), а ее заголовок ограничивает возможности более широкого использования данной главы. Необходимо создать унифицированные правила, регулирующие международный договор франчайзинга. В рамках этих правил следует внести единое понятие франчайзинга, сторон договора, объекта франчайзинга, перечень документов, который бы регулировал все этапы создания франчайзинговой системы. А для участников франчайзинговых договоров государство должно создать льготную систему налогообложения с целью достаточно быстрого развития своей предпринимательской деятельности.

2. Исследование соотношения договоров коммерческой концессии и франчайзинга показывает слабость регулирования данных видов договорных конструкций, что проявляется в следующем: в отсутствии унифицированных правил, касающихся определения и регулирования договора франчайзинга, расхождении исторического и фактического содержания термина «коммерческая концессия», различии определения соотношения данных договоров, а именно мнение одних ученых сводится к идентичности двух договоров, а другие ученые полагают, что данные договоры соотносятся между собой как часть и целое в том, что в международном законодательстве отсутствует единое наименование сторон по договору, что затрудняет регулирование данного вида правоотношений в силу возможности неоднозначного понимания терминов; несоответствии названия главы 54 ГК РФ ее фактическому содержанию.

3. В силу вышеназванных неурегулированных вопросов, полагаем необходимым создать унифицированные правила, регулирующие международный договор франчайзинга. В рамках этих правил следует внести

¹ См.: Шахназаров Б.А. Проблемы правового регулирования охраны секрета производства (ноу-хау) и его трансграничной передачи. М., 2009. С. 523.

единое понятие франчайзинга, сторон договора, объекта франчайзинга, перечень документов, который бы регулировал все этапы создания франчайзинговой системы. С другой стороны, в сфере публично-правового воздействия, со стороны государства целесообразно для участников франчайзинговых отношений, приобретающих договорную форму создать льготную систему налогообложения с целью достаточно быстрого развития своей предпринимательской деятельности.

4. Установлено, что, в соответствии с действующим российским законодательством, содержание договора коммерческой концессии (гл. 54 ГК РФ) соответствует, используемому в мировой практике, договору франчайзинга.

5. В международном праве договор коммерческой концессии именуется франчайзигом. В международном праве отсутствует единое понятие договора франчайзинга и унифицированных правил, регулирующих его.

Выявлено, что на сегодняшний день сложилась стабильная практика применения термина «франчайзинг» для отношений, подразумевающих не только право на реализацию товара на определенной территории за плату, но и передачу комплекса исключительных прав тому лицу, которое будет осуществлять реализацию товара. Необходимо упрощать правовые предпринимательские отношения с зарубежными организациями, для этого необходимо изменение гл. 54 ГК РФ. Поэтому, считаем необходимым, реформирование действующего законодательства в рамках ГК РФ, принятие отдельного федерального закона, по нашему мнению, не целесообразно.

6. Следует особо подчеркнуть, что многие ученые-цивилисты и специалисты в сфере торгового оборота отмечают гл. 54 ГК РФ, нормы которой направлены на регулирование договора коммерческой концессии, как одну из самых совершенных в юридическом смысле, однако законодатель должен был называть ее не коммерческая концессия, а именно франчайзинг и говорить в ней, в первую очередь, о договоре франчайзинга, о франчайзере и франчайзи, как сторонах данного договора.

7. Отдельные государства – участники Содружества Независимых Государств в отношении регулирования франчайзинговых отношений приняли специальные законы о франчайзинге (например, Казахстан) или включили статьи о нем в другие кодексы (например, Украина включила коммерческую концессию в Хозяйственный кодекс). В большинстве же стран СНГ данные отношения регулируются на уровне гражданских кодексов. Полагаем, что такой подход к регулированию франчайзинга в большей степени отвечает сбалансированности и эффективности правового регулирования франчайзинговых отношений.

8. В гл. 54 ГК РФ имеет место «подмена понятий». В большинстве стран договорные отношения, урегулированные в России гл. 54 ГК РФ именуются франчайзингом. В мировой практике договор коммерческой концессии – это более узкий договор, предоставляющий право на продажу товаров на определенной территории. Считаем необходимым внесение изменений в гл. 54 ГК РФ. При этом у законодателя есть несколько путей реформирования гражданского законодательства. Возможно изменение содержания главы, для обозначения договорных отношений, определенных как коммерческая концессия, и создание новой главы под названием «франчайзинг».

Другим вариантом является изменение названия гл. 54 ГК РФ с «Коммерческая концессия» на «Франчайзинг», с изменением терминологии обозначающей стороны договора, то есть «правообладатель» на «франчайзер» и «пользователь» на «франчайзи». Полагаем, что наиболее оптимальным способом будет внесение изменений, подразумевающих равноправное применение терминов «коммерческая концессия» и «франчайзинг», «правообладатель» и «франчайзер», «пользователь» и «франчайзи». Последний вариант изменений учитывает и международную практику применения терминологии к франчайзинговым отношениям и сложившуюся практику применения определенной терминологии в Российской Федерации.

ГЛАВА 2. ПОНЯТИЕ, ПРИЗНАКИ, УСЛОВИЯ (ЭЛЕМЕНТЫ) ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ И ФРАНЧАЙЗИНГА

2.1. Понятие, значение и признаки договора коммерческой концессии

По справедливому замечанию отдельных ученых, анализируемый в настоящей работе договор – это «яркий пример правомерной координации экономической деятельности предпринимателей, осуществляемый ими в рамках закона через согласованные действия»¹.

Развитие рыночной экономики, совершенствование форм деятельности организаций, основанных на частном капитале, отход государства от позиции активного и непосредственного участника производства и распределения товаров, работ и услуг, а также неэффективное управление имуществом, находящимся в государственной собственности², привели к поиску новых возможностей и вариантов совершенствования экономической деятельности.

Несмотря на то, что глава 54 ГК РФ имеет название «Коммерческая концессия» легального определения данному понятию нет. Термин «концессия» означает «уступка, передача, разрешение, отдача права, присвоение»³. Общее определение концессионных соглашений, которое можно встретить, сводится к тому, что одна сторона (концедент) предоставляет другой стороне (концессионеру) право пользования объектом государственной или муниципальной собственности либо осуществления определенного вида деятельности, прерогатива (монополия) на которую принадлежит концеденту.

¹ Кондратьева Е.А. Коммерческая концессия как правовая форма координации экономической деятельности: ключевые аспекты // Право и экономика. 2015. № 3. С.57.

² Официальный сайт Президента России. Стенограмма заседания Государственного совета Российской Федерации «О мерах по повышению качества предоставления жилищно-коммунальных услуг» от 31 мая 2013 г. URL: <http://www.kremlin.ru/news/18232>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

³ См.: Даль В. Толковый словарь русского языка. М., 2010. С.365.

Этому определению соответствуют несколько различных видов правоотношений, в которые могут вступать компании.

Как уже отмечалось, в юридической литературе «понятие «коммерческая концессия» было использовано при подготовке ГК РФ как наиболее соответствующее по смыслу английскому термину «franchising»¹. Однако следует особо подчеркнуть, что договор коммерческой концессии является одной из самых сложных и юридически не определенных договорных конструкций, (законодатель дает легальное определение договору коммерческой концессии) получивших законодательное признание на уровне ГК РФ.

В соответствии со ст. 1027 ГК РФ договор коммерческой концессии - это договор, по которому одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау). Такое определение появилось сравнительно недавно, после вступления в законную силу части четвертой ГК РФ. В старой же редакции в предмет договора входило фирменное наименование правообладателя, но не было указано на такое право как секрет производства (ноу-хау). Как справедливо и вполне обоснованно выявлено в правовой литературе², изменения нормативного регулирования договора коммерческой концессии продиктованы требованиями рыночного оборота. «Концепция, согласно которой в комплекс передаваемых по договору прав включалось право на фирменное наименование юридического лица, не оправдали себя на практике»³.

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 977.

² См.: Богданов А.В. Гражданско-правовое регулирование договора коммерческой концессии в Российской Федерации: дис ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 34; Райников А. С. Договор коммерческой концессии. М.: Статут, 2009. С. 11.

³ Панченко И.И. Договор коммерческой субконцессии : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03.

Правовая модель, принятая в Российской Федерации, называется в науке моделью «исключительного правового регулирования»¹. Так как регулирование всех вопросов, касающихся договора коммерческой концессии, отнесено исключительно к ведению Российской Федерации, поскольку франчайзинговое законодательство включено в состав законодательства об интеллектуальной собственности и на основании п. «о» ст. 71 Конституции РФ относится исключительно к ведению Российской Федерации.

На основании законодательного определения некоторые ученые, например С.А. Бобков², принимая несколько упрощенную позицию, пытаются дать определение коммерческой концессии, заменяя слова «договор по которому» на «способ осуществления предпринимательской деятельности по которому». В целом, не оспаривая такой трактовки коммерческой концессии, считаем, что коммерческая концессия имеет более сложную внутреннюю структуру и, как следствие, нуждается в более комплексном всестороннем научном подходе и обосновании.

Полагаем оправданным высказывание, что «включение в закон специального регулирования данного вида договора свидетельствует о признании его в качестве каузальной сделки, правовая цель которой требует в практических целях юридической определенности, как в отношении самого договора, так и возникающих на его основании обязательств»³.

Следует согласиться с высказанным в науке мнением А.С. Райникова, что коммерческая концессия входит в группу обязательств, направленных на предоставление объектов гражданских прав во временное пользование. В связи с этим, данный автор к существенным признакам и особенностям анализируемого договора относит направленность на передачу во временное пользование объектов исключительных прав⁴. Безусловно, верно утверждение, что данный договор используется исключительно в сфере

Волгоград, 2010. С. 9.

¹ Багдасарян А.Ф. Указ. соч. С. 10.

² См.: Бобков С.А. Указ. соч. С. 25.

³ Сосна С.А. Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия. М.: Академкнига, 2011. С. 225.

⁴ См.: Райников А.С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи. М., 2009. С. 10.

предпринимательской деятельности¹. Полагаем, что применительно к договору коммерческой концессии следует говорить не о передаче исключительных прав, а об их предоставлении. Даная формулировка прямо указана в ГК РФ. Поэтому, предложенная Ю.В. Романец терминология представляется ошибочной, не отражающей, а, в целом, искажающей правовую природу анализируемого договора. Передача исключительных прав регламентируется нормами, регулирующими совершенно самостоятельную группу договоров - договоры об отчуждении исключительного права (ст. 1234 ГК РФ).

Следует согласиться с Б.П. Бондаренко, что договор коммерческой концессии представляет собой вид договора по отношению к родовому понятию «договор франчайзинга», поскольку правовая характеристика договора коммерческой концессии, предусмотренная в главе 54 ГК РФ, не полностью охватывает содержание договора франчайзинга, известного в зарубежном праве. Использование законодателем в российском праве понятия «коммерческая концессия» обусловлено не только близостью с понятием «франчайзинг», но и желанием избежать иностранных заимствований в русском языке².

Б.И. Пугинский, небезосновательно отмечает в качестве недостатка рассматриваемого института, который видит в том, что в гл. 54 ГК РФ основное внимание уделено не содействию в реализации товаров, а вопросам лицензионных соглашений, которые в свою очередь являются лишь вспомогательными по отношению к задаче по реализации товаров³.

С.И. Ненашев, рассуждая о ст. 1027 ГК РФ, говорит, что термин договор коммерческой концессии «не столько правовой, сколько функциональный»⁴. Тем самым, данный ученый говорит о некой отсталости законодательного

¹ См.: Сковрцова Т. А., Смоленский, М. Б. Предпринимательское право: учебное пособие / Под ред. Т. А. Сковрцовой. М.: Юстицинформ, 2014. С. 340.

² См.: Бондаренко Д. П. Правовое регулирование договора коммерческой концессии в российском праве: автореферат дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 9.

³ См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000. С. 287 - 288.

⁴ Сборник. Материалы международной конференции «Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле и сфере услуг». М., 2002. С. 17.

определения договора коммерческой концессии. На наш взгляд данная точка зрения не совсем точна. Безусловно, некие экономические условия заставляют бизнес развиваться, он начинает искать пути развития, находит такой прогрессивный путь, как франчайзинг или договор коммерческой концессии, понимает, что такое договор коммерческой концессии и какие отношения он будет регулировать, вкладывая в него определенный смысл.

Если проанализировать статьи 1027, 1030, 1031, 1032 ГК РФ, то можно прийти к выводу о том, что договор коммерческой концессии заключается с целью улучшить экономические показатели правообладателя, путем выплат по договору, продажи товаров пользователю. Полагаем, второй и не менее важной целью договора коммерческой концессии для правообладателя, является, расширение сбытовой сети, но не с экономической точки зрения, а с точки зрения деловой репутации. Компании, обладающие развитой франчайзинговой сетью, а в соответствии со ст. 1032 ГК РФ, пользователь обязан информировать клиентов об использовании прав предоставленных им по договору коммерческой концессии от пользователя, да и сами франчайзеры редко скрывают информацию о своей сети, пользуются повышенным доверием со стороны покупателей.

По мнению А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого, договор коммерческой концессии призван обслуживать процесс производства, торговли или оказания услуг, «дополняя профилирующие договоры купли-продажи, подряда, комиссии и другие»¹. Значение договора коммерческой концессии невозможно переоценить. Даже не беря во внимание экономические показатели зарубежных стран, связанных с данным договором, мы только на основании определения можем понять, насколько данный договор уникален, и, с юридической точки зрения, широк, подразумевая тот комплекс прав и обязанностей, передающихся по нему, и те экономические и правовые последствия, которые он влечет. Для рассмотрения значения договора коммерческой концессии более подробно, необходимо охарактеризовать его и

¹ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 734.

проанализировать признаки ему присущие.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянским приводится семь признаков, которые подтверждают договор коммерческой концессии в качестве самостоятельного института обязательственного права: 1) сторонами данного договора могут быть только лица, являющиеся субъектами предпринимательской деятельности; 2) предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав; 3) по данному договору правообладатель предоставляет лишь право на использование соответствующих объектов исключительных прав, без их передачи контрагенту; 4) целью данного договора для правообладателя является создание производственной, торговой или сбытовой сети для продвижения своих товаров и услуг, расширение рынка их сбыта посредством предоставления пользователю права пользования комплексом исключительных прав принадлежащих ему; 5) отличие специфики его содержания, совокупность прав и обязанностей его сторон; 6) хотя пользователь полностью экономически зависим от правообладателя, однако он сохраняет свою юридическую самостоятельность; 7) предусматривает различного рода ограничения деятельности пользователя, в случае если деятельность пользователя способствует излишнему ужесточению конкуренции на рынке соответствующих товаров (работ, услуг) либо наносит ущерб интересам правообладателя¹.

Далее в работе необходимо привести общую характеристику договора коммерческой концессии, согласно которой он является: 1) консенсуальным, так как договор коммерческой концессии считается заключенным с момента достижения его сторонами соглашения по всем существенным условиям; 2) возмездным, так как в соответствии со ст. 1030 ГК РФ, правообладатель за исполнение всех возложенных на него обязанностей может получать различного рода платежи: фиксированные разовые платежи, отчисления от выручки, периодические платежи и т.д. Конкретная форма платежей

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. раб. С. 984-985.

предусматривается договором, перечень является открытым; 3) взаимным, так как, и правообладатель, и пользователь, приобретают права и обязанности по отношению друг к другу. Например, обязанность по уплате вознаграждения пользователем обусловлена обязанностью правообладателя предоставить комплекс исключительных прав, предусмотренных договором.

Итак, договор коммерческой концессии является двусторонним, возмездным, консенсуальным, каузальным, срочным или бессрочным¹.

Безусловно, договору коммерческой концессии присущи некоторые признаки, отличающие его от других самостоятельных гражданско-правовых договоров.

Во-первых, в соответствии с п.3 ст. 1027 ГК РФ сторонами договора коммерческой концессии могут являться только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуального предпринимателя.

Во-вторых, необходимым элементом предмета договора коммерческой концессии является предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав².

В-третьих, по договору коммерческой концессии пользователю предоставляется лишь право использовать соответствующие исключительные права, принадлежащие правообладателю, без их передачи (уступки) контрагенту. Эта особенность отличает договор коммерческой концессии, например, от договора об уступке патента на объекты промышленной собственности³.

В-четвертых, нельзя не согласиться с уникальным набором тех прав и обязанностей сторон договора коммерческой концессии, например это касается вопросов соблюдения пользователем всех указаний правообладателя по ведению бизнеса, а так же оказания правообладателя технической, информационной и другой, предусмотренной договором коммерческой

¹ См.: Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 2 / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. С. 730; Гражданское право: Учебник. В 4 т. Т. 4: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. С. 67.

² См.: Брагинский, М. И. Указ. соч. С. 583.

³ См.: Керимов, В.В. Сравнительный анализ основных договоров о передаче прав на нематериальные активы // Вектор науки Тольятинского государственного университета. 2011. № 3(17). С. 181.

концессии помощи пользователю.

В-пятых, несмотря на полную экономическую зависимость пользователя от правообладателя, он все же сохраняет юридическую самостоятельность и действует в имущественном обороте от своего имени¹.

В-шестых, принципиальное значение имеет цель предоставления пользователю права использовать комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю. То есть правообладатель преследует целый ряд целей, от улучшения своих экономических показателей и расширения сбытовой сети, до улучшения деловой репутации.

Договор коммерческой концессии, несмотря на присущую ему многокомпонентность, не является смешанным. Как справедливо указывает В.В. Витрянский, «отсутствие среди норм о договоре коммерческой концессии специальных правил не может служить причиной применения к нему положений, регламентирующих другие договорные обязательства (исключение составляют лишь нормы о лицензионных соглашениях). В этом случае применению подлежат лишь общие нормы об обязательствах и договорах»².

Являясь самостоятельным поименованным гражданско-правовым договором, договор коммерческой концессии, по справедливому мнению Г.А. Лаптева, обладает рядом особенностей, индивидуализирующих его в системе однотипных отношений:

- сторонами договора могут выступать только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность, обладающие специальным правовым статусом (коммерческие организации или индивидуальные предприниматели), т.е. договор является предпринимательским;
- предметом договора является предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав;

¹ См.: Кондратьева Е. Одиннадцать особенностей договора коммерческой концессии // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2014. № 3. С. 47.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ.соч. С. 984.

- пользователю предоставляется право использовать исключительные права, принадлежащие правообладателю, без непосредственной уступки соответствующих прав контрагенту (что ставит под сомнение оправданность использования термина «концессия», так как *concessio* означает собственно уступку);

- договор, как правило, включает в себя условия о ряде ограничений деятельности пользователя;

- пользователь сохраняет полную юридическую самостоятельность, действуя в обороте от своего имени (информируя при этом третьих лиц о факте использования прав правообладателя);

- целью заключения договора является извлечение прибыли (осуществление предпринимательской деятельности);

- договор коммерческой концессии является консенсуальным, двусторонним и принципиально возмездным¹.

Выявляя сущность и содержание договора коммерческой концессии, можно обратить внимание на некое расхождение норм ГК РФ, регулирующих сам договор и антимонопольного законодательства. В вопросе соотношения антимонопольного законодательства и норм ГК РФ, регулирующих договор коммерческой концессии, наблюдаются сразу несколько видов коллизий (противоречий). Одна из них, это коллизии, возникающие между нормативными актами равной юридической силы, принятых в разное время.

Нормы, установленные в ч. 2 ГК РФ, регулирующие договор коммерческой концессии, полностью подпадают под признаки «вертикального соглашения», которое запрещено ФЗ «О защите конкуренции». Так, статья 11 ФЗ «О защите конкуренции» гласит: запрещаются «вертикальные» соглашения между хозяйствующими субъектами если: такие соглашения приводят или могут привести к установлению цены перепродажи товара, за исключением случая, если продавец устанавливает для покупателя максимальную цену перепродажи товара; такими соглашениями

¹ См.: Лаптев Г.А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности // Юрист. 2014. № 11. С. 32.

предусмотрено обязательство покупателя не продавать товар хозяйствующего субъекта, который является конкурентом продавца. Но в ст. 12 данного ФЗ указано, что правила о «вертикальных соглашениях не распространяются на договор коммерческой концессии»¹. Указание на допустимость «вертикального соглашения», в случае, если соглашение является договором коммерческой концессии закреплено так же и в ч. 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции Договора о Евразийском экономическом союзе². Однако, договор коммерческой концессии не полностью «выпадает» из под действия антимонопольного законодательства и запрета «вертикальных соглашений», так в ч. 3 ст. 1033 ГК РФ установлена одна оговорка: ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

Итак, договор коммерческой концессии содержит различные ограничительные условия, которые могут привести к антиконкурентным последствиям (например, установление запрета на заключение аналогичных договоров с иными хозяйствующими субъектами - конкурентами). Считаем необходимым, исключить данные положения из ГК РФ, регулирующего договор коммерческой концессии, а так же отменить законодательное ограничение количества заключаемых договоров коммерческой концессии и субконцессии на территории одного субъекта РФ с целью поддержания конкуренции и недопущения монополистической деятельности, ведь крупные торговые корпорации, распространенные по всему миру имеют огромное преимущество перед мелкими предприятиями или индивидуальными предпринимателями. Известно, что небольшие предприятия или индивидуальные предприниматели, действующие на территории одного

¹ Закон Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции (в ред. от 13.07.2015 № 216-ФЗ) // Российская газета. 2006. 27 июля.

² Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29.05.2014) (ред. от 10.10.2014, с изм. Договор от 23.12.2014) // <http://www.pravo.gov.ru>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

субъекта не могут конкурировать с общеизвестными «брендами» и «раскрученными» марками (хотя продукция данных лиц зачастую качественнее известных торговых корпораций), которые имеют кроме своего известного названия еще и огромный капитал, позволяющий им в значительно короткий срок распространять продукцию и оказывать услуги своей корпорации (торговой и иной сети) на значительной территории.

В процессе унификации законодательства о франчайзинге, по мнению отдельных авторов, необходимо 1) привести терминологию ГК РФ в соответствие с международной, 2) создать механизмы реализации и применения ФЗ «О франчайзинге», 3) устранить противоречия между российскими гражданско-правовыми нормами о коммерческой концессии и нормами международного права, регулирующими отношения в сфере франчайзинга, 4) обеспечить внедрение общепризнанной технологии заключения договоров франчайзинга в российское законодательство. Это будет способствовать сближению гражданско-правовых норм российского законодательства с нормами международными, позволит унифицировать общепризнанную терминологию законодательства и практики его применения, создаст благоприятные условия для привлечения иностранных инвестиций широкого распространения франчайзинга на территории России. Данный ученый предлагает принять специальный Федеральный закон «О франчайзинге»¹. В целом, необходимо согласиться с теми действиями и направлениями, которые предлагает провести автор. Вместе с тем, полагаем, что такие мероприятия и изменение законодательства можно провести в рамках действующего ГК РФ и международных актов.

Н.А. Ющенко обосновывает разработку Модельного закона «О франчайзинге» с целью предоставления возможности государствам - участникам Содружества Независимых Государств единообразно подходить к проблеме гармонизации национальных законодательств². Полагаем, что принятие отдельного Федерального закона «О франчайзинге» не требуется и

¹ См.: Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук. Ставрополь, 2007. С. 10.

² См.: Ющенко Н.А. Указ. соч. С. 9.

его принятие лишь усложнит и без того весьма многоуровневое нормативно-правовое регулирование данных отношений.

Коммерческая концессия в России представлена тремя ее видами: производственной, сервисной и сбытовой. Для производственной и сбытовой концессии характерно то, что пользователь самостоятельно, на свой риск, под руководством и контролем правообладателя производит готовую продукцию в форме вещей, работ или услуг и предлагает ее другим лицам - пользователям, индивидуализируя эту продукцию и себя средствами индивидуализации правообладателя. Сбытовая концессия представляет собой отношения, когда пользователь, также используя средства индивидуализации правообладателя, предлагает пользователям товар в форме вещей, произведенных правообладателем¹.

Таким образом, в российском законодательстве предполагается регулирование наряду с отношениями франчайзинга и собственно отношений коммерческой концессии в истинном смысле этого слова. «Суть этих отношений сводится к тому, что правообладатель предоставляет пользователю исключительное (эксклюзивное) право на продажу товаров, которые производит сам»². Такая эксклюзивность обеспечивает монополию пользователя при перепродаже данного товара третьим лицам в пределах определенной в договоре территории. На это указывает п. 2 ст. 1027 ГК РФ, в которой сформулированы альтернативные варианты использования комплекса исключительных прав: при продаже товаров, полученных от правообладателя (правда, при этом не указываются, на каком праве передаются эти товары пользователю и на каком основании) или произведенных самим пользователем³. Более того, согласно п. 2 ст. 1027 в договоре стороны должны согласовать объем использования прав, т.е. совокупность способов использования.

¹ См.: Васильева Е.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии по российскому праву: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2005. С. 174.

² Панюкова В.В. Уверенные шаги франчайзинга в России // Торговое право. 2012. № 3. С. 51 - 52.

³ См.: Федорова Т.Е. Учет и анализ хозяйственных операций по договорам производственного франчайзинга в автомобильной промышленности: дис ... канд. эконом. наук: 08.00.12. Саратов, 2010. С. 109.

Выводы:

1. Хотелось бы отметить, что анализируя и рассуждая о значении и признаках договора коммерческой концессии, можно проследить всю уникальность и масштабность данного вида договора исходя из тех норм, которые регулируют его в России. Однако, фактическая информация об объемах реализации франчайзинговых отношений за рубежом, говорит о существенных отличиях в сфере франчайзинга, а, следовательно, и в регулировании договора коммерческой концессии и франчайзинга. Данное обстоятельство указывает на необходимость сравнительного анализа российской и зарубежной правовой системы относительно данного вида договора, который и был проведен в предыдущей главе настоящей работы.

2. Анализируя правовую природу и типы договоров, полагаем возможным, с определенной долей условности, отнести договор коммерческой концессии к типу договоров о передаче имущества в пользование, т.к. происходит предоставление на время комплекса прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненных к ним объектов, которые близки по своей правовой природе (юридической сущности) к имуществу и имущественным правам.

3. Говоря о российском праве и предпринимательской (коммерческой) практике, а, главное, об отсутствии правового регулирования договора франчайзинга, следует сделать вывод, что данные виды договоров, с определенной долей условности, можно все же признать однопорядковыми, исходя из законодательного регулирования российским законодательством лишь договора коммерческой концессии. Отдельные отечественные цивилисты полностью отождествляют договор коммерческой концессии с договором франчайзинга. Полагаем, что такой подход не вполне оправдан. Были установлены существенные отличия между данными договорами. Однако, отсутствие на законодательном уровне правового регулирования договора франчайзинга, и закрепление на уровне ГК РФ договора коммерческой концессии позволяет сделать вывод об однотипности рассматриваемых

договоров. Но, исходя из сущности данных договоров, их нельзя рассматривать как синонимы.

4. Законодательная дефиниция договора коммерческой концессии, закрепленная в ст. 1027 ГК РФ, обладает не полнотой и юридически не отражает сущности регулируемых отношений. Вместе с тем, очевидно, что основные понятия, которыми оперирует российский законодатель, в общем, соответствуют понятиям зарубежного законодательства о франчайзинге. Поэтому, полагаем, что, по сути, глава 54 ГК РФ регулирует франчайзинговые отношения посредством норм о коммерческой концессии.

2.2. Предмет и объект как существенные условия договоров коммерческой концессии и франчайзинга

Отнесение договора к тому или иному виду производится путем определения наличия в нем существенных условий для договоров определенного вида. Перечень существенных условий любого гражданско-правового договора определяется исходя из требований, содержащихся в ст. 432 ГК РФ. В ней закреплено, что существенными являются условия о предмете договора, а так же условия, названные в законе или иных нормативно-правовых актах как существенные и необходимые для данного вида договора, а так же все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Следует указать, что ГК РФ содержит понятия «объект гражданского права» (ст. 128) и «предмет» гражданского договора (ст. 432). Следовательно, это разные категории, содержание которых имеет разную юридическую составляющую. Предполагается, что объект должен присутствовать в любом гражданском правоотношении, т.к. сложно представить существование правоотношения без объекта. Вероятно, объект должен присутствовать в

любом гражданско-правовом договоре. Вместе с тем, объект как обязательное условие договора не содержится в ст. 432 ГК РФ.

Таким образом, если договором не будут урегулированы все условия, являющиеся для него существенными, он будет квалифицирован (независимо от его названия) как договор, имеющий иную правовую природу, к которому не применяются положения гл. 54 ГК РФ, со всеми вытекающими последствиями¹.

Подобные случаи квалификации судом договора коммерческой концессии, как не соответствующего положениям гл. 54 ГК РФ и отнесение его к иным гражданско-правовым договорам², случаются достаточно часто, поэтому необходимо определить все существенные и иные условия данного договора.

Рассматривая вопрос о существенных условиях, отечественные авторы придерживаются нескольких точек зрения. Например, М.И. Брагинский и В.В. Витрянский³, высказывают мнение, что гл. 54 ГК РФ не закрепляет положений о том, что в тексте договора должны присутствовать какие-либо иные существенные условия, кроме предмета договора. Другие ученые-цивилисты говорят о предмете и цене договора, как существенных условиях⁴. Так же под существенными условиями анализируемого в настоящей работе договора понимают императивно закрепленные в законе обязанности правообладателя и пользователя (обязанность правообладателя передать пользователю документацию и иную информацию, необходимую для осуществления предоставленных ему прав, обязанность пользователя не разглашать конфиденциальную коммерческую информацию, полученную от правообладателя и ид.)⁵. Последние, говорят о составе и объеме комплекса предоставляемых пользователю исключительных прав, сфере

¹ Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.04.2013 N ВАС-3422/13. // СПС Консультант Плюс

² Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 24.03.2014 № Ф03-665/2014 // СПС Консультант Плюс

³ См.: Брагинский, М. И. Указ. соч. С. 559.

⁴ См.: Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 734.

⁵ См.: Гражданское право: учебник в 4 т. Т.4/ Под ред. Е.А. Суханова. М. : – М.: Волтерс Клувер, 2011 С. 36.

предпринимательской деятельности пользователя и вознаграждение¹.

Договорная и судебная практика сталкиваются с определенными сложностями в формулировании предмета рассматриваемого договора. Это объясняется тем, что в науке также существуют различные подходы к определению предмета и объекта договора. В.А. Белов в качестве предмета договора купли-продажи называет товар, под которым понимается «любое имущество, не изъятое и не ограниченное в обороте, имеющееся в наличии у продавца в момент заключения договора, а также имущество, которое будет создано или приобретено продавцом в будущем»². Ю.В. Романец пишет, что «предмет договора - это материальный объект, по поводу которого складывается гражданское правоотношение»³. Таким образом, и в юридической литературе, и на практике одновременно реализуются различные подходы, основанные на различном понимании предмета договора.

Особо следует выделить позицию В.В. Витрянского, который указывает, что «предмет договора, а вернее сказать, предмет обязательства, вытекающего из договора, представляет собой действия (или бездействие), которые должна совершить обязанная сторона (или, соответственно, воздержаться от их совершения)»⁴.

Учитывая, что «применительно к договорным моделям, не предусмотренным ГК РФ или другими правовыми актами, существенными должны признаваться только предмет, условия, являющиеся необходимыми для данного договора, а также те, относительно которых по требованию одной из сторон должно быть достигнуто соглашение»⁵, во многих случаях именно правильное понимание предмета договора будет иметь решающее значение для признания такого соглашения существующим.

Следует согласиться с мнением С.Ю. Морозова и С.Н. Мызрова, что «в ГК РФ необходимо закрепить положение о том, что является предметом

¹ Манохова, С.В. Указ. соч. С.2.

² Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник. М.: ЦентрЮрИнфоР, 2003. С. 200.

³ Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М.: Юрист, 2006. С. 205.

⁴ Кодификация российского частного права / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгало и др. / Под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008.

⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 305 - 306.

гражданско-правового договора. К примеру, в п. 1 ст. 432 ГК РФ ввести ч. 3, изложив ее в следующей редакции: «В качестве предмета договора выступают объекты гражданских прав, по поводу которых заключается договор»¹.

Предметом договора коммерческой концессии в юридической литературе абсолютно справедливо, как правило, называют исключительные права, принадлежащие правообладателю, право на использование которых, он предоставляет другой стороне договора – пользователю. Этому мнению придерживаются такие правоведы как А.П. Сергеев, Ю.К.Толстой и А.А. Иванов².

По мнению других цивилистов, предметом рассматриваемого договора является не исключительное право, как отдельный объект, а комплекс прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты. Именно этим указанный договор отличается от сходных, родственных договоров, таких как, например, лицензионные, предусматривающие передачу права на использование лишь определенных объектов³. Согласимся, что исходя из особенностей предмета договора, следует разграничивать договор коммерческой концессии и лицензионный договор. Но, полагаем, что в данном случае Г.А. Лаптев смешивает предмет и объект договора коммерческой концессии. Более верным видится рассмотрение комплекса прав на результаты интеллектуальной деятельности в качестве объекта рассматриваемого договора.

В.В. Витрянский, анализируя правовую природу договора франчайзинга (коммерческой концессии), приходит к выводу, что предмет данного договора выходит далеко за пределы использования комплекса исключительных прав. Принципиальное значение приобретает цель предоставления франшизы - создание сети для продвижения своей продукции и расширения рынка их

¹ Морозов С.Ю., Мызров С.Н. О предмете договора в рамках Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Цивилист. 2011. № 1. С. 61.

² См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 737.

³ См.: Лаптев Г.А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности // Юрист. 2014. № 11. С. 33.

сбыта¹. Такая точка зрения представляется более верной, т.к. необходимо разграничивать предмет и объект договора и в качестве предмета выступают, в первую очередь, отношения, складывающиеся между сторонами.

В юридической литературе отмечается, что «специфической чертой предмета договора коммерческой концессии является возможность получения пользователем от правообладателя, в рамках комплекса договорных условий, товары определенного вида. В этом смысле пользователь может рассматриваться как покупатель, осуществляющий посреднические функции между правообладателем и конечными потребителями, но действующий не по классической схеме договора купли-продажи, а в рамках договора особого рода, предмет которого носит комплексный характер»².

В науке присутствует и другие точки зрения. Так, например, О.С. Шагова, рассматривая вопрос о предмете договора коммерческой концессии, приходит к выводу, что предметом данного договора является возмездное предоставление в пользование франчайзи комплекса исключительных прав³.

Именно комплексностью передаваемых исключительных прав договор коммерческой концессии отличается от лицензионных договоров. В этой связи следует согласиться с мнением Е.А. Суханова, который подчеркивает, что договор коммерческой концессии нельзя рассматривать в качестве разновидности лицензионного договора, поскольку «в отличие от последнего франчайзинг дает возможность использовать не один определенный объект «интеллектуальной собственности», а комплекс объектов исключительных, а также иных имущественных прав»⁴.

На комплексность передаваемых по договору коммерческой концессии прав как на квалифицирующий признак данного договора указал также и Федеральный арбитражный суд Уральского округа⁵.

¹ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 307.

² См.: Голованов Н.М. Обязательственное право: учебник. СПб., 2002. С.211-212.

³ См.: Шагова О.С. Правовое регулирование франчайзинга в Российской Федерации // Поволжский торгово-экономический журнал. 2011. № 2. С. 35.

⁴ Гражданское право: Учебник / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Издательство БЕК, 2012. С.627.

⁵ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29 августа 2006 г. по делу № Ф09-7525/06-С2 // СПС Консультант Плюс.

Как небезосновательно полагает Ж.Н. Бородина, предметом договора коммерческой концессии независимо от сферы бизнеса, является передача прав и возможностей эффективного ведения бизнеса, которыми располагает правообладатель и которые отсутствуют у пользователя¹. Также, по мнению некоторых авторов, предметом договора коммерческой концессии «выступает возможность использования охраняемого правообладателем секрета производства (ноу-хау), а также его деловой репутации и коммерческого опыта, в том числе в виде различной документации по организации и ведению предпринимательской деятельности»².

Заслуживает поддержки мнение П.С. Полушкина, который считает, что в предмет договора коммерческой концессии должны быть включены и услуги³.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский⁴ отрицают названный выше подход к пониманию предмета договора коммерческой концессии, поскольку считают, что такое понимание предмета договора коммерческой концессии не позволяет отделить этот договор от иных типов договоров. В этом случае речь идет о договорах, объектами которых, служат средства индивидуализации, как участников имущественного оборота, так и выпускаемых ими товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг. Примером может служить договор уступки патента или товарного знака (знака обслуживания) или лицензионные договоры. М.И. Брагинский справедливо отмечает: «в широком смысле слова предмет охватывает весь набор показателей того, по поводу чего заключен договор. Сюда входят данные о предмете как таковом, включая количество, качество и цену передаваемых товаров, выполняемых работ и оказываемых услуг. Однако применительно к составу существенных условий понятие предмета договора значительно сужается»⁵. Можно сделать вывод, что

¹ См.: Бородина Ж.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии (франчайзинга): дис. канд. юрид. наук. Казань, 2005. С.96.

² Пантелеев, А.В. Тюмень - столица регионального франчайзинга // Торговое право. 2012. № 9. С. 5-6.

³ См. Полушкин П.С. Услуги как часть предмета договора коммерческой концессии // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия: Экономика и право. 2013. № 1-2. С. 70.

⁴ См.: Брагинский М. И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 596.

⁵ Брагинский М. И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 597.

данные авторы понимают под предметом договора действия, которые должны совершить обязанные стороны.

С учетом приведенного подхода к предмету гражданско-правового договора, предметом договора коммерческой концессии являются действия правообладателя, которые он должен совершить для предоставления пользователю права использовать его исключительные права, действия пользователя по уплате правообладателю предусмотренного договором вознаграждения, совершение иных, связанных с заключением и исполнением договора, действий, а также общественные отношения, складывающиеся между сторонами из заключенного договора.

Необходимо отметить, что действия правообладателя и пользователя, как сторон договора, во многом зависят от тех прав, которые правообладатель предоставляет пользователю. Следовательно, необходимо разграничить предмет и объект договора коммерческой концессии и рассмотреть объект данного договора. Например, З.Н. Идрисова определяет его как «совокупность прав, которые персонифицируют франчайзинг»¹. Можно говорить и о комплексном объекте, как упоминает А.Ф. Багдасарян², но на наш взгляд говорить об объектах, с их точным обозначением, более логично и понятно, при этом мы должны помнить, что объект договора коммерческой концессии, практически всегда носит комплексный характер.

После 1 января 2008 года в ГК РФ были внесены изменения в объектный состав договора коммерческой концессии, который теперь выглядит следующим образом: комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау).

На наш взгляд, положительным моментом указанных изменений стало

¹ Идрисова З.Н. Организационно-правовые проблемы франчайзинга в России. // Власть Закона. 2011. № 2 (6). С. 155.

² См.: Багдасарян А.Ф. Указ. соч. С. 10.

использование в отечественном законодательстве понятия, тождественного зарубежному термину «know-how», что способствует унификации терминологии с международно-правовыми нормами и облегчает ее понимание иностранными предпринимателями. В то же время отрицательным (прежде всего, для договора коммерческой концессии) стало исключение указанного объекта из комплекса тех исключительных прав, которые обязательно должны быть переданы по данному договору.

Итак, согласно п. 1 ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. При буквальном толковании норм главы 54 ГК РФ существенными условиями договора коммерческой концессии являются состав и объем комплекса предоставляемых пользователю исключительных прав, сфера предпринимательской деятельности пользователя и вознаграждение¹. При этом в состав комплекса исключительных прав обязательно должно входить право на использование товарного знака, знака обслуживания, а также на иные объекты исключительных прав, иначе договор не может быть квалифицирован как договор коммерческой концессии².

В одном из рассмотренных судом споров, стороны не согласовали состав и объем предоставляемых предпринимателю исключительных прав. В соответствии со статьями 1481, 1484, 1492, 1503 ГК РФ объем исключительного права на товарный знак определяется товарами, работами и услугами, указанными в свидетельстве при его регистрации. Документами, содержащимися в материалах дела, в том числе, заключением патентного поверенного, отчетом института подтверждается, что виды услуг, при оказании которых должен использоваться товарный знак, не входят в перечень товаров и услуг, в отношении которых у правообладателя имеется исключительное право на товарный знак. Ни договор, ни дополнительное

¹ См.: Соколов Г.А. Договор коммерческой концессии по гражданскому законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2007. С. 12.

² См.: Месяшная Н.В. Правовые вопросы становления франчайзинга в России: Дис. ... канд. юрид. наук. 12 00 0. М., 2000. С. 78.

соглашение не содержат указания на то, какое коммерческое обозначение передается в порядке концессии, и не содержат его описания. Таким образом, договор и дополнительное соглашение к нему были признаны недействительными.¹

Несмотря на дискуссионность взглядов на предмет и объект договора коммерческой концессии, определяя предмет договора, следует особо подчеркнуть, что его необходимо максимально точно конкретизировать, указать непосредственный объем правомочий, в котором возможно использовать комплекс исключительных прав, сопутствующих и непосредственно связанных с ними прав и обязанностей (например, деловую репутацию).

Так, общество с ограниченной ответственностью «Медиа-Лайф» обратилось в арбитражный суд с исковым заявлением к обществу с ограниченной ответственностью «Интерстиль» о признании договора-соглашения незаключенным и о взыскании с общества с ограниченной ответственностью «Интерстиль» неосновательного обогащения. Исковые требования были удовлетворены в полном объеме.

В своей апелляционной жалобе ответчик ссылаясь на то, что вывод суда об отсутствии согласия сторон относительно условий договора коммерческой субконцессии (в частности, размера вознаграждения за пользование комплексом исключительных прав) не соответствует материалам дела. Между истцом и ответчиком был подписан предварительный договор-соглашение, в соответствии с которым ответчик обязался передать истцу права на открытие магазина VoConcept.

С целью подтверждения своих обязательств по предварительному договору истец должен был перечислить на расчетный счет правообладателя определенную сумму. По истечении срока действия предварительного договора основной договор подписан не был, денежные средства истцу возвращены не были.

¹ Определение ВАС РФ от 08.04.2013 № ВАС-3422/13 по делу № А51-4947/2012 (документ опубликован не был) // СПС Консультант Плюс.

Рассматривая дело, суд первой инстанции исходил из того, что п. 3 ст. 429 ГК РФ установлено, что предварительный договор должен содержать условия, позволяющие установить предмет и другие существенные условия основного договора. Суд апелляционной инстанции справедливо согласился с выводами суда первой инстанции относительно того, что предварительный договор не определял условия, которые позволяли бы установить предмет, цену и другие существенные условия основного договора. Это позволило сделать вывод, что существенные условия основного договора коммерческой субконцессии определены не были, в связи с чем, договор-соглашение являлся незаключенным и соответственно не влек за собой возникновения между сторонами взаимных прав и обязанностей¹.

Следует отметить, что в договоре коммерческой концессии особое значение имеют его объекты, в качестве которых выступает «комплекс исключительных прав».

Укажем, что в комплекс предоставляемых исключительных прав входят права двух групп:

1. Обязательно предоставляемые права: права на строго определенные законодателем средства индивидуализации: товарный знак или знак обслуживания, которые должны быть обязательно предоставлены пользователю в рамках данного договора, а при их непредоставлении договор не будет считаться договором коммерческой концессии².

Например, Арбитражного суда города Москвы, отказав истцу в признании договора коммерческой концессии ничтожной сделкой из-за отсутствия его государственной регистрации, признал заключенный договор лицензионным договором. Вынося решение, суд исходил из того, что основным признаком договора коммерческой концессии является предоставление исключительного права на товарный знак, а если такое право

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-23364/2012-ГК по делу № А40-105978/11-134-333 // СПС Консультант Плюс.

² См.: Кондратьева Е.А. Коммерческая концессия как правовая форма координации экономической деятельности: ключевые аспекты // Право и экономика. 2015. № 3. С. 58.

не предоставлено, то это не коммерческая концессия, а лицензионный договор¹.

То же указано в п. 3.4.1 Приказа Роспатента от 29.12.2009 № 186 «Об утверждении Рекомендаций по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на РИД или средства индивидуализации»: договор, предоставляющий право на использование только коммерческого обозначения и секрета производства (ноу-хау) и не предоставляющий право на использование товарного знака, не может рассматриваться как договор коммерческой концессии и не подлежит регистрации в Роспатенте.

2. Факультативно предоставляемые права: по договору могут быть предоставлены правомочия использования других объектов исключительных прав (коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау)), но их непредоставление не делает договор незаключенным.

Действительно, п. 3 ст. 1037 ГК РФ гласит: «В случае прекращения принадлежащего правообладателю права на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение, когда такое право входит в комплекс исключительных прав, предоставленных пользователю по договору коммерческой концессии, без замены прекратившегося права новым аналогичным правом договор коммерческой концессии прекращается».

Таким образом, отдельные ученые, небезосновательно, указывают: «несмотря на то, что договор нацелен на предоставление именно комплекса исключительных прав, коммерческой концессией будет являться и договор, по которому пользователю предоставлено только правомочие пользования товарным знаком (знаком обслуживания) правообладателя, то есть не комплекс прав, а единичное право»².

В науке существует и иной подход. В частности, высказано мнение, что разделение состава объектов договора коммерческой концессии на обязательные и факультативные не очень удачная формулировка, так как

¹ Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-141135/12 // <http://ras.arbitr.ru/>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

² Кондратьева Е.А. Указ. соч. С. 59.

отдает предпочтение обязательным над факультативными, и может привести к негативным последствиям. Кроме того, на практике может случиться так, что по договору коммерческой концессии могут предоставляться не обязательные составы, а факультативные, поскольку закон не запрещает использования факультативных составов в качестве основополагающих по данному договору¹.

Поэтому, по мнению данного ученого, в договоре коммерческой концессии все объекты исключительных прав должны быть в равном положении, а обязательным объектом договора коммерческой концессии должен быть комплекс, т.е., не менее двух исключительных прав². Полагаем, что данная точка зрения обоснована и заслуживает поддержки, действительно, по договору коммерческой концессии передается именно комплекс исключительных прав, использование которых в совокупности предполагает достижение цели договора.

Далее в работе представляется необходимым проанализировать отдельные объекты, права на использование которых, предоставляются по рассматриваемому в работе договору.

Первым из указанных в ст. 1027 ГК РФ объектом договора коммерческой концессии, является товарный знак. Товарный знак, на основании Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20.03.1883 года, является объектом промышленной собственности, так же в ней закреплены основополагающие принципы и нормы, определяющие условия регистрации, передачи и охраны товарного знака и знака обслуживания³. Согласно ст. 1484 ГК РФ правообладателю принадлежит исключительное право использования товарного знака в соответствии со ст. 1229 ГК РФ любым не противоречащим

¹ См.: Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук. Душанбе, 2015. С. 132.

² См.: Там же. С. 132.

³ Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20.03.1883 (ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 19.09.1968 г. № 3104-VII «О ратификации Стокгольмского акта Парижской конвенции по охране промышленной собственности и Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности») // Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 40. Ст. 363.

закону способом. Приоритет товарного знака устанавливается по дате подачи заявки на товарный знак в Роспатент (ст. 1494 ГК РФ).

По мнению отдельных авторов, «передача пользователю права использования в своей деятельности товарного знака и знака обслуживания является единственным существенным условием, необходимым для заключения договора и признания заключенного договора договором коммерческой концессии»¹. Полагаем, что такой подход носит несколько узкий характер и не соответствует прямому указанию закона. Сводить весь широкий перечень возможных объектов (предоставляемых прав) договора коммерческой концессии лишь к товарным знакам и знакам обслуживания имеет явно ограниченный характер и ошибочно.

ГК РФ определяет товарный знак как обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц или индивидуальных предпринимателей. Аналогичная норма-дефиниция содержалась в ст. 1 Закона РФ от 23.09.1992 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», который в настоящее время утратил силу². П. 1 ст. 1482 ГК РФ, закрепляет открытый перечень товарных знаков, то есть возможность зарегистрировать самые различные обозначения. Однако в законе содержится большой перечень предписаний и ограничений относительно товарного знака и его регистрации³. Например, товарный знак должен быть способным индивидуализировать товар (п. 1 ст. 1477 ГК РФ).

В ст. 1482 ГК РФ определены виды товарных знаков. Как товарный знак могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации. Виды обозначений, которые не могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков, указаны в ст. 1483 ГК РФ. По справедливому указанию С.А. Бобкова, «иные виды обозначений должны

¹ Лысенко Е.С. Проблемы законодательного регулирования комплекса исключительных прав договоре коммерческой концессии // Правовые вопросы строительства. 2008. №1. С.17.

² Закон РФ от 23.09.1992 N 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (в ред. от 11.12.2002) // Российская газета. 1992. 17 октября; 2002. 28 декабря. (утратил силу).

³ См.: Шульга А.К. Договорные и внедоговорные способы распоряжения исключительным правом на товарный знак // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. 2014. № 95. С. 1093.

считаться (предполагаться) способными быть зарегистрированными как товарные знаки»¹. Данная норма предоставляет обязанность доказывать, что данное обозначение не может быть зарегистрировано, как товарный знак регистрирующему органу либо на лицо, возражающее против регистрации, что подтверждается судебной практикой². На лицо, желающее зарегистрировать определенное обозначение, не возлагается обязанность доказывания, возможности регистрации обозначения, как товарного знака.

Предприниматель, сочетающий в своем лице правообладателя товарного знака и учредителя юридического лица, реализует свое право на ведение предпринимательской деятельности под товарным знаком и нередко старается акцентировать внимание на товарном знаке и отвлечь внимание от наименования юридического лица. Однако реализация предпринимателем его права, предоставляемая ему законом, нередко нарушает права других лиц - потребителей. Последние вводятся в заблуждение действием предпринимателя по использованию товарного знака и в связи с этим не всегда могут реализовать свое право на возврат ранее приобретенного товара или возврат уплаченной за него суммы, поскольку зачастую обращаются не к тому лицу. Это означает подачу иска к ненадлежащему ответчику и, следовательно, ведет к отказу в защите материального права истца по предъявленным исковым требованиям³.

Выделить из оборота, индивидуализировать товар конкретного производителя - вот главная правовая функция товарного знака. Центральное место при оценке охраноспособности знака всеми юрисдикциями отводится, как правило, различительной способности предлагаемого в качестве товарного знака обозначения, будь то словесное, графическое, объемное или иное другое. Заявителям, как правило, предоставляется возможность

¹ Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии: дис...канд. юрид. наук. М., 2004. С. 93.

² Постановление Президиума суда по интеллектуальным правам от 19. 03. 2014 г. по делу № СИП-161/2013. - Система Консультант Плюс; Постановление Президиума суда по интеллектуальным правам от 19.03.2014 по делу № СИП-19/2013. // СПС Консультант Плюс.

³ См.: Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2001; Девлятшин Б.Б. Защита гражданских прав как институт и как научная проблема // Сборник статей и тезисов «Защита прав и законных интересов личности в Российской Федерации». М.: В/о ИП МГЮА, 2008. С. 17.

зарегистрировать идентичный или сходный товарный знак, если их коммерческая деятельность не пересекается по своему характеру; точнее, изготавливаемые ими товары относятся к разным товарным группам¹.

Один из актуальных вопросов, возникающих в правоприменительной деятельности Роспатента, это коллизия, возникающая при подаче заявки на регистрацию товарного знака. Из положений ст. 1478 и п. 1 ст. 1492 ГК РФ следует, что обладателем исключительного права на товарный знак может быть юридическое лицо или индивидуальный предприниматель - одно лицо, и соответствующая заявка на товарный знак может быть подана юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем - одним лицом. Однако, ст. 1229 ГК РФ, содержит указание на возможность исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации принадлежать нескольким лицам совместно, но следует отметить, что при применении норм главы 69 ГК РФ («Общие положения») необходимо учитывать специальные нормы, содержащиеся в других главах ГК РФ и относящиеся к определенным видам охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации. Например, специальные нормы в отношении товарного знака обозначены в параграфе 2 («Право на товарный знак и право на знак обслуживания») главы 76 ГК РФ («Права на средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий»). В связи с этим, необходимо отметить, что в соответствии с общими положениями теории права при противоречиях (юридических коллизиях) между общими и специальными нормами права, содержащимися в одном нормативном акте и регулируемыми одни и те же общественные отношения, приоритет имеют специальные нормы, так как они делают исключение из общего правила либо уточняют общую норму применительно к конкретному правоотношению².

¹ См.: Пирогова В.В. Товарный знак в международном торговом обороте (Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности - ТРИПС) // СПС КонсультантПлюс. 2012.

² См.: Джермакян В.Ю. 400 вопросов по товарным знакам: разъяснения правоприменительной практики. 2014. // СПС КонсультантПлюс.

Еще один проблемный вопрос, связанный с использованием товарного знака в коммерческом обороте, это столкновение норм, регулирующих товарных знак и норм, регулирующих фирменное наименование. Как уже указывалось ранее, товарным знаком признается обозначение, служащее для индивидуализации товаров юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Товарный знак отнесен к числу средств индивидуализации, признаваемых интеллектуальной собственностью (ст. 1225 ГК РФ). В соответствии с п. 1 ст. 54 ГК РФ юридическое лицо имеет наименование, содержащее указание на его организационно - правовую форму.

Отдельные ученые утверждают, что средства индивидуализации не могут быть приравненными к результатам интеллектуальной деятельности¹, так как у них отсутствует творческий характер. На наш взгляд, с этим утверждением нельзя согласиться, так как средства индивидуализации одновременно в ряде случаев могут являться произведением с конкретным автором. «Если не предполагается активная творческая деятельность, как при возникновении фирменных наименований и наименований мест происхождения товаров, то даже такие средства индивидуализации имеют зачастую фантазийный, вымышленный характер и обладают определенной новизной, так как не могут быть схожими с другими подобными наименованиями и средствами»².

В отличие от США, где правовая модель охраны товарного знака имеет ряд особенностей³, европейские страны шли по пути, с одной стороны, формирования национальной системы регистраций, с другой стороны, приверженности унификации европейского права.

Как справедливо указано в науке, товарный знак - это любые, не запрещенные законом к регистрации, словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации, приобретшие на основании

¹ См.: Ключун Т.Г. Исключительное право на коммерческие обозначения в РФ: Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. М., 2007. С. 67, 68.

² Свищева Е.И. Признаки охраноспособности коммерческих обозначений // Вестник арбитражной практики. 2014. № 3. С. 21.

³ См.: См.: Deborah E. Bouchoux. Intellectual Property. The Law of Trademarks, Copyrights, Patents and Trade Secrets. Thomson. 2005. P. 17 - 158.

государственной регистрации или в силу международных договоров правовую охрану, и позволяющие отличать товары одного хозяйствующего субъекта от однородных товаров другого хозяйствующего субъекта, а также товары одного и того же хозяйствующего субъекта друг от др¹.

Развитие института товарного знака в современном частном праве напрямую связано с функцией знака указывать происхождение товара и укреплять конкурентные преимущества правообладателя. Действительно, все более заметны тенденции расширения правовой охраны знаков, приобретших известность в обороте, что нередко ведет к смещению баланса интересов участников оборота, снижает вероятность узнаваемости знака, поскольку знаком маркируются разнообразные товары и услуги одного правообладателя.

В современной франчайзинговой системе оценка нематериальных активов с учетом известных товарных знаков приводит к неизбежному удорожанию передаваемого комплекса исключительных прав по договору коммерческой концессии, прав правообладателей «раскрученных» знаков, обеспечивая им дополнительные конкурентные преимущества и материальный доход.

Гражданское законодательство РФ не допускает отчуждения исключительного права на товарный знак, в том числе по договору коммерческой концессии, если оно может явиться причиной введения потребителя в заблуждение относительно изготовителя товара (п. 2 ст. 1488 ГК РФ). Это императивная норма. Она отвечает обязательствам, вытекающим из членства государств в Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Согласно ст. 10-bis (Недобросовестная конкуренция) Конвенции подлежат запрету: «все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента»². Такое условия

¹ См.: Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Автореф. дис....канд. юрид. наук. Душанбе, 2015. С. 9.

² См.: Трахтенгерц Л.А. Товарный знак, содержащий фирменное наименование правообладателя, не может быть уступлен другим лицам // Комментарий судебно-арбитражной практики / под ред. В.Ф. Яковлева. М.: Юридическая литература, 2012. Вып. 18. С. 118 - 124.

вполне оправдано и необходимо в России с целью обеспечения прав и интересов потребителей товаров и услуг.

Анализируя коллизии, связанные с объектом данного договора, необходимо особо сказать о товарном знаке, ведь в рамках трансграничной передачи прав на товарный знак или его трансграничного использования правообладатель - резидент государства, предоставляющего правовую охрану определенным видам товарных знаков, может столкнуться с тем, что в других государствах, в частности в государстве контрагента, соответствующий вид товарного знака такой охраны не получит, следовательно, в этом вопросе, коллизионные нормы, скорее, признают приоритет национальной юрисдикции и, как следствие, национального правового режима; в рамках трансграничной передачи прав на товарный знак или его трансграничного использования правообладатель - резидент государства, в котором критерии, при наличии которых товарному знаку предоставляется правовая охрана (критерии охраноспособности товарного знака), более лояльны по отношению к правообладателю, может столкнуться с ситуацией, когда в других государствах, в частности в государстве контрагента, имеющихся у соответствующего товарного знака качеств окажется недостаточно, чтобы претендовать на правовую охрану в силу более жестких критериев охраноспособности, применяемых в таком государстве. Таким образом, в коллизионном аспекте и здесь имеет место приоритет национального правового режима в этом вопросе¹.

Правила ГК РФ о товарных знаках применяются и к знакам обслуживания (п. 2 ст. 1477 ГК РФ). Знак обслуживания является обозначением, служащим для индивидуализации работ или оказываемых услуг юридическими лицами или индивидуальными предпринимателями. Это могут быть знаки, расположенные на фирменных конвертах, бланках, этикетках и так далее. Знаки обслуживания распространены в самых различных сферах, строительства, банковского дела, оказания бытовых услуг и других,

¹ См.: Полтавченко А. Г. Понятие и признаки товарных знаков в отечественной доктрине международного частного права в контексте их трансграничного коммерческого оборота // Нотариус. 2011. № 2. С. 15.

практически все юридические лица или индивидуальные предприниматели используют их для своего обозначения.

Коммерческое обозначение, права на использование которого передаются по данному договору, является наиболее уязвимым объектом интеллектуальной собственности, так как не подлежит обязательной регистрации. Регулирование отношений, возникающих при реализации права на данное средство индивидуализации, осуществляется исключительно на основании норм ГК РФ и Конвенции по охране промышленной собственности¹.

Ч. 4 ГК РФ не содержит легального определения коммерческого обозначения. Путем толкования положений ГК РФ можно обозначить существенные признаки и особенности.

В первую очередь коммерческие обозначения должны:

1. Обладать достаточными различительными признаками, которые дают возможность различать между собой разные предприятия и исключают введение в заблуждение потребителей. Рассмотрим пример. ЗАО «Дикси Юг» обратилось в Арбитражный суд города Москвы с иском к ООО «Садко-Л» о запрете использования в качестве какого-либо из средств индивидуализации юридического лица, в том числе в сети Интернет, обозначения «Диксика», сходного до степени смешения со средствами индивидуализации истца; запрете ответчику осуществлять недобросовестную конкуренцию в форме незаконного использования обозначения «Диксика» и стилового оформления магазинов, сходных до степени смешения со средствами индивидуализации и стиливым оформлением магазинов истца и взыскании в качестве возмещения убытков, причиненных истцу в результате незаконного использования средств индивидуализации истца и недобросовестной конкуренции.

¹ Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20.03.1883 (ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 19.09.1968 г. № 3104-VII «О ратификации Стокгольмского акта Парижской конвенции по охране промышленной собственности и Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности») // Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 40. Ст. 363. (Извлечение).

Суд установил, что обозначения «Дикс» и «Диксика» не являются тождественными, но фонетический, графический и смысловой анализ этих обозначений позволяет сделать вывод об их сходстве до степени смешения. Слово «дикси» полностью включено в слово «диксика», данные слова являются однокоренными. Добавление в конце слога частицы «-ка» при одинаковом ударении на первый слог не придает данным словам достаточной различительной способности. Об этом свидетельствуют и социологические исследования, которые показали, что у потенциальных потребителей услуг имеется угроза смешения магазинов сети «Дикси» и магазинов сети «Диксика».

Решение: требование удовлетворено, поскольку обозначение ответчика сходно до степени смешения с фирменным наименованием истца и его коммерческим обозначением, кроме того, истец стал использовать свое коммерческое обозначение раньше ответчика¹.

Таким образом, коммерческое обозначение ответчика ООО «Садко-Л» «Диксика» не обладает различительной способностью и ассоциируется с другим предприятием;

2. У коммерческого обозначения должна присутствовать территориальная определенность. Предполагается сосредоточенность деятельности в рамках одной или нескольких зон, где действует предприятие и предприниматель осуществляет свою деятельность. По мнению З.Р. Ожевой необходимо ввести территориальное ограничение, локализация которого будет только в рамках муниципального образования и, соответственно, защита не будет распространяться на более крупные территориальные единицы².

Данное предложение подвергнуто обоснованной критике. Действительно, это может привести к возникновению большого количества схожих или одинаковых рассматриваемых средств индивидуализации у разных правообладателей, но осуществляющих, возможно, деятельность в

¹ Постановление ФАС Московского округа от 27 октября 2011 г. по делу № А40-29335/10-143-251. // СПС Консультант Плюс.

² Ожева З.Р. Исключительные права на коммерческое обозначение в предпринимательском праве Российской Федерации: проблемы теории и практики: автореферат диссертации, к.ю.н.: 12.00.03. М., 2013. С. 32.

одной сфере. При этом организации между собой не будут иметь никаких гражданско-правовых связей¹.

Гражданское законодательство закрепляет следующие особенности, присущие данному средству индивидуализации:

- может осуществляться присвоение коммерческого обозначения представительствам и филиалам юридических лиц, которые выступают в качестве отдельных имущественных комплексов и именуются подразделениями, конторами, агентствами и т.д.;
- предприниматель имеет право присваивать своему предприятию сокращенное коммерческое обозначение или представлять его не только на русском, но и на языках народов России, а также на иностранных языках;
- коммерческое обозначение может использоваться для индивидуализации нескольких предприятий, но не является целесообразным, и законодательно запрещено применять на одном предприятии более двух коммерческих обозначений².

По мнению Н.А. Табарова, коммерческое обозначение – это «общеизвестное, незарегистрированное словесное наименование, используемое хозяйствующими субъектами в своей предпринимательской или иной экономической деятельности, которое охраняется без специальной регистрации в силу его общеизвестности»³.

Исходя из параграфа 4 главы 76 ГК РФ и вышеизложенного, а также обобщения имеющихся теоретических положений, видится целесообразным определить характерные черты, при наличии которых коммерческое обозначение подлежит правовой охране:

- коммерческое обозначение является средством индивидуализации, принадлежащих юридическим лицам или индивидуальным предпринимателям, торговых, промышленных или иных предприятий (п.1 ст.

¹ См.: Свищева Е.И. Признаки охраноспособности коммерческих обозначений // Вестник арбитражной практики. 2014. № 3. С. 18 – 19.

² См.: Свищева Е.И. Указ. соч. С. 20.

³ Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук. Душанбе, 2015. С.9.

1538 ГК РФ);

- правообладатель может использовать свое исключительное право на коммерческое обозначение любым не противоречащим закону способом. Коммерческое обозначение может указываться на вывесках, бланках, документации, в рекламе и т.д. (п. 1. ст. 1539 ГК РФ);

-коммерческое обозначение может, как полностью отличаться от фирменного наименования, так и включать в себя фирменное наименование или отдельные его компоненты (ст. 1541 ГК РФ);

- коммерческое обозначение не может быть сходным до степени смешения с фирменным наименованием, товарным знаком или защищенным исключительным правом коммерческим обозначением другого лица (п.2 ст. 1539 ГК РФ);

- коммерческое обозначение не подлежит обязательному включению в учредительные документы и единый государственный реестр юридических лиц. Но законом предусмотрено, что оно может быть туда включено по желанию правообладателя (п. 1 ст. 1538 ГК РФ);

- коммерческое обозначение может служить средством индивидуализации одного или нескольких предприятий, принадлежащих правообладателю (п. 2. ст. 1538 ГК РФ);

- для возникновения исключительного права на коммерческое обозначение закон закрепляет наличие различных признаков и его известность на определенной территории (п. 1. ст. 1539 ГК РФ);

- в соответствии с частью IV ГК РФ, если коммерческое обозначение включает фирменное наименование (или его отдельные элементы) правообладателя, исключительное право возникает и действует независимо от исключительного права на фирменное наименование.

К факультативно предоставляемые правам по рассматриваемому договору, могут быть отнесены права на секреты производства (ноу-хау).

Ст. 1465 ГК РФ содержит определение секрета производства (ноу-хау), как сведений любого характера (производственных, технических,

экономических, организационных и других), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведений о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны.

По мнению отдельных авторов, после 1 января 2008 года законодатель заменил понятие «охраняемая коммерческая информация» понятием «секрет производства (ноу-хау)», сохранив при этом суть самого исключительного права в неизменном виде¹.

В соответствии с действующим законодательством, «секрет производства (ноу-хау)» - более узкое понятие, чем «информация, составляющая коммерческую тайну». Да и критерии отнесения этих объектов к той или иной категории различны.

Для причисления объекта к секретам производства требуется, чтобы в отношении этого объекта были приняты «разумные меры соблюдения конфиденциальности», а для включения объекта в круг информации, составляющей коммерческую тайну, необходимо, чтобы в отношении таких сведений был «введен режим коммерческой тайны».

В ряде случаев суды признавали обязательными элементами комплекса исключительные права на коммерческое обозначение, а также на охраняемую коммерческую информацию (ноу-хау).

Так, в решении по одному из дел, рассмотренных ФАС Восточно-Сибирского округа, был сделан следующий вывод: «Поскольку заключенный сторонами договор коммерческой концессии предусматривал предоставление истцом ответчику права использовать в предпринимательской деятельности по организации сбыта продуктов, товаров и услуг коммерческое обозначение истца и принадлежащую ему коммерческую информацию... суды первой и

¹ См.: Воробьев Л.Ю. Ноу-хау в договоре франчайзинга (коммерческой концессии) // Информационное право. 2009. №3. С. 34.

апелляционной инстанций, удовлетворяя исковые требования, правомерно исходили из того, что договор заключен, поскольку содержит все необходимые существенные условия»¹.

Дополнительно к требованию неизвестности для третьих лиц сведения, составляющие секрет производства, не должны быть общедоступными. Владелец должен ограничить доступ к соответствующим сведениям путем установления порядка обращения с ними и контроля за соблюдением такого порядка путем принятия разумных мер для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны.

Стоит отметить, что ранее законодатель приравнивал информацию, составляющую коммерческую тайну к секрету производства. В литературе так же встречается мнение о родственности этих понятий². Такое мнение на наш взгляд сформировалось в связи со смысловой идентичностью трактовок данных терминов законодательством.

Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие) о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере и о способах осуществления профессиональной деятельности, имеющие действительную или потенциальную коммерческую ценность вследствие неизвестности их третьим лицам, если к таким сведениям у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и владелец таких сведений принимает разумные меры для соблюдения их конфиденциальности, в том числе путем введения режима коммерческой тайны.

Если выделить суть обоих понятий, то можно сделать вывод, что информация, составляющая коммерческую тайну – это сведения, которые

¹ Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 июня 2011 г. № А19-15306/03-48-25-Ф02-2073/11-С2 // СПС Консультант Плюс.

² См.: Соболев А.А. О соотношении понятий «секрет производства», «ноу-хау» и «информация, составляющая коммерческую тайну» // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2014. №2. С. 114; Горовенко С.В. Проблемы охраны коммерческой тайны в трудовых отношениях // Академический вестник. 2008. № 2. С. 32; Гордеева Е.В., Леонтьев, А.С., Седова Н.В. Обеспечение безопасности конфиденциальной информации и коммерческой тайны. // Психолого-педагогический журнал Гаудеамус. 2010. № 16. С. 205.

имеют коммерческую ценность, и секреты производства – это сведения, имеющие коммерческую ценность.

Однако, на наш взгляд, приравнивать эти термины неверно, это приведет к искажению сути возникающих на их основе правоотношений. Считаем, что законодатель поступил абсолютно верно, исключив тождественность этих понятий. На наш взгляд, имеется существенное различие этих двух терминов. Законодатель, поместив понятие «секрет производства» в ч. 4 ГК РФ, а так же прямо указав на это в законе определил, что секрет производства (ноу-хау) всегда является продуктом интеллектуальной деятельности. Однако, очевидно, что не вся информация, составляющая коммерческую тайну, является таковой.

Таким образом, мы пришли к выводу что термины «информация, составляющая коммерческую тайну» и «секрет производства (ноу-хау)» можно соотнести как целое и часть. Так как информация, составляющая коммерческую тайну, может включать в себя иные сведения, не относящиеся к секрету производства. Секрет производства (ноу-хау) представляет собой как один из частных случаев информации, составляющей коммерческую тайну. Коммерческую тайну могут составлять также списки клиентов, первичные бухгалтерские документы, биржевая и финансовая информация о рынке товаров и капиталов, коммерческих сделках и другие сведения¹. Следует отметить, что ноу-хау может полностью и не поглощаться коммерческой тайной, в частности, например, ноу-хау выступает объектом купли-продажи или вноситься в качестве вклада в уставной капитал предприятия и др.).

Отметим, что режим коммерческой тайны не может быть использован в целях, противоречащих требованиям защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

К сожалению, законодатель четко не определил структуру данного вида конфиденциальной информации. Право на отнесение информации к информации, составляющей коммерческую тайну, и на определение перечня и

¹ См.: Бетров Д.М. Коммерческая тайна и секрет производства. Новые аспекты законодательства // Вестник УрФО. Безопасность в информационной сфере. 2011. № 2. С. 12.

состава такой информации принадлежит обладателю такой информации. Таким образом, можно сделать вывод, что к информации, составляющей коммерческую тайну, можно отнести любую информацию о деятельности хозяйствующего субъекта, за исключением перечня информации, определенного статьей 5 Федерального закона «О коммерческой тайне».

Интересным представляется вопрос о том, может ли сам перечень сведений отнесенных к коммерческой тайне быть отнесен к коммерческой тайне. Законодательно этот вопрос не урегулирован. С одной стороны, такой перечень может содержать информацию о наличии у организации тех или иных сведений, сам факт обладания которыми предприятие предпочло бы утаить. Например, особое внимание следует уделить охране договоров коммерческой концессии, заключаемых предпринимателями. Большая их часть, безусловно, относится к коммерческой тайне. Причем в определенных случаях охране подлежит не только текст договора, но и сам факт его заключения. Но, с другой стороны, такая ситуация может привести к абсурду и невозможности знать относится та или иная информация к коммерческой тайне. Поэтому на наш взгляд, относить такой перечень к коммерческой тайне нельзя. В связи с чем, предлагается законодательно закрепить это положение путем внесения в ст. 5 ФЗ «О коммерческой тайне» пункта 2, который необходимо представить в следующей редакции «В отношении перечня информации, составляющей коммерческую тайну, указанном в подпункте 1 пункта 1 статьи 10 настоящего Федерального Закона не может быть установлена коммерческая тайна».

Важно, что исключительное право на секрет производства действует до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих его содержание. С момента утраты конфиденциальности соответствующих сведений исключительное право на секрет производства прекращается у всех правообладателей (ст. 1467 ГК РФ).

Нарушить конфиденциальность может как сам правообладатель ноу-хау, применительно к договору коммерческой концессии – правообладатель, так и

третьи лица - пользователи. Это могут быть правомерные и неправомерные действия, правообладатели должны быть готовы к тому, что придется доказывать факт отсутствия нарушения конфиденциальности, а лица, оспаривающие права на секрет производства, к тому, что нужно приводить доказательства обратного, в противном случае будет сделан вывод о том, что оспариваемое исключительное право на ноу-хау не прекратилось¹.

В случае если лицо добросовестно стало обладателем сведений, составляющих содержание охраняемого секрета производства, оно приобретает самостоятельное исключительное право на этот секрет производства (п. 2. ст. 1466).

В объем ноу-хау, предоставляемых по договору коммерческой концессии, могут включаться: техническая документация - формулы, расчеты, планы, чертежи; опытные, незарегистрированные образцы изделий, машины; расчеты применительно к данному производству или технологии; учебные планы для подготовки персонала; данные о качестве материалов; инструкции, содержащие данные о конструкции, изготовлении или использовании продукта и так далее².

Перечень сведений, составляющих секрет производства (ноу-хау) определяется руководителем предприятия (предпринимателем). Также необходимо иметь в виду, что к ответственности за нарушение исключительного права на секрет производства (ст. 1472 ГК РФ) может быть привлечено любое лицо, разгласившее сведения, составляющие секрет производства³.

В отношении исключительных прав на секреты производства (ноу-хау), предоставляемых по договору коммерческой концессии, существует ряд особенностей, на которые необходимо специальное указание. Действие

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.01.2012 № 09АП-30236/2011-ГК по делу № А40-8391/11-51-64 // Консультант Плюс

² Филонов М.Р., Райкова Т.В., Кожитов Л.В., Балыхин М.Г. Охрана и коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности в режиме коммерческой тайны // Высшее образование сегодня. 2014. № 1. С. 32.

³ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс

исключительных прав сохраняется до момента утраты фактической монополии на секрет производства ее правообладателем. При этом на один и тот же секрет производства могут распространяться исключительные права нескольких правообладателей, которые добросовестно и независимо приобрели данный секрет производства. Исключительные права на секрет производства ограничены территорией Российской Федерации. Способы возможного использования секрета производства, которые составляют содержание исключительных прав, должны соответствовать правилам ст. 1229 ГК РФ.

П. 2 ст. 1027 ГК РФ указывает на то, что договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования). Как известно, ни деловая репутация, ни коммерческий опыт правообладателя не относятся к объектам исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности¹. Нельзя не согласиться с мнением Брагинского М.И. и Витрянского В.В., что по договору коммерческой концессии деловая репутация правообладателя используется пользователем автоматически, без какой-либо ее специальной передачи². Безусловно, она является частью предмета договора коммерческой концессии, о чем справедливо указывает П.С. Полушкин³.

Поэтому смысл нормы, содержащейся в п. 2 ст. 1027 ГК (применительно к деловой репутации), на наш взгляд, состоит в том, что в договоре коммерческой концессии должно содержаться условие об объеме использования деловой репутации правообладателя в определенной сфере деятельности. Соответственно, в случаях положительной репутации, пользователь при ее использовании может рассчитывать на дополнительную

¹ Брагинский М. И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Изд. испр. и доп. М.: Статут, 2002. Кн. 3. С. 603.

² Там же. С. 604

³ Полушкин П.С.. Деловая репутация как часть предмета договора коммерческой концессии // Закон и право. 2013. № 3. С. 58.

финансовую выгоду, а правообладатель на дополнительное вознаграждение по договору.

Коммерческий опыт также не имеет отношения к объектам исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, но в отличие от деловой репутации он не может быть отнесен и к объектам субъективных гражданских прав. Коммерческий опыт, в юридическом смысле, невозможно передать, им можно поделиться, полностью или в какой-то части, что и происходит в отношениях сторон после заключения договора коммерческой концессии.

Это заключается в обязанности правообладателя проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением прав, предоставленных ему по договору, что закреплено п. 1 ст. 1031 ГК РФ. Также, если стороны не предусмотрели иного, правообладатель обязан оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников, п. 2 ст. 1031 ГК РФ.

В отношении коммерческого опыта представляется возможным сделать тот же вывод, что и в отношении деловой репутации. Смысл нормы, содержащейся в п. 2 ст. 1027 ГК РФ, заключается в том, что в договоре должно содержаться условие о пределах использования коммерческого опыта правообладателя пользователем, в определенной сфере деятельности.

Следует отметить, что перечень передаваемых по договору исключительных прав является открытым. Как справедливо указывает Л.А. Забогайло, «договор коммерческой концессии может охватывать и другие объекты исключительных прав – изобретения, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ»¹. Действительно, перечень передаваемых исключительных прав, являясь открытым, подлежит расширительному толкованию и применению.

¹ Забогайло Л.А. Новая концепция договора коммерческой концессии, принятая в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации // Право и экономика. 2011. №8. С. 48.

Совершенно правильно указывает С.О. Лозовская, что конкретизация предмета договора коммерческой концессии осуществляется путем указания в договоре на тот объем, в котором пользователь может использовать комплекс исключительных прав. В частности, в договоре может устанавливаться минимальный и (или) максимальный объем использования. Договор может быть заключен с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности¹.

До 1 января 2008 года по договору коммерческой концессии, что было закреплено в ст. 1027 ГК РФ пользователю передавалось право на фирменное наименование. В соответствии с п. 2 ст. 1474 ГК РФ, юридическое лицо не имеет права распоряжаться исключительным правом на фирменное наименование. На сегодняшний день перечень исключительных прав по определению договора коммерческой концессии остается открытым, но в ГК РФ перечислены права на товарный знак, знак обслуживания и некоторые другие. Но, как уже указывалось, перечень исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, приведенный в ст. 1027 ГК РФ, не является исчерпывающим. По договору коммерческой концессии могут быть переданы права на изобретение, полезные модели, промышленные образцы, программы для ЭВМ и другие права, распоряжение которыми путем предоставления права использования допускается законом. Исключением являются фирменное наименование, о котором мы сказали и наименования мест происхождения товаров (п. 4.3. Рекомендаций проверки договоров)².

При этом, по мнению отдельных авторов, «договор, по которому предоставляется право на использование только коммерческого обозначения и секрета производства (ноу-хау) и не предоставляется право на использование товарного знака, не может рассматриваться как договор коммерческой

¹ См.: Лозовская С.О. Договор коммерческой концессии // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 5.

² Рекомендации по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, утв. Приказом Роспатента от 29.12.2009 № 186 // СПС Консультант Плюс.

концессии»¹.

В современной практике правообладатель предоставляет пользователю:

- право на использование товарного знака «Эксперт», право на использование технологий, включающих в себя оформление магазинов (авторские права на дизайн магазинов, вывесок, оформление витрин), технологии закупок, продаж товаров, размещение товаров на полках магазинов, доставку и складирование товаров, консультирование покупателей;²

- комплекс исключительных прав на использование в торговой деятельности товарных знаков (знаков обслуживания), коммерческого обозначения (сеть магазинов «Пятерочка»), на охраняемую коммерческую информацию, на использование системы информатизации (программного обеспечения) сбытовой сети магазинов. Срок права на использование в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав ограничен сроком действия договора. Для создания сбытовой сети магазинов за пользователем закреплена территория города Казань;³

- право на реализацию продукции и оказание косметических услуг в торговой точке с использованием комплекса исключительных прав «Ив Роше», включающего права на использование коммерческого обозначения, товарных знаков, коммерческого опыта и технической поддержки этой компании⁴.

Внесенные изменения представляются абсолютно логичными, поскольку фирменное наименование включает в себя организационно-правовую форму, например, ООО - общество с ограниченной ответственностью. Тогда правообладатель и пользователь по договору коммерческой концессии, при разности организационно-правовых форм, не могли передать и соответственно

¹ Манохова С.В. Договор коммерческой концессии: правовые вопросы // Торговля: бухгалтерский учет и налогообложение. 2013. № 10. С. 4.

² Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.12.2011 по делу № А40-142843/10-19-1237) // СПС Консультант Плюс.

³ Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 08.11.2012 по делу № А65-6777/2010) // СПС Консультант Плюс.

⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 10.05.2011 по делу № А63-12002/2010) // СПС Консультант Плюс.

получить право на фирменное наименование в полной мере.

В науке абсолютно справедливо аргументируется, что «совокупность исключительных прав, предоставляемых для использования по договору коммерческой концессии, является комплексным объектом прав, которому присущи свойства множественности элементов таких объектов исключительных прав, его неделимость, единство целевого назначения элементов, составляющих эти объекты исключительных прав, используемость их в предпринимательской деятельности»¹.

Выводы:

1. Предмет договора коммерческой концессии необходимо предельно конкретизировать, указать непосредственный объем, в котором дозволено использовать комплекс прав и сопутствующие ему элементы (например, деловую репутацию).

2. Объектами гражданских прав, которыми по этому договору пользователь приобретает возможность использовать, выступает два вида объектов:

1) объекты интеллектуальной собственности определенного вида (товарный знак, знак обслуживания) и другие предусмотренные договором объекты (коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау) и др.);

2) особые нематериальные блага: деловая репутация и коммерческий опыт правообладателя.

3. Можно предположить, что объект гражданско - правового договора не должен совпадать с предметом, но может входить в предмет договора. Полагаем, что в категорию «объект договора коммерческой концессии» включается: конкретный объект (из числа тех, которые указаны в ГК РФ) и права на этот объект, регулируемые договором.

4. Установлена необходимость закрепить в ГК РФ положение о том, что является предметом гражданско-правового договора вообще и договора коммерческой концессии, в частности. Необходимо изменить п. 1 ст. 432 ГК

¹ Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук. Душанбе, 2015. С. 9, 131.

РФ, ввести ч. 3, изложив ее в следующей редакции: «В качестве предмета договора выступают действия сторон и общественные отношения, складывающиеся между сторонами из заключенного договора».

5. Следует признать обоснованным и объективно необходимым расширение на законодательном уровне перечня объектов, предоставление которых допустимо по договору коммерческой концессии. Закрепление на уровне ГК РФ получили такие объекты, как коммерческое обозначение и ноу-хау (секрет производства). Однако из перечня допустимых объектов изъято фирменное наименование, что обусловлено изменением понимания их юридической природы. Право на фирменное наименование, по существу, является неотчуждаемым. Это аналог имени физического лица, состоящий из нескольких взаимосвязанных элементов (организационно-правовая форма, тип, направление деятельности, индивидуализирующий элемент и т.п.).

6. Аргументируется вывод, что приравнивать термины «информация, составляющая коммерческую тайну» и «секрет производства (ноу-хау)» в корне неправильно, это приведет к искажению сути возникающих на их основе правоотношений. Считаем, что законодатель поступил абсолютно верно, исключив тождественность этих понятий. На наш взгляд, имеется существенное различие этих двух терминов. Законодатель, поместив понятие «секрет производства» в ч. 4 ГК РФ, а так же прямо указав на это в законе определил, что секрет производства (ноу-хау) всегда является продуктом интеллектуальной деятельности. Однако, очевидно, что не вся информация, составляющая коммерческую тайну, является таковой.

Таким образом, сделан вывод, что эти термины можно соотнести как целое и часть. Так как информация, составляющая коммерческую тайну, может включать в себя иные сведения, не относящиеся к секрету производства. Секрет производства (ноу-хау) представляет собой как один из частных случаев информации, составляющей коммерческую тайну. Следует отметить, что ноу-хау может полностью и не поглощаться коммерческой тайной.

7. Коммерческая тайна является одной из немногих видов тайн,

определение которой законодательно закреплено. Законодатель четко разграничивает понятия «коммерческая тайна», «информация, составляющая коммерческую тайну», «секрет производства (ноу-хау)». В законе установлена лишь та информация, которая не может быть отнесена к коммерческой тайне. Закрепление на законодательном уровне даже примерного перечня информации, которая может или должна относиться к коммерческой тайне нецелесообразно.

8. Выявлено, что предметом рассматриваемого договора является не исключительное право, как отдельный объект, а комплекс прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним объекты. Именно этим указанный договор отличается от сходных, родственных договоров, таких как, например, лицензионные, предусматривающие передачу права на использование лишь определенных объектов.

2.3. Цена, форма и срок как условия (элементы) договора коммерческой концессии

Полагаем, что наряду с предметом, как существенное условие по договору коммерческой концессии необходимо рассматривать цену договора, в качестве которой выступает вознаграждение, выплачиваемое пользователем правообладателю за предоставленный комплекс исключительных прав. Предмет договора был подробно проанализирован в предыдущем параграфе настоящей работы, он является существенным условием любого договора, что следует из положения ст. 432 ГК РФ и было доказано применительно к договорам франчайзинга и коммерческой концессии. Что же касается вознаграждения, то его указание как на существенного условия договора, необходимо исходя из легального определения договора коммерческой концессии и особого характера предмета договора, поскольку входящие в его состав исключительные права уникальны и определить плату за их

использование на основании п. 3 ст. 424 ГК РФ не представляется возможным, что диктует необходимость специального правового регулирования данного вопроса.

Итак, вознаграждение - второе существенное условие договора коммерческой концессии в соответствии с российским гражданским законодательством. Помимо приведенных выше доводов в пользу включения вознаграждения в перечень существенных условий, нельзя забывать и о том, что договор коммерческой концессии является возмездным. После внесенных изменений Федеральным законом от 18.07.2011¹ ст. 1030 ГК РФ предоставляет сторонам свободу в выборе формы осуществления платежей по договору коммерческой концессии, а содержащейся в ней перечень не является исчерпывающим. Считаем, что внесенные изменения в полной мере обоснованы и оправданы исходя из действия принципа свободы договора и формы проявления данного принципа применительно к договору коммерческой концессии – свободы его содержания.

Итак, внесенные изменения коснулись характера платежей правообладателю за использование объектов исключительных прав по договору. Законодатель разрешил одновременно использовать в договоре начальный или паушальный взнос и периодические платежи.

Ст. 1030 ГК РФ в новой редакции сформулирована следующим образом: «вознаграждение по договору коммерческой концессии может выплачиваться пользователем правообладателю в форме фиксированных разовых и (или) периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи, или в иной форме, предусмотренной договором».

То есть, в данной статье ГК РФ было ликвидировано ограничение, заключающееся во взаимоисключении вида платежа по договору, было предусмотрено, что вознаграждение выплачивается пользователем в форме фиксированных разовых платежей или других вышеперечисленных платежей.

¹ Федеральный закон от 18.07.2011 № 216-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2011. 22 июля.

На сегодняшний день, установлено право сторон, свободно выбирать одну из форм вознаграждения или их сочетание.

В настоящее время в практической сфере наиболее распространенными являются формы выплат вознаграждения, путем сочетания фиксированных разовых и периодических платежей (паушальный взнос и роялти). Как справедливо указывается в литературе, информация о существенных условиях договоров коммерческой концессии, в том числе реальных платежах, в России является закрытой для внешнего пользователя, так как Федеральная служба по интеллектуальной собственности патентам и товарным знакам Российской Федерации (Роспатент) не публикует сведения о коммерческих условиях зарегистрированных договоров¹.

Вместе с тем, практика договорных отношений франчайзинга говорит о том, что на сегодняшний день правообладатели, для повышения спроса на заключение договоров коммерческой концессии начали идти по пути отказа от паушального взноса, который осуществляется сразу после заключения договора, поскольку пользователю зачастую необходимо приобрести определенный объем продукции или оборудования, что усложняет его финансовое состояние. Роялти выплачивается пользователем по окончании определенного периода в виде отчислений от выручки (процента от суммы оборота, объема продаж и т.д.).

Положение о закреплении комплексного характера вознаграждения необходимо оценивать в качестве позитивного фактора законодательного процесса и практической деятельности, а также практики развития международного торгового оборота, поскольку зарубежное законодательство не предусматривало никаких ограничений по вопросам вознаграждения правообладателя, что вызывало трудности при реализации международной практики правоприменения в Российской Федерации.

Полагаем, во многом отсутствие ограничений объясняется тем, что зачастую договор коммерческой концессии предусматривает первоначальный

¹ См.: Зенина Л.В. Анализ экономических выгод от использования франшизы // Вестник Академии. 2013. № 3. С. 56.

взнос, так как он позволяет компенсировать затраты правообладателя на проработку нового контракта, а также подтверждает серьезность намерений нового пользователя построить свой бизнес в соответствии с требованиями сети. Как справедливо указано в литературе, регулярные платежи являются одной из основ работы коммерческой концессии, поскольку их наличие позволяет обеспечить заинтересованность и, соответственно, деятельную поддержку правообладателем ежедневной работы пользователя, ориентацию на длительные взаимовыгодные отношения¹.

По мнению А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого,² в качестве существенного условия по признаку необходимости для договоров данного типа может быть названо условие о сроке действия договора коммерческой концессии.

Договор коммерческой концессии может быть заключен как на определённый срок, так и без указания срока, но данный договор целесообразно заключать на определённый срок, так как его предметом являются специфические нематериальные права, срок действия которых, как правило, ограничен сроком действия выдаваемых на них охранных документов. Следует согласиться с высказанным в науке мнением, что истечение срока охранных документов ранее срока действия договора делает его сугубо декларативным, так как передающая сторона не будет иметь прав на комплекс передаваемых объектов³.

Российская ассоциация франчайзинга (далее РАФ) в своем Кодексе этики, нормы которого применяются и к договору коммерческой концессии, установила, что в самом договоре необходимо установить его срок, который должен быть достаточно продолжительным для того, чтобы дать возможность франчайзи окупить свои первоначальные издержки, связанные с покупкой франшизы⁴. Таким образом, мы видим расхождение норм ГК РФ и акта

¹ См.: Нуралиев Б.Г. Изменение Гражданского кодекса в области коммерческой концессии [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://ru.rusfranch.ru/activities/our_achievements/projects/1238/. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

² См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 740.

³ См.: Лаптев Г. А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности // Юрист. 2014. № 11. С. 32.

⁴ См.: Российская ассоциация франчайзинга [Электронный ресурс] / Кодекс этики. Режим доступа:

некоммерческой организации. Кроме того, в Кодексе этики РАФ установлено, что срок действия франчайзингового соглашения должен быть достаточно продолжительным для того, чтобы дать возможность франчайзи окупить свои первоначальные издержки, связанные с покупкой франшизы, при этом в ограниченном количестве самых крупных франшиз окупить первоначальные вложения, может не являться первостепенной задачей и в таких случаях сторонам рекомендуется установить срок действия соглашения приемлемым для обеих сторон.

Таким образом, устанавливается, что окупаемость франшиз, то есть извлечение прибыли, может не являться первостепенной задачей, однако это идет вразрез с ч. 1 ст. 2 ГК РФ, в соответствии с которой предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Так как договор коммерческой концессии может заключаться только лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность, то он должен быть направлен на систематическое получение прибыли. Таким образом, требование об окупаемости франшиз не может быть факультативным.

Данные примеры иллюстрируют коллизии, возникающие между федеральными нормативными актами и локальными актами юридических лиц, которые должны соответствовать федеральным, и из этого вытекает, что при противоречии положений ФЗ и локального акта юридического лица, должны применяться именно нормы ФЗ.

Способ определения срока предусмотрен ст. 190 ГК РФ. Если срок в договоре не указан, договор коммерческой концессии считается заключенным без указания срока, и тогда, стороны имеют право в любое время отказаться от договора. Однако в этом случае одной стороне, решившей отказаться от договора, необходимо уведомить об этом другую сторону договора за шесть

месяцев, если иной срок уведомления не предусмотрен самим договором, но он не может быть меньше шести месяцев (п. 1 ст. 1037 ГК РФ). Следовательно, можно сделать вывод, что, исходя из действующего законодательства РФ, срок не является существенным условием договора коммерческой концессии.

Представляется целесообразным внести ряд изменений в действующее гражданское законодательство в отношении определения срока договора коммерческой концессии. Рассматриваемый договор, как указывалось ранее, логично заключать на определенный срок, так как его предметом являются специфические нематериальные права, срок действия которых, как правило, ограничен сроком действия выдаваемых на них охранных документов. Как следствие, истечение срока охранных документов ранее срока действия договора делает его сугубо декларативным, так как передающая сторона не будет иметь прав на комплекс передаваемых объектов, тем самым, сам договор теряет юридический смысл. Таким образом, считаем вполне оправданным установить на законодательном уровне обязанность заключения договора на определенный срок, причем поставить в зависимость срок действия договора от срока действия прав на передаваемые по договору объекты исключительных прав.

Положение Кодекса этики РАФ, устанавливающий в качестве обязательного условия договора срок, видится целесообразным. Ведь зачастую, предприниматели заключают с правообладателем договор на год, в течение которого не достигают точки безубыточности, но принимают решение о выходе из договора, это обусловлено тем, что таким образом предприниматель на законном основании получает информацию, составляющую коммерческую тайну для дальнейшего ее использования в своей собственной деятельности, и изначально он не был нацелен на долгосрочное сотрудничество с правообладателем¹. Поэтому будет дополнительной гарантией для правообладателя, если в ГК РФ, в главу 54 будут внесены изменения, касающиеся срока договора коммерческой

¹ См.: Панюкова В.В. Секрет франчайзингового договора // Торговое право. 2012. № 7. С. 49.

концессии, а именно установлен минимальный срок договора коммерческой концессии, например, равный 3 годам. Вместе с тем, установление такого рода ограничений несколько ограничивает свободу деятельности предпринимателей, поэтому такого рода предложения нуждается в дополнительном научном и практическом обсуждении.

В соответствии с ч. 1 ст. 1028 ГК РФ договор коммерческой концессии должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет недействительность такого договора, т.е. он является ничтожным. В самом договоре должно быть указано: вид договора, место его заключения, дата заключения, стороны договора с обозначением их Ф.И.О., наименования, юридического адреса, банковские реквизиты, чётко определён предмет договора, права и обязанности сторон по договору, ответственность сторон по договору, порядок изменения и расторжения договора, момент вступления договора в законную силу и другие условия, определяемые по свободному усмотрению сторон в силу действия принципа свободы гражданско-правового договора.

Предоставление права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Согласно действующему ГК РФ предоставление права использования объектов интеллектуальной собственности правообладателем пользователю по данному договору подлежит государственной регистрации в Роспатенте, а при несоблюдении этого требования такое предоставление считается несостоявшимся.

Итак, регистрации подлежит предоставление прав по коммерческой концессии в отношении тех объектов, исключительное право на которые возникает в силу факта регистрации. Это такие объекты интеллектуальной собственности, как товарные знаки, патенты и селекционные достижения.

Законодательных ограничений на заключение договора коммерческой субсубконцессии не установлено, мы можем констатировать, что на уровне подзаконных актов установлено правило, в соответствии с которым государственной регистрации подлежат только договор коммерческой концессии и коммерческой субконцессии (п. 4.1 Административного регламента исполнения ФСИС государственной функции по регистрации договоров¹). Поскольку договор коммерческой субсубконцессии государственной регистрации не подлежит, мы можем сделать вывод, что в этом случае правовая охрана и защита комплекса передаваемых объектов интеллектуальной собственности не предоставляется и, следовательно, привлечение в качестве основных участников субсубфранчайзи нецелесообразно².

Для государственной регистрации перехода прав по договору коммерческой концессии требуется совершить следующие действия: уплатить патентную пошлину в установленном размере; подать в Роспатент заявление о регистрации, подписанное обеими сторонам договора. Если заявление подписано только одной стороной, то к нему нужно приложить один из следующих документов: подписанное сторонами уведомление о передачи прав по коммерческой концессии или удостоверенную нотариусом выписку из договора или сам договор коммерческой концессии.

Государственная регистрация, как правило, занимает около трех месяцев, если у Роспатента не возникает каких-либо оснований для направления запроса. Если такие основания все-таки есть, срок регистрации договора коммерческой концессии с учетом почтовой пересылки документов может затянуться до полугода.

¹ Приказ Минобрнауки РФ от 29.10.2008 N 321 "Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по регистрации договоров о предоставлении права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, охраняемые программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем, а также договоров коммерческой концессии на использование объектов интеллектуальной собственности, охраняемых в соответствии с патентным законодательством Российской Федерации" // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. N 22. 01.06.2009.

² См.: Титова М.Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата // Предпринимательское право. 2014. № 3. С. 60.

Отметим, что по ранее действующему законодательству государственной регистрации в Роспатенте подлежал сам договор и последствия невыполнения этого требования были иными - договор считался ничтожным. Например, Арбитражный суд Ханты-Мансийского автономного округа - Югры признал подписанные сторонами 16.10.2012 договоры № 03 и № 04 коммерческой концессии (франшизы) ничтожными сделками на основании ст. 168 ГК РФ в силу отсутствия их государственной регистрации в Роспатенте¹.

В соответствии с действовавшим ранее законодательством закреплённая в п. 2 ст. 1028 ГК РФ обязанность регистрации договора коммерческой концессии в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности являлась весьма спорным императивным предписанием. Теперь же, в силу произошедших в ГК РФ изменений, невыполнение требований о государственной регистрации предоставления права использования будет трактоваться как неисполнение правообладателем обязанности по договору и являться основанием для предъявления требования об исполнении им этой обязанности. Считаем, что установление такого рода последствия вполне оправдано, исходя из защиты интересов пользователя.

Многие правоведы и ученые-цивилисты, как представляется, не вполне обоснованно и аргументировано критиковали данное законодательное предписание, например, К.И. Александрова говорит о том, что данные положения не совсем оправданны, поскольку не понятно, к каким нежелательным последствиям приведет отсутствие регистрации². Другие авторы, с которыми мы солидарны, в целом, соглашаясь с такой критикой, указывали «можно не согласиться лишь в части вопроса о договоре, по которому передаются исключительные права, охраняемые патентным правом, в данном случае регистрация договора полностью оправдана»³. Практика

¹ Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа - Югры от 28 ноября 2013 г. по делу № А75-8205/2013 // <http://ras.arbitr.ru/>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

² См.: Александрова К. И. Правовые проблемы франчайзинга в России // Вестник ИНЖЭКО-На. 2005. № 2. С. 187.

³ Симаева Н.П. Франчайзинг как форма развития предпринимательской деятельности в России: финансово-

показывает, что регистрация договоров коммерческой концессии становится для предпринимателей достаточно долгой и сложной процедурой. Так же, исходя из анализа правоприменительной практики, можно сделать вывод, что Роспатент не может помочь в разрешении споров между сторонами и только судебный порядок урегулирования спора может разрешить конфликтные ситуации. Полагаем, что при отказе от регистрации самого договора коммерческой концессии, т.е. с введением на законодательном уровне нормы о регистрации предоставления комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, многие из указанных проблем все же не получили своего разрешения.

Действительно, на регистрацию стороны тратят достаточно много времени, а так же данная обязанность вызывает опасение у зарубежных партнеров о разглашении информации. Таким образом, для того, чтобы избежать излишних потерь, связанных с регистрацией предоставления комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, необходимо изменить положение п. 2 ст. 1028 ГК РФ, касающейся обязательной регистрации. На наш взгляд, необходимо внести существенное изменение, касающиеся императивно закрепленной обязанности регистрации. Во-первых, в том случае, если стороны желают заключить договор коммерческой концессии с использованием прав защищенных патентным законодательством, то регистрация предоставления права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии оправдана и необходима, для возможной защиты нарушенных прав способом, установленным ГК РФ и способствующим дополнительной защите прав сторон. Но, если стороны не используют такие права, то необходимость регистрации перехода прав в Федеральной службе по интеллектуальной собственности теряет юридический смысл.

В этом случае предлагаем законодательно предусмотреть диспозитивную норму, позволяющую сторонам выбирать, регистрировать переход исключительных прав по договору коммерческой концессии или нет. Т.е. п.2. ст. 1028 изложить в следующей редакции: «Предоставление права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии по соглашению сторон подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При отказе сторон от государственной регистрации предоставление права использования комплекса исключительных прав, договор считается состоявшимся».

Полагаем, что стороны будут отказываться от регистрации перехода прав, ввиду нежелания долгого ожидания регистрации и волокиты, что будет способствовать более быстрой реализации тех прав и обязанностей, которые возлагаются на стороны договора, исходя из заключенного договора.

Один из вопросов состоит в решении вопроса возможности заключения предварительных договоров. Наиболее острой проблемой, связанной с документами, подписываемыми на преддоговорной стадии, является проблема правовой квалификации взаимоотношений сторон, подписавших такой документ: является ли он лишь констатацией их намерений и, тем самым, не возлагает на них каких-либо обязательств или этот документ представляет собой преддоговорное (предварительное) соглашение (договор), нарушение которого может повлечь за собой ответственность. Эта проблема разрешается только в результате толкования содержания документа.

В коммерческих отношениях, бремя доказательства того, что стороны не имели намерений создать юридические обязательства, лежит на стороне, оспаривающей данный факт. В международных коммерческих соглашениях предполагается, что намерение придать документу юридическую силу, как правило, присутствует. Так, например, в судах США сложилась определенная практика в отношении установления юридического содержания

преддоговорных документов. Для этих целей используется, например, способ толкования, который включает в себя выяснение следующих обстоятельств: имеется ли в документе прямо выраженное условие о сохранении стороной (или сторонами) за собой права считать себя свободной от обязательств в отсутствие соответствующего документа о принятии на себя таких обязательств; имело ли место хотя бы частичное исполнение договора; все ли условия якобы существующего договора были согласованы сторонами; относится ли спорное соглашение к таким договорам, которые обычно совершаются в письменной форме¹. Полагаем возможным распространение подобной практики на отношения, складывающиеся в России при заключении договора коммерческой концессии.

Так, например ВАС РФ 07.07.2014 рассматривал дело о признании предварительного договора франчайзинга не заключенным. Судом установлено, что общество «КОФЕ СЭТ» является обладателем исключительного права на открытие кофеен под товарным знаком «COFFESHOP COMPANY» на территории Российской Федерации и передачу третьим лицам прав на открытие кофеен «COFFESHOP COMPANY». Общество «КОФЕ СЭТ» (франшизодатель) и общество «Паритет» (франшизополучатель) 16.05.2011 подписали предварительный договор франчайзинга № 7-ПД (далее - предварительный договор), согласно которому стороны договорились о подготовке и заключении в последующем договора франчайзинга (договора коммерческой субконцессии), именуемого далее «Основной договор» на условиях, согласованных в настоящем договоре. В силу предварительного договора по основному договору франшизодатель предоставит франшизополучателю право на открытие 6 кофеен в рамках системы «COFFESHOP COMPANY» в г. Красноярске и передаст франшизополучателю права на использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта в рамках системы Schart Coffeeshop. Согласно пункту 5.2 предварительного договора в рамках первого

¹ См.: Степанищева А. М. Трансграничные преддоговорные соглашения: понятие, виды, проблемы выбора права // Адвокат. 2014. № 7. С. 37.

этапа реализации намерений сторон, франшизополучатель обязуется перечислить франшизодателю 22 500 евро, кроме того НДС 18%, в течение пяти банковских дней с момента подписания настоящего договора. В случае если основной договор на открытие обществом «Паритет» третьей кофейни не будет подписан сторонами в срок до 01.02.2012, платеж, предусмотренный пунктом 5.2 предварительного договора, не подлежит возврату обществу «Паритет» и остается в собственности общества «КОФЕ СЭТ» в качестве компенсации затрат, понесенных по предварительному договору. Платеж переведён не был и истец требовал признать предварительный договор незаключённым. Однако, в суд установлено, что суды установили, что общество «Паритет» не владело информацией относительно комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта в рамках системы Scharf Coffeeshop, суды не исследовали обстоятельства того имело ли общество «Паритет» реальную возможность составить и направить оферту и/или тексты основных договоров франчайзинга лицу, являющемуся франшизодержателем. Поскольку для устранения допущенных нарушений необходимо исследовать обстоятельства дела, кассационный суд направил дело на новое рассмотрение в суд первой инстанции¹.

Что касается изменения и расторжения договора коммерческой концессии, то здесь действуют общие правила, закрепленные в нормах ГК РФ. Обращаясь к анализу особенностей изменения и расторжения договора, следует указать, что в соответствии со ст. 1038 ГК РФ переход к другому лицу какого-либо исключительного права, входящего в предоставленный комплекс исключительных прав не является основанием для изменения или расторжения договора, договор продолжает действовать с новыми сторонами. В случае изменения правообладателем коммерческого обозначения, входящих в комплекс исключительных прав, предоставленных пользователю, этот договор продолжает действовать в отношении нового коммерческого обозначения, если пользователь не потребует расторжения договора.

¹ Определение ВАС РФ от 07.07.2014 № ВАС-8723/14 по делу № А33-2466/2012// СПС Консультант Плюс.

Изменение договора в связи с существенным изменением обстоятельств допускается по решению суда в исключительных случаях, когда расторжение договора противоречит общественным интересам либо повлечет для сторон ущерб, значительно превышающий затраты, необходимые для исполнения договора на измененных судом условиях. Соглашение об изменении или о расторжении договора совершается в той же форме, что и договор. Требование об изменении или о расторжении договора может быть заявлено стороной в суд только после получения отказа другой стороны на предложение изменить или расторгнуть договор либо неполучения ответа в срок, указанный в предложении или установленный законом либо договором, а при его отсутствии - в тридцатидневный срок. При изменении договора обязательства сторон сохраняются в измененном виде.

Е.В. Гелашвили подчеркивает, что изменение договора коммерческой концессии, в соответствии с нормами, предусмотренными гл 54 ГК РФ, не позволяет в полной мере учитывать специфику опосредуемых договором общественных отношений¹. В связи с вышеуказанным, автор предлагает «закрепить в ст. 1036 ГК РФ исчерпывающий перечень условий договора, ... сужение диспозитивности в деятельности сторон после заключения договора позволяет придать большую устойчивость правовому положению пользователя исключительных прав². Полагаем, что такое ограничение не отвечает интересам сторон, ограничивает действие принципа свободы гражданско-правового договора. Таким образом, такое изменение гражданского законодательства не способствует укреплению договорных связей, а ограничивает дееспособность правообладателя и пользователя по договору коммерческой концессии.

Договор прекращается в случаях: одностороннего отказа от договора, заключенного без указания срока (п. 1 ст. 1037 ГК РФ). Любая из сторон вправе требовать расторжение договора в любое время; одностороннего отказа

¹ См.: Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: автореф. дис....канд. юрид. наук. Ставрополь, 2007. С. 8.

² См.: Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: Дис канд. юрид. наук. Ставрополь, 2007. С. 9.

пользователя от договора в случае изменения фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя (п. 2 ст. 1037 и ст. 1039 ГК РФ); прекращения принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами (п. 3 ст. 1037 ГК РФ). В данном случае необходимо одновременное прекращение прав и на фирменное наименование, и на коммерческое обозначение правообладателя¹. Если прекращается только одно из них, пользователь имеет право отказаться от договора по правилам п. 2 ст. 1037 и ст. 1039 ГК РФ.

Правообладатель вправе отказаться от исполнения договора коммерческой концессии полностью или частично в случае: нарушения пользователем условий договора о качестве производимых товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг; грубого нарушения пользователем инструкций и указаний правообладателя, направленных на обеспечение соответствия условиям договора характера, способов и условий использования предоставленного комплекса исключительных прав; нарушения пользователем обязанности выплатить правообладателю вознаграждение в установленный договором срок. Односторонний отказ правообладателя от исполнения договора возможен в случае, если пользователь после направления ему правообладателем письменного требования об устранении нарушения не устранил его в разумный срок или вновь совершил такое нарушение в течение одного года с даты направления ему указанного требования.

Ч. 2 ст. 1038 ГК РФ устанавливает, что договор прекращается так же и в случае, если после смерти правообладателя его права и обязанности по договору коммерческой концессии не перейдут к наследникам в течение 6 месяцев со дня открытия наследства. Кроме того, в соответствии с ч. 4 ст. 1037 договор подлежит прекращению при объявлении правообладателя или пользователя несостоятельным (банкротом).

¹ См.: Бородина Ж.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии (франчайзинга): дис. канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 108.

Итак, ФЗ от 18.07.2011 № 216-ФЗ законодатель изменил основания и порядок расторжения договора коммерческой концессии. В пункте 1.1. ст. 1036 ГК РФ на сегодняшний день закреплено право франчайзера на односторонний отказ от исполнения договора коммерческой концессии в случае наличия грубых нарушений в технологии или качестве работы со стороны франчайзи. Если же пользователь договора, после получения письменного предупреждения в разумный срок устранил все нарушения, то односторонний отказ невозможен.

Однако, ст. 1036 ГК РФ в новой редакции предусматривает возможность использовать право на односторонний отказ в случае отсутствия явных нарушений условий договора. Для этого одной из сторон договора франчайзинга необходимо за месяц до расторжения договора направить письменное уведомление о расторжении другой стороне и выплатить денежную компенсацию предусмотренную договором в качестве отступного.

В предыдущей редакции ст. 1036 ГК РФ стороне для расторжения бессрочного договора требовалось уведомить другую сторону за полгода до предполагаемой даты расторжения, а в случае срочного договора по основаниям ст. 450 ГК РФ. Зачастую данная процедура заключалась в подаче иска в арбитражный суд, поскольку часто имели место определенные разногласия интересов сторон. Данная процедура могла длиться достаточно долгое время, что замедляло развитие обеих сторон, и было им невыгодно.

Выводы.

1. В ст. 1030 ГК РФ законодатель предусмотрел свободу в выборе формы осуществления платежей по договору коммерческой концессии, а содержащейся в ней перечень не является исчерпывающим. Т.е. в законе предоставлено право одновременно использовать в договорах начальный или паушальный взнос и периодические платежи. Считаем абсолютно оправданным отсутствие на законодательном уровне каких-либо ограничений по вопросам установления вознаграждения. Это объясняется тем, что зачастую договор коммерческой концессии предусматривает первоначальный взнос, так

как он позволяет компенсировать затраты правообладателя на проработку нового контракта, а также подтверждает серьезность намерений нового пользователя построить свой бизнес в соответствии с требованиями сети.

Полагаем, что установление таких условий в полной мере обоснованы и оправданы исходя из действия принципа свободы договора и формы проявления данного принципа применительно к договору коммерческой концессии – свободы его содержания.

2. Законодательное положение о закреплении комплексного характера вознаграждения необходимо оценивать в качестве позитивного фактора правотворческого процесса и практической деятельности, поскольку зарубежное законодательство не предусматривало никаких ограничений по вопросам вознаграждения правообладателя, что вызывало трудности при реализации международной предпринимательской практики в Российской Федерации.

3. Установлена целесообразность внесения ряда изменений в действующее гражданское законодательство в отношении определения срока договора коммерческой концессии. Рассматриваемый договор, как указывалось в данном параграфе, логично заключать на определенный срок, так как его объектом являются специфические нематериальные права, срок действия которых, как правило, ограничен сроком действия выдаваемых на них охранных документов. Как следствие, истечение срока охранных документов ранее срока действия договора делает его сугубо декларативным, так как передающая сторона не будет иметь прав на комплекс передаваемых объектов, тем самым, договор теряет юридический смысл. Таким образом, считаем вполне оправданным установить на законодательном уровне обязанность заключения договора на определенный срок, причем поставить в зависимость срок действия договора от срока действия прав на передаваемые по договору коммерческой концессии объекты исключительных прав.

4. Предлагаем законодательно предусмотреть диспозитивную норму, позволяющую сторонам выбирать, регистрировать переход исключительных

прав по договору коммерческой концессии или нет. Т.е. п.2. ст. 1028 изложить в следующей редакции: «Предоставление права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии по соглашению сторон подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При отказе сторон от государственной регистрации предоставление права использования считается состоявшимся».

Полагаем, что стороны будут отказываться от регистрации перехода прав, ввиду нежелания долгого ожидания регистрации и волокиты, что будет способствовать более быстрой реализации тех прав и обязанностей, которые возлагаются на стороны договора, исходя из заключенного договора.

5. Положение Кодекса этики РАФ, устанавливающего в качестве обязательного условия договора срок, видится оправданным. Если договор заключен на короткий период, вероятность достижения пользователем прибыли крайне мала, хотя он, возможно, и не преследовал цели долгосрочного сотрудничества. В результате пользователь получает информацию, составляющую коммерческую тайну, и в дальнейшем вправе уже самостоятельно использовать эти сведения в своей деятельности.

С целью защиты коммерческой тайны правообладателя, необходимо внесены изменения, касающиеся срока договора коммерческой концессии, а именно установить минимальный срок договора коммерческой концессии, например, равный трем годам. Таким образом, срок договора должен рассматриваться как существенное условие договора.

6. Считаем, что, в основном, императивные обязанности сторон по договору коммерческой концессии конкретизируют условия о цене договора и его предмете, следовательно, именно они должны рассматриваться в качестве существенных по действующему гражданскому законодательству РФ. Вместе с тем, доказано, что сроку договора также следует придать существенное значение.

ГЛАВА 3. ПРАВОВОЙ СТАТУС СТОРОН ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ И ФРАНЧАЙЗИНГА

3.1. Понятие и требования, предъявляемые к сторонам договора коммерческой концессии и франчайзинга

В соответствии с п.3 ст. 1027 ГК РФ сторонами договора коммерческой концессии могут являться только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуального предпринимателя. ГК РФ не содержит легальной дефиниции франчайзера и франчайзи (правообладателя и пользователя).

Для правоотношений, возникающих в рамках реализации франчайзинга, а применительно к российской модели организации таких отношений – договора коммерческой концессии, характерен специальный субъектный состав (состав лиц, участвующих в указанных отношениях и реализующих свои субъективные права и законные интересы). Представляется, что к основным участникам относятся лица, обладающие соответствующим правовым статусом, закрепленным в нормах ГК РФ и без которых возникновение, изменение и прекращение отношений по договору коммерческой концессии невозможно. Главным субъектом договора коммерческой концессии, безусловно, выступает правообладатель - лицо, обладающее исключительными правами, создавшее определенную модель организации производства под своей торговой маркой, использующее товарный знак и преследующее цель расширения своего бизнеса на рынке путем вовлечения в эту сеть других участников - пользователей.

Используя метод сравнительного правоведения необходимо отметить наименования (законодательную формулировку) сторон по договору франчайзинга в различных государствах. Сторона, предоставляющая по договору права пользования (франшизу), по-английски именуется

«франчайзер» (franchisor) с ударением на втором слоге, а сторона, приобретающая франшизу, - «франчайзи» (franchisee) с ударением на последнем слоге. По-французски стороны именуются соответственно franchiseur (франшизер) и franchise (франшизе) с ударением в обоих случаях на последнем слоге. Кроме того, существуют и другие наименования сторон. Франчайзера также называют франшизодателем, правообладателем, а франчайзи - франшизополучателем, франшизодержателем, пользователем. Исходя из практики торгового оборота, необходимо заключить, что для обозначения сторон во франчайзинговых отношениях используются и другие формулировки. Для обозначения франчайзера используются такие термины как, «головное предприятие», «фирма», а франчайзи именуют как «оператор», «лицензиат», «дилер», «филиал», «концессионер».

Использование различных законодательных дефиниций позволяет заключить, что в международном законодательстве отсутствует единое наименование сторон в рассматриваемом нами договоре. Такая законодательная неопределенность в понятиях, конечно, создает определенные трудности в правоприменительном процессе. Действительно, франчайзинговые правоотношения могут получать различную квалификацию в практике торгового оборота. Следует согласиться с высказанным в литературе мнением, что «... эти термины неточны, потому что ими могут обозначаться участники и других, помимо франчайзинга, договорных отношений»¹.

На основании анализа гл. 54 ГК РФ можно сказать, что правообладатель - это коммерческая организация или индивидуальный предприниматель, обладающий комплексом исключительных прав, использование которых, он разрешает другой стороне - пользователю, за вознаграждение на определенный срок или без указания срока по договору коммерческой концессии.

Пользователь - это коммерческая организация или индивидуальный предприниматель, которому, по договору коммерческой концессии,

¹ Сосна С.А., Васильева Е.Н. Указ. соч. С. 221.

предоставлено право использования комплекса исключительных прав принадлежащих другой стороне – правообладателю, за определенное вознаграждение, в течение указанного в договоре срока или без его указания.

Соответственно, обе стороны договора коммерческой концессии - специальные субъекты, это означает, что некоммерческие организации и государство в лице федеральных или муниципальных органов не могут быть участниками данного договора. Этот запрет действует и в тех случаях, когда данным субъектам разрешено заниматься предпринимательской деятельностью (п. 2. ст. 50 ГК РФ).

В цивилистической теории высказана позиция, заслуживающая поддержки, в соответствии с которой правообладатель формально должен отвечать лишь двум признакам: быть предпринимателем и обладать исключительными правами, составляющими объект договора франшизы¹.

Как справедливо указывает А.С. Райников, актуальность второго из названных признаков подтверждается буквальным смыслом п. 1 ст. 1027 ГК РФ, содержащего дефиницию договора коммерческой концессии. В нем указывается на предоставление пользователю исключительных прав, «принадлежащих» правообладателю. Правообладатель может обязаться предоставить в составе комплекса лишь принадлежащие ему на момент заключения договора исключительные права, а не те, которые он, к примеру, намеревается приобрести в будущем².

Положения гл. 54 ГК РФ не исключают возможность заключения договора коммерческой концессии группой лиц, объединившихся без образования юридического лица (простое товарищество)³. Данная точка зрения заслуживает поддержки, однако, не исключаем возможности выступления в предпринимательской деятельности участников договора

¹ См.: Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 2. 4-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М.: ТК «Велби»; Проспект, 2004. С. 733.

² См.: Райников А.С. Договор коммерческой концессии. М.: Статут, 2009. С. 65.

³ См.: Райников, А.С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи. М., 2009. С. 8.

простого товарищества, в том числе, в качестве стороны в договоре коммерческой концессии.

Поскольку в рамках реализации франчайзинга, как определенного бизнес-проекта, франчайзер передает не только комплекс исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, но и определенное оборудование для реализации технологии и стандартов бизнеса, то, следовательно, он может выступать в качестве правообладателя, поставщика, лицензиара и лизингодателя. При этом в целях упрощения ведения бухгалтерского учета целесообразно передавать материальные и нематериальные активы по разным договорам¹.

Франчайзи, как основной участник отношений франчайзинга, должен обладать статусом либо коммерческой организации либо индивидуального предпринимателя и отвечать критериям, установленным франчайзером.

Франчайзи может выступать в качестве пользователя, дистрибьютора, лицензиата и лизингополучателя. Кроме того, франчайзи, при наличии соответствующего письменного разрешения, может выступать и как субфранчайзер. В этом случае в качестве основного участника привлекается вторичный пользователь - субфранчайзи.

Таким образом, в правоотношениях, возникающих из договора коммерческой концессии, существует (действует) специальный субъектный состав лиц, участвующих в указанных отношениях и реализующих свои субъективные права, исполняющих возложенные обязанности и защищающих законные интересы. При этом целесообразно выделять группу лиц, непосредственно участвующих в таких отношениях (основные участники), и лиц, так или иначе влияющих на возникновение, осуществление и прекращение отношений франчайзинга (факультативные участники).

В науке Д.П. Бондаренко доказывается необходимость, уточнения понятия сторон договора коммерческой концессии, следующим образом: «сторонами по договору коммерческой концессии могут быть юридические

¹ См.: Титова М.Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата // Предпринимательское право. 2014. № 3. С. 60.

лица, осуществляющие предпринимательскую и иную приносящую доход деятельность, а также индивидуальные предприниматели». Следует согласиться с мнением данного ученого, что «реализация этого предложения позволит включить в субъектный состав договора коммерческой концессии некоммерческие организации, лиц, осуществляющих социальное предпринимательство, и, соответственно, расширить сферу применения указанного договора»¹.

Действительно, социальное предпринимательство получает в последние годы все большее развитие. Несмотря на то, что в России еще не существует достаточно четкого представления о социальном предпринимательстве, идея об использовании инноваций и предпринимательского подхода при формировании правовой модели обеспечения имущественных потребностей граждан может быть весьма интересной и востребованной².

Полагаем, что договор франчайзинга имеет не только частно-правовой характер, но затрагивает и публичные интересы, соответственно в правоотношениях франчайзинга принимают участие и органы государственной власти. В публично-правовой сфере к субъектам государственного регулирования отношений франчайзинга необходимо отнести Федеральную службу по интеллектуальной собственности (ФСИС), которая осуществляет государственную регистрацию предоставления исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности по договору коммерческой концессии. К факультативным участникам предлагается относить лиц, которые на том или ином этапе реализации договора франчайзинга привлекаются основными участниками для решения тех или иных вопросов, связанных с возникновением, осуществлением или прекращением отношений франчайзинга, либо вступают в отношения на основе предоставленных им законом полномочий.

¹ Бондаренко Д. П. Правовое регулирование договора коммерческой концессии в российском праве: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. М., 2013. С. 10.

² Более подробно см.: Гришина Я.С. Социальное предпринимательство как инновационно-правовая модель обеспечения социально-имущественных потребностей / Под ред. проф. Н.А. Барина. Саратов: Изд-во «Слово», 2012. 164 с.

Следует признать оправданным мнение о том, что «состав основных и факультативных участников, реализующих бизнес-проект франчайзинга, зависит, прежде всего, от выбранных стратегий франчайзинга, о которых говорилось выше, а правовое положение участников должно определяться на основании анализа различных нормативных актов, регулирующих данные отношения»¹.

Правовое положение каждого участника определенного проекта франчайзинга раскрывается в содержании его субъективных прав и законных интересов, а достижение экономической цели участниками отношений франчайзинга осуществляется путем реализации ими своих субъективных прав и законных интересов.

По мнению Ю.С. Гамбарова, правовая наука рассматривает субъективное право как признанный и обеспеченный нормой права и возникающий в правоотношении круг возможностей вести себя определенным образом².

Следует признать оправданным предложенный М.Н. Титовой подход, в соответствии с которым для правильного понимания правового положения участников отношений франчайзинга необходимо учитывать, что указанные отношения развиваются как в публично-правовой, так и в гражданско-правовой сферах. С учетом этого необходимо отметить, что и субъективные права участников указанных отношений также будут реализовываться как в публично-правовой, так и в гражданско-правовой плоскостях³.

Субъективные права сторон договора коммерческой концессии имеют реализацию как в публично-правовой плоскости, так и облагают явными чертами гражданско-правовой принадлежности. «Понятие и содержание конкретного субъективного права участника отношений франчайзинга должно

¹ Титова М.Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата // Предпринимательское право. 2014. № 3. С. 60.

² См.: Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т 1. Часть общая. СПб., 1911. С. 396.

³ См.: Титова М.Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата // Предпринимательское право. 2014. № 3. С. 62.

быть адекватно отраслевому характеру регулируемых общественных отношений»¹.

Как указывалось ранее, центральной фигурой в рассматриваемом договоре выступает правообладатель, который определяет условия и правила передачи объектов договора, определяет направления деятельности для пользователя, критерии отбора для потенциальных пользователей, а также осуществляет контрольно-надзорные полномочия за осуществлением деятельности со стороны пользователя.

Правообладатель определяет объем прав, передаваемых пользователю, условия, на которых происходит передача правомочий, определяет регионы (территории), в пределах которых пользователь вправе осуществлять и реализовывать комплекс переданных прав, определяет критерии, которым должен соответствовать пользователь, а также осуществляет контроль за выполнением пользователем, возложенных на него обязанностей по ведению предпринимательской деятельности на условиях договора, согласованных с правообладателем.

Действительно, как справедливо указывают отдельные авторы, «франчайзер несет основную инвестиционную нагрузку на первом этапе развития своей бизнес-модели на новой территории. Таким образом, по смыслу данной модели ведения бизнеса франчайзер должен быть крупной компанией с узнаваемым брендом, своей отработанной технологией и стандартами ведения бизнеса, многократно опробованными в деле, обладающей определенными инвестиционными ресурсами для «раскрутки» нового бизнеса на новой территории под своей маркой»².

При этом «крупность» компании-франчайзера, «раскрученность» и «узнаваемость» ее бренда (коммерческого обозначения) и создают фактические предпосылки для привлечения потенциальных франчайзи для работы под такой торговой маркой.

¹ Титова М.Н. Указ. соч. С. 57 - 62.

² Титова М.Н. Указ. соч. С. 60.

Вместе с тем, именно «крупность» франчайзера обуславливает возможность дискриминации франчайзи и необоснованный отказ в допуске его к ведению бизнеса под маркой франчайзера. Заслуживает поддержки высказанное в литературе предложение М.Н. Титовой, которая предлагает, «для устранения возможности дискриминации франчайзи и выработки стандартов поведения франчайзеров применяется законодательно установленная в развитых странах обязанность франчайзера заключать договоры с любым франчайзи, который к нему обратился и который отвечает определенным, заранее известным критериям, установленным франчайзером. Кроме того, вырабатываются и принимаются определенные кодексы этического поведения франчайзеров, входящих в саморегулируемые организации»¹.

Выводы.

1. В международном законодательстве отсутствует единое наименование сторон в рассматриваемом нами договоре. Такая законодательная неопределенность в понятиях, конечно, создает некоторые трудности в правоприменительном процессе. Действительно, франчайзинговые правоотношения могут получать различную квалификацию в практике торгового оборота различных государств.

2. К основным участникам договора необходимо отнести правообладателя как лица, обладающего определенным набором исключительных прав, выступающих объектом рассматриваемого договора и имеющего намерения распространении сферы своей деятельности на других лиц на рынке товаров, работ и услуг, путем передачи комплекса исключительных прав (объекта договора) другим лицам - правообладателям.

3. Таким образом, в состав основных субъектов отношений франчайзинга и договора коммерческой концессии должны быть включены следующие лица: правообладатель (франчайзер), пользователь (франчайзи), вторичный правообладатель (субфранчайзер), вторичный пользователь

¹ Титова М.Н. Указ. соч. С. 60-61.

(субфранчайзи). К факультативным участникам необходимо относить лиц, которые на том или ином этапе реализации договоров франчайзинга и коммерческой концессии привлекаются для решения тех или иных вопросов, связанных с возникновением, осуществлением или прекращением отношений франчайзинга, либо вступают в отношения на основе предоставленных им законом полномочий, например, Федеральную службу по интеллектуальной собственности (ФСИС).

4. Конкретный состав основных и факультативных участников договора франчайзинга и коммерческой концессии зависит от модели организации франчайзинговых отношений и условий договора коммерческой концессии, а правовое положение участников должно определяться на основании анализа различных нормативных актов (международных и российских), регулирующих данные отношения.

3.2. Правовой статус правообладателя (франчайзера) по договору коммерческой концессии

В силу двустороннего (взаимного) характера договора коммерческой концессии, обе стороны (контрагенты) договора имеют как права, так и соответствующие, корреспондирующие им обязанности. Несмотря на взаимный характер договора, правообладатель фактически исполняет роль кредитора, а пользователь - должника, несмотря на то, что законодатель старается уравнивать положения сторон. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, говорят о том, что неравенство положений сторон договора находит непосредственное выражение в положениях ГК РФ об объеме и круге прав и обязанностей правообладателя и пользователя по договору коммерческой концессии¹.

¹ См.: Брагинский, М. И. Указ. соч. С. 605.

Традиционно в правовой науке указывается, что осуществление гражданских прав – это «реализация предусмотренных законом или договором возможностей использовать свое право по своему усмотрению»¹. Осуществление права есть способ его бытия, существования, выполнения им главной социальной функции. Право - ничто, если его положения не находят своей реализации в деятельности людей и организаций, в общественных отношениях². В данном случае речь идет об общесоциальной функции права, а следовательно, и гражданского права в частности.

Стороны самостоятельно и беспрепятственно осуществляют принадлежащие им права. Е.В. Вавилин логично интерпретирует принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав как недопустимость обязывания субъекта к реализации его прав: «В частности, граждане и юридические лица имеют право не только на защиту принадлежащих им субъективных гражданских прав, но и обладают возможностью отказаться от защиты нарушенных прав или охраняемых законом интересов. Правовые акты не обязывают субъектов возвращать контрагенту недоброкачественные товары, предъявлять претензии или исковые требования на должников, правонарушителей»³.

Как справедливо указывает А.Я. Рыженков «принцип беспрепятственности осуществления гражданских прав не может быть адресован носителю этих прав, поскольку это противоречило бы природе субъективного права как возможности, использование которой определяется лишь волей управомоченного лица; кроме того, возложение какой-либо ответственности за препятствия в правореализации на управомоченного

¹ Константинова В.С., Хмелева Т.И., Быкова Т.А. Осуществление и защита прав граждан и юридических лиц в сфере гражданско-правовых отношений (общие положения) // Новое российское гражданское законодательство и практика его применения: Сб. науч. ст. / Под ред. З.И. Цыбуленко. Саратов, 1998. С. 33.

² См.: Явич Л.С. Общая теория права. Л., 1976. С. 201.

³ Вавилин Е.В. Принципы гражданского права // Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой принципы / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 2010. С. 545.

субъекта лишено смысла хотя бы потому, что в большинстве случаев эти препятствия от него никак не зависят»¹.

Договор коммерческой концессии отличен тем, что его стороны принимают на себя особые обязанности, координирующие их совместную деятельность, устанавливающие взаимодействие при осуществлении предпринимательской деятельности. При этом, как справедливо указано в научной литературе, надлежащее исполнение сторонами предусмотренных прав и обязанностей имеет равную значимость как для правообладателя, так и для пользователя. Объясняется это в первую очередь тем, что предоставление правомочий использования комплекса прав правообладателем по договору не устраняет с рынка услуг самого правообладателя и для него имеют значение добросовестность и качество осуществления деятельности его подопечным. В свою очередь, пользователь также заинтересован в качественной деятельности своего «координатора», так как его прибыль зависит, в том числе, от репутации уже зарекомендовавшего себя на рынке правообладателя².

Полагаем, что обязанности правообладателя по договору коммерческой концессии можно дифференцировать по двум категориям. К первой категории относятся императивные обязанности любого правообладателя, по данному договору (п.1 ст. 1031 ГК РФ). Ко второй категории относятся диспозитивные обязанности, которые возлагаются на правообладателя только в случае, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 1031 ГК).

Согласно другой, представленной в науке классификации обязанности правообладателя можно подразделить на две группы:

- подлежащие обязательному исполнению им в силу прямого указания закона;
- подлежащие исполнению, если иное не установлено договором³.

К обязательно исполняемым относятся обязанности:

¹ Рыженков А.Я. Беспрепятственное осуществление гражданских прав как принцип российского гражданского законодательства // Гражданское право. 2014. № 5. С. 3.

² См.: Кондратьева Е.А. Коммерческая концессия как правовая форма координации экономической деятельности: ключевые аспекты // Право и экономика. 2015. № 3. С. 60.

³ См.: Кондратьева Е.А. Одиннадцать особенностей договора коммерческой концессии // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2014. № 3. С. 40 - 49.

1) передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить информацию, необходимую для осуществления прав, предоставленных ему по договору;

2) проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав.

К обязанностям, которые должны быть исполнены правообладателем, если это не изменено договором, относятся обязанности:

1) обеспечить государственную регистрацию предоставления права использования по договору;

2) оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников;

3) контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора.

Обязанность передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав (п.1 ст. 1031 ГК РФ) является, как указано ранее, императивной обязанностью правообладателя. По справедливому замечанию отдельных ученых, перечень, характер, объем технической и коммерческой документации или иной информации «определяются сторонами при заключении договора коммерческой концессии и зависят от вида исключительных прав, право на использование которых, правообладатель предоставляет пользователю»¹.

В связи с этим, нельзя не согласиться с А.А. Ивановым, который указывает, что «перечень данных, которые можно потребовать раскрыть, оставлен открытым. Чтобы избежать необоснованных требований о раскрытии информации, правообладателю в договоре коммерческой концессии следует

¹ Сланова А.В. Договор коммерческой концессии в гражданском праве Российской Федерации. Дис. ...канд. юрид. наук: 12 00 03. Краснодар, 2006. С. 76.

указывать, какая именно информация подлежит предоставлению. В противном случае между сторонами договора может возникнуть трудноразрешимый спор об объеме предоставления информации, поскольку понятие «информация, необходимая для осуществления прав» является оценочным»¹. Действительно, полагаем необходимым в качестве существенного условия договора коммерческой концессии предусмотреть, какая именно информация подлежит предоставлению правообладателем пользователю. Это объясняется установлением в законе оценочной категории «информация, необходимая для осуществления прав». Такая трактовка имеет весьма общий и широкий характер, поэтому с целью необоснованного широкого толкования нормы ГК РФ, предлагаем четко установить перечень информации, которую правообладатель должен передать пользователю на основании заключенного договора.

Следовательно, императивные обязанности правообладателя это те действия, совершив которые он приступает к практической реализации вытекающих из договора обязательств.

Нужно отметить, что сторона, передающая свои права, обязуется оказывать необходимое содействие в организации бизнес процессов, обучении персонала, консультировать принимающую сторону по целому ряду важных для бизнеса вопросов (маркетинг, рекламная деятельность и т.д.). Об этом не говорится в ст. 1027 ГК РФ, однако прямо указано в ст. 1031 ГК РФ.

П. 2 ст. 1031 ГК РФ предусматривает три обязанности, которые возлагаются на правообладателя, если договором не предусмотрено иное (диспозитивные обязанности).

Первой из них является обязанность по государственной регистрации предоставления комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав. (В отношении исполнения данной обязанности речь шла в предыдущей главе настоящей работы).

Второй диспозитивной обязанностью правообладателя является оказание

¹ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 745.

пользователю постоянного технического и (или) консультационного содействия, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников.

Данная обязанность полностью соответствует целям сторон договора коммерческой концессии, поскольку правообладатель заинтересован в качественной продукции, работах или услугах со стороны пользователя и в определенном, оговоренном сторонами вознаграждении за подобное сопровождение бизнеса. Пользователь заинтересован в получении актуальной технической и информационной базе, высококвалифицированном персонале, что поможет ему достигнуть желаемых результатов в предпринимательской деятельности.

Контроль качества товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии, является третьей субъективной обязанностью правообладателя. Данная обязанность имеет весьма важное значение и ее закрепление в законе представляется нам оправданной, по нескольким причинам. Во-первых, правообладатель по смыслу франчайзинговых отношений является «профессионалом», вследствие чего, ему гораздо проще осуществлять контроль качества товаров, работ или услуг. Во-вторых, правообладатель, контролируя качество товаров работ или услуг, предостерегает себя от законодательно закреплённой ответственности (ст. 1034 ГК РФ) по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии. Так же правообладатель экономически заинтересован в долгосрочных и стабильных отношениях с пользователем, в расширении своей сети, что невозможно при сбоях в сфере качества товаров, работ или услуг.

В странах, где франчайзинг регламентирован специальным законодательством, основное внимание уделено обязанности франчайзера полного раскрытия информации о своей сфере деятельности для

потенциальных франчайзи. Полагаем, что, исходя из сущности франчайзинговых отношений, имеет место определенное неравенство сторон. Франчайзер – организация обладающая опытом ведения бизнеса, франчайзи – организация желающая получить деловой опыт, за счет заключения договора франчайзинга. Поэтому, вопрос о защите прав и интересов франчайзи, как заведомо слабой стороны, безусловно, актуален.

Наиболее остро проблема неравенства сторон встает на преддоговорном этапе отношений франчайзи и франчайзера. Законодательство РФ подразумевает следующую процедуру заключения договора коммерческой концессии: пользователь должен выбрать правообладателя и заключить с ним договор коммерческой концессии на основании интуитивных догадок и сведений, полученных из различных источников, либо сведения, которые предоставляет сам правообладатель. Убеждены, что такая процедура не способствует получению полной и достоверной информации о деятельности правообладателя и ставит пользователя в еще более рискованное положение.

Заключение договора коммерческой концессии подразумевает передачу прав на использование результатов интеллектуальной деятельности. Такая передача прав не подразумевает включения в договор условия о соответствии качества товаров, работ или услуг определенным нормативам. Несмотря на то что по умолчанию правообладателю комплекса исключительных прав предоставлено право контроля качества, в договор можно внести условие, устанавливающее иные формы кооперации.

Следует согласиться с правильностью выводов Г.А. Лаптева о том, что франчайзинг подразумевает более высокий уровень взаимодействия между обладателем прав и предпринимателем, получающим право на использование исключительных прав, в том числе императивно установленную поддержку (оказание пользователю постоянного технического и консультативного содействия) и контроль за действиями последнего. Существующая законодательно установленная система взаимоотношений между сторонами договора подразумевает принципиально диспозитивный характер

взаимодействия сторон. Следовательно, в данном случае справедливо использование термина «коммерческая концессия». Именно по этому пути пошел законодатель. Что касается предшествующих нормативных актов, то отождествление в них этих явно различных по своей природе договорных конструкций следует отнести к разряду юридико-технических ошибок¹.

В системе франчайзинга контроль качества товаров, производимых франчайзи, является правом франчайзера, но не его обязанностью, как это представлено в ст. 1031 ГК РФ. Считаем, что такое правило не допустимо для правоотношений, складывающихся в результате заключения договора коммерческой концессии. Исходя из практики применения франчайзинга в торговом обороте, если имеет место значительном количестве франшизных мест (отдельных франчайзи) деятельности, осуществить глубокий контроль за деятельностью франчайзи, весьма проблематично. Вместе с тем, установление анализируемой обязанности правообладателя считаем полностью оправданным, т.к. это способствует дополнительной защите прав и интересов потребителей товаров, работ и услуг. Более того, считаем необходимым установить обязанность осуществлять контроль качества товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии, не как дополнительную, а как основную обязанность правообладателя. Установление такого рода обязанности более логичным видится в п. 1. ст. 1031 ГК РФ, наряду с обязанностями передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав.

Изменения, внесенные ФЗ от 18.07.2011 № 216-ФЗ коснулись правил возобновления срочных договоров. В соответствующей редакции ст. 1035 ГК РФ отсутствует ограничение для правообладателя отказываться от

¹ См.: Лаптев Г.А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности // Юрист. 2014. № 11. С. 32 - 33.

возобновления договора с пользователем на условиях, закрепленных в истекшем договоре. Теперь франчайзер может отказаться от возобновления договора с франчайзи на тех же условиях, по своему усмотрению. Это новшество, по нашему мнению, абсолютно обосновано, поскольку прежний подход делал договор коммерческой концессии достаточно рискованным для правообладателя, либо экономически невыгодным для пользователя, в случае учета всех рисков по возобновлению договора в будущем франчайзером. Рынок достаточно активен на сегодняшний день, даже за небольшие промежутки времени может существенно поменяться рыночная ситуация, курс валюты, в которой зафиксированы условия договора, и продолжение отношений в сложившихся условиях может стать абсолютно невыгодным. Во-вторых, для продвижения правообладателем новых продуктов и технологий посредством пользователя, необходимо иметь законодательно разрешенную возможность заменять ими старые. Быстрое развитие современных технологий приводит к необходимости существенно корректировать и ценовую политику, и требования к персоналу, и маркетинговые подходы¹.

Для обеспечения необходимой стабильности положения пользователя, права которого новые положения несколько сужают, в договорных отношениях был выбран прием, положительно зарекомендовавший себя в российской практике аренды недвижимого имущества. Аналогично, после окончания срока договора коммерческой концессии, правообладатель вправе изменить любые условия, но пользователь, в случае надлежащего исполнения своих обязанностей, имеет преимущественное право на заключение договора коммерческой концессии на изменившихся условиях на новый срок перед другими потенциальными пользователями. Такое логичное обоснование дальнейшего заключения и исполнения договора коммерческой концессии представляется обоснованным и отвечает интересам обеих сторон договора.

Консультация специалистов Российской ассоциации франчайзинга с

¹ Нуралиев Б.Г., Пущин В.С., Салимов А.Р. Поддержка развития франчайзинга в России: изменения в гл. 54 Гражданского Кодекса вступают в силу в октябре (ФЗ-216) [Электронный ресурс]. - Режим доступа: <http://buh.ru/articles/documents/14812/> загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

зарубежными коллегами из объединяющего 47 стран Всемирного Совета по франчайзингу (WFC) показали, что прежнее положение ГК РФ, обязывающее продлять срочный договор на тех же самых условиях, является уникальным исключением в мировой практике франчайзинга¹.

Представляется необходимым обязательный правовой анализ возможных, установленных в договоре, ограничений прав правообладателя. Такого рода ограничения направлены на защиту прав контрагента либо прав потребителей. Говоря о частноправовых способах защиты прав потребителей, следует указать, что они весьма разнообразны: возложение на предпринимателя обязанностей по информированию потребителя, предоставление потребителю права на отмену договора, принудительная типизация договоров и императивная фиксация их содержания, судебный контроль за содержанием договора. Большая часть используемых здесь приемов основывается на ограничении договорной свободы в той или иной форме².

Европейский законодатель прибегает к разным способам защиты потребителей. Так, для минимальных стандартов качества потребительских товаров большое значение имеет публично-правовое регулирование³, реализации прав потребителей служат особые процессуальные формы⁴. В европейском потребительском праве преобладает, однако, частноправовой инструментарий, представленный главным образом возложением на предпринимателя обязанностей информировать потребителя о фактических и юридических деталях сделки, а также различными (иными) формами

¹ См.: Нуралиев Б.Г. Изменение Гражданского кодекса в области коммерческой концессии [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://ru.rusfranch.ru/activities/our_achievements/projects/1238/. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

² См.: Краткий обзор этого инструментария см.: Gsell B. Verbraucherschutz // J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen. Eckpfeiler des Zivilrechts. Neubearbeitung 2011. Berlin: Sellier; de Gruyter, 2010. S. 569 - 580; Kotz H. Vertragsrecht. 2. Aufl. Tübingen: Mohr Siebeck, 2012. S. 20 - 23.

³ См., например, Директиву 89/107/ЕЕС «О приведении в соответствие правовых предписаний государств-членов о добавках, которые допускаются к использованию в пищевых продуктах» с изменениями, внесенными Директивой 94/34/ЕС и Регламентом (ЕС) N 1882/2003. Обширный, но не исчерпывающий список директив такого рода см., например: Pieper S.U. Verbraucherpolitik, Verbraucherschutz // Handlexikon der Europäischen Union. 4. neu bearb. und erweiter. Aufl. Baden-Baden: Nomos; facultas. wuv; Helbing & Lichtenhahn, 2012. S. 925 - 926.

⁴ См.: Ср. Директиву 98/27/ЕС «Об исках о прекращении действий, нарушающих интересы потребителей».

ограничения договорной свободы. Более того, потребительское право едва ли не основная сфера, в которой европейский законодатель систематически ограничивает свободу договора¹.

Ст. 1033 ГК РФ предусматривает обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории.

Итак, в содержании договора коммерческой концессии стороны вправе предусмотреть ограничения их прав, направленные, прежде всего, на ограничение конкуренции на рынке соответствующих товаров. При этом соглашение участников коммерческой концессии, направленное на ограничение конкуренции, может вступить в конфликт с антимонопольным законодательством. В соответствии с п. 1 ст. 1033 ГК РФ ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического состояния сторон противоречат антимонопольному законодательству. При этом необходимо учитывать, что, заключая подобный договор, стороны могут договориться о некоторых ограничениях своих прав. Ограничения могут возникать не в каждом случае, но при их наличии они способны оказывать воздействие на отношения конкуренции.

Следует признать обоснованным предложенную в науке классификацию ограничений прав сторон, которые могут содержаться в договоре коммерческой концессии в зависимости от последствий, которые они влекут: оспоримые и ничтожные².

Те ограничения, противоречащие антимонопольному законодательству, которые могут быть признаны недействительными по иску заинтересованного лица или антимонопольного органа, являются оспоримыми. К ним относятся

¹ Unberath H. Vertragsfreiheit // HdEP. Bd. II. S. 1696 (Freedom of Contract. P. 755); Riesenhuber K. System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts. Berlin: de Gruyter Recht, 2003. S. 555.

² См.: Касымов Р.Ш. Вопросы договорной координации экономической деятельности третьим лицом в договоре коммерческой концессии // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 26.

следующие:

- обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичный комплекс исключительных прав для реализации его на территории пользователя, а также самостоятельно не осуществлять аналогичную деятельность на той же территории. При этом необходимо учитывать, что запрет распространяется не только на аналогичную деятельность, но и существенно схожую;

- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории действия договора коммерческой концессии в отношении предмета договора коммерческой концессии.

В такой ситуации ограничение конкуренции может проявляться в согласованных действиях, установлении ограничений количества или ассортимента товаров:

- обязательство пользователя не приобретать комплекс аналогичных прав, установленных в договоре коммерческой концессии, у конкурентов правообладателя;

- обязательство пользователя согласовать с правообладателем место размещения коммерческих помещений, которые будут использованы при реализации комплекса прав по договору коммерческой концессии.

Обозначенные действия носят не исчерпывающий характер и содержат по своей сути наиболее распространенные ограничения прав сторон по договору коммерческой концессии. Однако, как справедливо указано в литературе, данные условия могут быть признаны недействительными только в том случае, если ограничение конкуренции происходит на конкретном товарном рынке и необходимо доказывание факта недобросовестной конкуренции и злоупотребления своими правами¹.

Другая группа ограничений является недействительной с момента включения их в договор коммерческой концессии. В указанную группу входят:

- установление возможности правообладателя определять цену продажи

¹ См.: Касымов Р.Ш. Указ соч. С. 27.

товара/услуг либо установление верхнего и нижнего предела цены;

- установление круга лиц, которые могут быть покупателями или получателями услуг, предоставляемых пользователем.

Указанный перечень является закрытым и влечет недействительность подобных условий договора.

При рассмотрении прав и обязанностей сторон по данному договору, необходимо обратить внимание на следующее противоречие: ст. 1033 ГК РФ устанавливает возможность включение в договор коммерческой концессии ограничение прав, таким образом, можно предположить, что в договоре будет установлено положение, ограничивающее правоспособность сторон. Данная норма входит в противоречие со статьей 22 ГК РФ, которая устанавливает запрет на ограничение правоспособности физического лица, кроме случаев, установленных законом, а так же со статьёй 49 ГК РФ, которая устанавливает этот же запрет, но в отношении юридического лица.

Таким образом, ограничение правоспособности возможно только в случаях установленных законом. Хотя статья 1033 ГК РФ и устанавливает возможность такого ограничения, но в то же время ГК РФ, применительно к данному договору, закрепляет право для сторон самим решать какие именно ограничения правоспособности, указанных в статье 1033 ГК РФ, указывать в договоре. Таким образом, абсолютно справедливо указано в цивилистической науке, что применительно к договору коммерческой концессии, ограничение правоспособности сторон происходит посредством договора, что вступает в противоречие с принципом недопустимости ограничения правоспособности. Возможность включения в договор коммерческой концессии условий, ограничивающих правоспособность, является исключением из гражданско-правового принципа недопустимости ограничения правоспособности¹.

Ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица,

¹ См.: Смирнова Е. Ограничение правоспособности сторон по договору коммерческой концессии // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2012. №8. С. 52.

если они противоречат антимонопольному законодательству¹. Однако зачастую ФАС России не может предоставить доказательств того, что договор коммерческой концессии ограничивает конкуренцию на каком-либо товарном рынке².

Договор коммерческой концессии в тех случаях, когда он предполагает производство лицензионной продукции (товара), выполнение работ или оказание услуг, требует от пользователя существенных материальных и организационных затрат, поэтому необходимо создать условия, гарантирующие стабильность отношений между участниками такого договора³.

Договорная практика говорит о том, что все ограничения нужно детально прописывать в положениях договора коммерческой концессии и договора франчайзинга. Проблема состоит в том, что правообладатели могут осуществлять аналогичную деятельность на территории, предусмотренной для деятельности пользователя с использованием аналогичного набора исключительных прав. Данные действия правообладателей могут нарушить нормы Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции»⁴ и полностью противоречат целям заключения договора коммерческой концессии со стороны пользователя.

Приведем пример судебного решения, в котором контрагенты, заключившие договор концессии и недостаточно четко прописавшие ограничения прав сторон по договору, оказались в зале суда⁵. По договору коммерческой концессии, заключенному между обществом «Агроторг» (правообладателем) и обществом «АкБарс Торг» (пользователем), правообладатель предоставил пользователю комплекс исключительных прав (в

¹ См.: Манохова, С.В. Указ. соч. С. 5.

² Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 19.03.2014 по делу № А45-4580/2013. // СПС Консультант Плюс

³ См.: Крашенинников, П.В. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй: В 3 т. (том 3) М.: Статут, 2011. С. 505.

⁴ Закон Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ "О защите конкуренции" (в ред. от 13.07.2015 N 216-ФЗ) // Российская газета. 2006. 27 июля.

⁵ Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 20.09.2011Г. №2549/11 по делу №А65-4166/2010-СА3-36. // СПС Консультант Плюс

том числе право на товарный знак «Сеть магазинов «Пятерочка») и закрепил за ним территорию города Казани и республики Татарстан. В договоре было закреплено, что правообладатель обязан не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для использования на данной территории. После пяти лет действия договора коммерческой концессии правообладатель сам начал осуществлять деятельность с использованием товарного знака, не «Сеть магазинов Пятерочка», а «Пятерочка Плюс». Пользователь, обратился с жалобой на недобросовестные действия правообладателя в Федеральную антимонопольную службу, которая признала общество «Агроторг» нарушившим ч. 1 ст. 14 ФЗ «О защите конкуренции», и обязала его прекратить деятельность, связанную с использованием товарного знака «Пятерочка Плюс» на территории республики Татарстан до истечения срока договора коммерческой концессии.

Однако впоследствии ВАС РФ пришел к выводу, что в данном случае необходимо руководствоваться положениями договора коммерческой концессии, заключенным между сторонами, который не содержал ограничений в указанной выше деятельности правообладателя.¹

Несмотря на это, арбитражный суд первой инстанции и кассационной инстанции поддержали позицию Федеральной антимонопольной службы и «Ак Барс Торг». Аргументировав свою позицию, тем, что необходимо руководствоваться нормами Федерального закона «О защите конкуренции», с учетом предшествующих заключению договора переговоров и переписки, обычаев делового оборота.

Судья Президиума ВАС Т.Н. Нешатаева высказала свое особое мнение по вопросу: «Уважая решение, которое приняли мои коллеги в Президиуме ВАС РФ, я не могу согласиться с выводами большинства и правовыми последствиями квалификации сложившихся между сторонами отношений по гражданско-правовому договору в силу следующих причин». Т.Н. Нешатаева, говорит о несоблюдении правообладателем честных обычаев в торговых

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского Округа от 16.12.2010 по делу № А65-4166/2010. // СПС Консультант Плюс:

делах, а так же о том, что в данном случае нужно оценивать разумные ожидания сторон от заключения договора коммерческой концессии. А так как суды первой¹ и второй инстанций установили, что согласно предшествующим заключению договора переговорам и переписке правообладатель намеревался передать пользователю единоличное и самостоятельное право на использование комплекса исключительных прав, в данном случае суд должен поддержать сторону пользователя.

Данный судебный прецедент наталкивает нас на мысль о необходимости внесения изменений в положения ст. 1033 ГК РФ, однако на сегодняшний день таких изменений не предполагается².

Важной практической проблемой является отсутствие правового механизма раскрытия информации о деятельности правообладателя на преддоговорном этапе франчайзинговых отношений.

Непосредственная обязанность франчайзера (правообладателя) заключается в предоставлении потенциальному франчайзи (пользователю) документа о раскрытии информации³.

На наш взгляд, заимствование данной правовой конструкции будет положительно сказываться на ускорении развития франчайзинга в РФ и будет, безусловно, прогрессивной для нашей правовой системы. Рискованный характер такого заимствования компенсируется наделением потенциального пользователя правом обращаться за достоверной и полной информацией к правообладателю, за счет чего отношения, возникающие впоследствии, будут основаны на базовых принципах гражданского права, в том числе на принципе добросовестности. Данное обращение потенциального франчайзи является юридически значимым действием, то есть до момента заключения договора коммерческой концессии потенциальные стороны вступают в односторонне-

¹ Решение Арбитражного суда Республики Татарстан от 04.06.2010 по делу № А65-4166/2010-СА3-36. // СПС Консультант Плюс

² Проект Федерального закона №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ В I чтении 27.04.2012г). // СПС Консультант Плюс

³ См.: Попова Т.В. Правовые проблемы договора коммерческой концессии // Вестник Сибирского университета потребительской кооперации. 2013. № 1 (4). С. 133.

обязывающее преддоговорное франчайзинговое правоотношение, поскольку праву потенциального пользователя корреспондирует обязанность правообладателя предоставить полную информацию о своей коммерческой деятельности. Это правоотношение будет носить обособленный характер, поскольку оно не влечет обязанностей сторон по заключению договора коммерческой концессии, а его возникновение определяется фактом обращения потенциального пользователя к потенциальному правообладателю. Ответственность правообладателя за нарушение обязанности раскрытия информации по данному правоотношению так же не зависит от дальнейшего развития отношений между сторонами. Для потенциального пользователя устанавливается режим конфиденциальности, что закрепляется в соглашении между сторонами.

Срок франчайзингового преддоговорного правоотношения ограничен сроком существования обязанности потенциального правообладателя по раскрытию информации и сроком сохранения режима конфиденциальности информации полученной потенциальным пользователем от потенциального правообладателя. По истечению указанных сроков или по факту исполнения обязанности потенциального правообладателя франчайзинговое преддоговорное правоотношение прекращается.

Содержанием такого правоотношения будет являться обязанность потенциального правообладателя раскрыть и предоставить информацию, путем предоставления соответствующего документа. Можно сказать, что данный документ имеет схожие черты с офертой, но оферты особого рода, поскольку в данном случае имеет место императивное предписание о раскрытии информации потенциальным франчайзером. Потенциальный правообладатель направляет потенциальному пользователю документ, а он, в свою очередь, либо соглашается вступать в договорные отношения с правообладателем, либо отказывается от продолжения правоотношений, то есть акцептует или не акцептует оферту.

Представляется, что в связи с этим изменением в гл. 54 ГК РФ, могут возникнуть некие трудности. Особенно это касается содержания документа о раскрытии информации, но в данном случае пользователь, заключивший договор коммерческой концессии и, впоследствии, обнаруживший несоответствие фактической информации, той, что была предоставлена на преддоговорном этапе франчайзинговых отношений, имеет право на защиту своих интересов. В том числе, право на возмещение потерь и упущенной выгоды, в связи с заключением договора коммерческой концессии. Таким образом, мы приходим к решению проблемы о неравенстве положений правообладателя и пользователя.

Заслуживает особого внимания точка зрения, высказанная в науке Д.П. Бондаренко, которая предлагает установить солидарную ответственность правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю о несоответствии качества товаров, вводимых в оборот пользователем на основе исключительных прав по договору коммерческой концессии. По ее справедливому замечанию, реализация данного положения приведет в соответствие положения об ответственности сторон договора коммерческой концессии с положениями п. 3 ст. 14 Закона Российской Федерации от 7 февраля 1992 года № 2300-I «О защите прав потребителей», согласно которому вред, причиненный вследствие недостатков товара, подлежит возмещению продавцом или изготовителем товара по выбору потерпевшего; вред, причиненный вследствие недостатков работы или услуги, подлежит возмещению исполнителем¹.

Проблемой, требующей законодательного урегулирования, так же является правило, закрепленное в ст. 1034 ГК РФ, касающееся субсидиарной ответственности правообладателя по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии. В мировой практике франчайзинговых отношений такого

¹ См.: Бондаренко Д.П. Правовое регулирование договора коммерческой концессии в российском праве: автореферат дис. ... кандидата юридических наук. М., 2013. С. 10.

положения об ответственности не существует, оно вызывает множество дискуссий, как в сфере предпринимателей, так и среди ученых-цивилистов. Например, А.З. Майлер - председатель совета директоров Российской ассоциации франчайзинга, говорит об абсурдности данного положения¹. С данной формулировкой сложно спорить, поскольку правообладатель и пользователь две независимые, юридически обособленные организации. Правоотношения, возникающие в связи с заключением договора коммерческой концессии, могут носить очень широкий характер, правообладатель, в соответствии с положениями договора может оказывать консультационные услуги по ведению бизнеса, организовывать техническую поддержку и даже полностью бизнес – процессы. Однако так же могут взаимодействовать консалтинговые агентства со своими клиентами, или организации, оказывающие техническую поддержку для ведения бизнеса, или организации, занимающиеся оказанием услуг на основании договора аутсорсинга. Ни в одном из перечисленных случаев подобного рода ответственности нет.

Считаем, что анализируемая норма (положение) об ответственности правообладателя направлена на повышение рискового характера договора для правообладателя и ограничивает независимость сторон договора, которые, по смыслу зарубежной системы франчайзинга абсолютно независимы. Сложно спроецировать в предпринимательской деятельности ситуацию, в которой одна организация (индивидуальный предприниматель) будет отвечать по обязательствам другой, даже если первая из них является поставщиком каких-то комплектующих материалов или оказывает консалтинговые услуги.

То есть, можно сделать вывод, о необходимости изменения ст. 1034 ГК РФ, содержащей положения о субсидиарной ответственности правообладателя по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии и отмене на законодательном уровне данной обязанности правообладателя. Полагаем, что

¹ См.: Стойкая ассоциация: [Электронный ресурс] / Франчайзинг. Режим доступа: <http://franch.biz/read/articles/27>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.)

такая ответственность должна иметь договорный характер и применяться только в случаях, предусмотренных в договоре.

Законодательное установление субсидиарной ответственности для правообладателя тормозит развитие предпринимательской деятельности, посредством внедрения франчайзинговых моделей, что, конечно, отрицательно сказывается не только на развитии предпринимательства в РФ, но и на всей экономической системе страны, так как альтернативный вариант – создание собственных предприятий, требует достаточно больших вложений, а если имеет место географическая удаленность, то практически не осуществим.

Выводы.

1. В системе франчайзинга контроль качества товаров, производимых франчайзи, является правом франчайзера, но не его обязанностью, как это представлено в ст. 1031 ГК РФ. Отдельные авторы указывают на нецелесообразность таких требований для правоотношений, складывающихся в результате заключения договора коммерческой концессии. Исходя из практики применения франчайзинга в торговом обороте, если имеет место значительное количество франшизных мест (отдельных франчайзи) деятельности, осуществить глубокий контроль за деятельностью франчайзи, весьма проблематично. Вместе с тем, установление анализируемой обязанности правообладателя считаем полностью оправданным, т.к. это способствует дополнительной защите прав и интересов потребителей товаров, работ и услуг. Более того, считаем необходимым установить обязанность осуществлять контроль качества товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии, не как дополнительную, а как основную обязанность правообладателя. Установление такого рода обязанности более логичным видится в п. 1. ст. 1031 ГК РФ, наряду с обязанностями передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав,

предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав.

2. Для обеспечения необходимой стабильности положения пользователя, права которого положения ГК РФ несколько сужают, в договорных отношениях был выбран прием, положительно зарекомендовавший себя в российской практике аренды недвижимого имущества. Аналогично, после окончания срока договора коммерческой концессии правообладатель вправе изменить любые условия, но пользователь, в случае надлежащего исполнения своих обязанностей, должен иметь преимущественное право на заключение договора коммерческой концессии на изменившихся условиях на новый срок перед другими потенциальными пользователями.

3. Франчайзер (правообладатель) обязанности раскрыть и предоставить необходимую информацию потенциальному франчайзи (пользователю), еще до момента заключения франчайзингового договора. Полагаем, что заимствование таких правил и установление аналогичной обязанности на уровне ГК РФ будет способствовать развитию франчайзингового оборота в Российской Федерации и обеспечит защиту прав потенциального пользователя, как будущего обладателя исключительными правами. Итак, праву потенциального пользователя будет корреспондировать обязанность правообладателя предоставить полную и достоверную информацию о своей предпринимательской деятельности. Вместе с тем, возникающие правоотношения между правообладателем и потенциальным пользователем будут иметь автономный характер по отношению к возможным франчайзинговым отношениям, поскольку они не влекут обязанностей сторон по заключению договора коммерческой концессии. В отношении потенциального пользователя необходимо установить режим коммерческой тайны в отношении предоставленной информации.

Результаты предоставленной информации должны быть отражены в соответствующем документе, передаваемом правообладателем

потенциальному пользователю. Переданный документ имеет аналогию с офертой. Получив такую «оферту» потенциальный пользователь либо соглашается вступать в договорные отношения с правообладателем, либо отказывается от продолжения правоотношений, то есть акцептует или не акцептует оферту.

4. Считаем, что положение, закрепленное в ст. 1034 ГК РФ об ответственности правообладателя направлено на повышение рискового характера договора для правообладателя и ограничивает независимость сторон договора, которые, по смыслу зарубежной системы франчайзинга абсолютно самостоятельны (автономны). Полагаем необходимым изменить ст. 1034 ГК РФ, содержащую положение о субсидиарной ответственности правообладателя по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии и отменить на законодательном уровне данную императивную обязанность правообладателя. Полагаем, что такая ответственность должна иметь договорный характер и применяться только в случаях, предусмотренных в договоре.

3.3. Правовой статус пользователя (франчайзи) по договору коммерческой концессии и франчайзинга. Ответственность сторон.

Перечень обязанностей пользователя, предусмотренный ГК РФ, гораздо объемнее, нежели у правообладателя и не носит столь императивного исчерпывающего характера.

Основной обязанностью пользователя является соблюдение условий договора в части использования средств индивидуализации и принадлежащих правообладателю исключительных прав, что вытекает из положения п. 2 ст. 1027 ГК РФ. Данная обязанность, коррелирует с правом на использование комплекса исключительных прав передаваемых по договору (п. 1 ст. 1027 ГК

РФ), однако содержание в данном случае различно, если право касается активных действий пользователя, то обязанность заключается в соблюдении границ использования исключительных прав, установленных договором коммерческой концессии.

При осуществлении основной обязанности пользователь обязан:

а) использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности комплекс исключительных прав, предоставленных правообладателем, указанным в договоре образом. Если в договор внесены какие-либо ограничения, касающиеся такого использования, они должны соблюдаться;

б) соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав, тому, как этот комплекс используется правообладателем¹;

в) не разглашать секреты производства правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию.

Что касается конфиденциальной коммерческой информации, то имеется в виду сохранение в секрете сведений, составляющие коммерческую тайну правообладателя. Федеральный закон от 12.03.2014 № 35-ФЗ «О внесении изменений в части первую, вторую и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации» (далее - Закон № 35-ФЗ) внес существенные изменения как в главу 75 ГК РФ, так и в Закон о коммерческой тайне². В настоящее время и глава 75 ГК РФ, и Закон о коммерческой тайне предусматривают охрану одного и того же объекта. Правда, называется этот объект по-разному. В ГК РФ он именуется «секретом производства (ноу-хау)», а согласно Закону о коммерческой тайне это «информация, составляющая коммерческую тайну

¹ См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 748.

² Федеральный закон РФ от 29.07.2004 № 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (в ред. от 12.03.2014 N 35-ФЗ) // Российская газета. 2004. 5 августа.

(секрет производства)». Но в остальной части определения (ст. 1465 ГК РФ и ст. 3 Закона) совпадают целиком и полностью.

Согласно законодательству США¹, коммерческой тайной является информация, которая: имеет самостоятельную экономическую стоимость благодаря тому, что не является общеизвестной или доступной людям, которые могут ее использовать в коммерческих целях; является объектом разумных усилий по защите. Коммерческой тайной в Германском законодательстве² признаются сведения, которые касаются торговых отношений между фирмами: организации и размеров оборота; состояния рынков сбыта; сведений о поставщиках и потребителях, о банковских операциях.

Таким образом, мы видим, что коммерческая тайна по законодательству США, ФРГ и ряда других стран – это не режим конфиденциальности, а информация. Российское же законодательство эти понятия разводит.

Информация, составляющая коммерческую тайну - сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны³.

ФЗ «О коммерческой тайне» содержит требования соответствия информации коммерческой тайне; указывает информацию, которая не может являться коммерческой тайной; а так же устанавливает требования по её охране, однако закон, устанавливая требования по охране коммерческой тайне, упускает некоторые моменты, которое в дальнейшем восполняются в

¹ См.: Алферов О.Л. Коммерческая тайна и её защита // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. Реферативный журнал. 2004. № 1. С. 83.

² См.: Там же. С. 84.

³ Федеральный закон РФ от 29.07.2004 № 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (в ред. от 12.03.2014 N 35-ФЗ) // Российская газета. 2004. 5 августа.

договорах и локальных актах организаций, из-за чего возникают коллизии. Так, ранее вопросы охраны конфиденциальности информации в рамках гражданско-правовых отношений регулировались отдельной статьёй 12 ФЗ «О коммерческой тайне», сфера действия которой не ограничивалась договорами, непосредственно связанными с распоряжением правами на охраняемую информацию. В ней содержались положения о контрагентах, которыми могли выступать и стороны по договорам, где конфиденциальная информация могла затрагиваться косвенно. При этом данной статьёй этого ФЗ устанавливалась важная обязанность контрагента по информированию обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, о допущенном контрагентом либо ставшем ему известном факте разглашения или угрозы разглашения, незаконном получении или незаконном использовании информации, составляющей коммерческую тайну, третьими лицами, что создавало некую возможность для предотвращения дальнейшего распространения информации¹.

С 1 января 2008 г. указанные положения утратили свою силу, не получив адекватной замены на уровне ГК РФ. Оборот прав на секреты производства (ноу-хау), как и других результатов интеллектуальной деятельности, на сегодняшний день осуществляется в соответствии с ГК РФ в двух основных договорных формах: путем заключения договора об отчуждении исключительного права на секрет производства и лицензионного договора (нормы которого субсидиарно могут применяться и к договору коммерческой концессии). В соответствии с данными договорами на лицо, распорядившееся своим правом, возлагается обязанность сохранять конфиденциальность секрета производства до прекращения действия исключительного права на него. При этом необходимость поддержания режима конфиденциальности сведений связана с определенными затратами, как финансовыми, так и организационными, техническими и иными, а срок установления и поддержания такого режима является неопределенным, равно как для нового

¹ Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ "О коммерческой тайне" (в ред. от 12.03.2014 № 35-ФЗ) // Российская газета. 2004. 5 августа.

правообладателя не устанавливается и обязанность информировать всех прежних обладателей - носителей обязанности по сохранению конфиденциальности о прекращении действия исключительных прав на секрет производства.

Отмеченные недостатки делают рассматриваемые положения трудно реализуемыми на практике, что вызывает необходимость, прежде всего, более детального регулирования на уровне договора и локальных актов организаций вопросов оборота конфиденциальной информации, в том числе четкого установления взаимных прав и обязанностей, а также сроков охраны. Из-за пробелов законодательного регулирования, нормы, регулирующие режим охраны конфиденциальности коммерческой тайны, восполняемые в договорах и локальных актах различных организаций начинают противоречить друг с другом. При возникновении противоречий между действующими в организации локальными актами следует руководствоваться общими правилами разрешения юридических коллизий, которые сводятся к следующему: если противоречат друг другу акты одного и того же органа, изданные в разное время по одному и тому же вопросу, то применяется последний по принципу: позже изданный акт отменяет предыдущий во всем том, в чем он с ним расходится; если коллизионные акты изданы одновременно, но разными органами, то применяется акт, обладающий более высокой юридической силой, т.е. за основу берется принцип иерархии нормативных актов; если расходятся общий и специальный акты одного уровня (коллизии по горизонтали), то применяется последний; если разного уровня (коллизии по вертикали), то - общий¹.

Категориально-понятийный аппарат по вопросам правового регулирования коммерческой тайны содержится в статье третьей ФЗ «О коммерческой тайне». Рассмотрение понятий в рамках проблем определения коммерческой тайны, не является предметом рассмотрения настоящего исследования.

¹ См.: Потрашкова О. А. Коммерческая тайна: проблемы правовой защиты // Информационное право. 2013. № 1. С. 16.

В литературе справедливо указано, что договор коммерческой концессии должен определять, какие именно сведения составляют коммерческую тайну¹. Безусловно, указание таких сведений придаст договору большую определенность. В результате принятия Закона № 35-ФЗ нарушено взаимодействие главы 75 ГК РФ с Законом о коммерческой тайне путем исключения из его текста термина «секрет производства (ноу-хау)». Более того, были приняты новые формулировки понятий «секрет производства» (ноу-хау) и «информация, составляющая коммерческую тайну», которые по отдельным аспектам отличаются как друг от друга, так и от соответствующего определения согласно статье 39 Соглашения ТРИПС, на которую российский законодатель обязан ориентироваться после присоединения России к ВТО. В результате возникла проблема с пересекающейся компетенцией двух федеральных законов, поскольку понятия двух объектов, охраняемых в режиме секретности, хотя и близки друг другу, но все же имеют определенные различия, что непременно приведет к затруднениям в правоприменительной практике². Полагаем, что такого рода практические вопросы имеют самое непосредственное отношение к договору коммерческой концессии;

г) информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что пользователь использует фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак (знак обслуживания) или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии. Закрепление в законе такой обязанности связано с тем, что пользователь действует на рынке под маской правообладателя³. Осведомленность по этому вопросу обеспечивает возможность потребителей предъявить свои требования непосредственно к правообладателю на основании ст. 1034 ГК РФ. Данная обязанность может быть исполнена при помощи рекламы.

Согласно ст. 1030 ГК РФ пользователь обязан своевременно выплачивать

¹ См.: Шостак И. Коммерческая тайна и договорные правоотношения // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2013. № 11. С. 40.

² См.: Еременко В.И. Особенности правовой охраны секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну // Законодательство и экономика. 2014. № 12.

³ См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 747.

правообладателю обусловленное договором вознаграждение. Вознаграждение может выплачиваться в любой форме, предусмотренной договором, в частности в форме фиксированных разовых или периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи и иной форме. Исследователи склоняются к комплексному использованию способов оплаты или предлагают выбирать, исходя из характера будущих отношений. Разовый (паушальный) платеж целесообразен тогда, когда сразу же после предоставления концессии пользователь получает все необходимые ему права и информацию и в дальнейшем содействии правообладателя при их реализации уже не нуждается¹.

В ситуации, когда после расторжения договора пользователь продолжает использовать комплекс исключительных прав, переданный ему правообладателем, последний имеет право на защиту своих интересов в суде, то есть на запрет использования данного комплекса исключительных прав и на взыскание неустойки².

Особую важность представляет обязанность пользователя обеспечивать соответствие качества производимых им на основании договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем. Одна из целей договора, а именно – содействие расширению сбыта товаров (работ, услуг), подразумевает данную обязанность. Нарушение данной обязанности может стать основанием для признания этого нарушения существенным и расторжения договора коммерческой концессии по инициативе правообладателя в соответствии со ст. 450 ГК РФ.

Кроме того, в данном случае можно рассмотреть позицию потребителя, который рассчитывает на определенное качество товаров, работ или услуг, поскольку отождествляет пользователя с правообладателем, на основании

¹ См.: Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2010. С. 751.

² Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.02.2012 г. № ВАС-1260/12. // СПС Консультант Плюс

товарного знака, фирменного наименования или других средств индивидуализации. Однако нормы законодательства о защите прав потребителей выступают в качестве минимального уровня требований, в частности право потребителя на безопасность товара (работы, услуги) и право на информацию о товаре (работе, услуге) и их изготовителе должны быть гарантированы¹.

Также обязанностью пользователя является оказание покупателям (заказчикам) всех дополнительных услуг, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя, что также следует из нормы, закрепленной в ст. 1032 ГК РФ. К таким дополнительным услугам могут относиться оформление товара, его доставка и иные услуги. Данные услуги входят в общее представление потребителей о качестве товаров, работ или услуг, которое должен обеспечить пользователь в соответствии с условиями договора коммерческой концессии.

Наконец, пользователь в соответствии с договором коммерческой концессии обязан предоставить оговоренное количество субконцессий, если такая обязанность предусмотрена договором (ст. 1032 ГК РФ).

Перечень ограничений прав для пользователя, так же как и обязанностей, гораздо обширнее. Согласно пункту 1 статьи 1033 ГК РФ в договоре коммерческой концессии могут быть предусмотрены:

- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии, в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

- отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;

- обязательство пользователя реализовывать, в том числе перепродавать,

¹ Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 13.07.2015 № 233-ФЗ) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15.

произведенные и (или) закупленные товары, выполнять работы или оказывать услуги с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав по установленным правообладателем ценам, а равно обязательство пользователя не реализовывать аналогичные товары, не выполнять аналогичные работы или не оказывать аналогичные услуги с использованием товарных знаков или коммерческих обозначений других правообладателей;

- обязательство пользователя продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно в пределах определенной территории;

- обязательство пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

Положения, существовавшие в ГК РФ ранее, поощряли конкуренцию между правообладателем и пользователем, что, как полагаем, противоречит сути договора коммерческой концессии. Правообладатель вправе рассчитывать на усиление своих конкурентных позиций на рынке, и с экономической точки зрения, и исходя из законов логики, конкуренция внутри одной сети ему не выгодна. Так же, и пользователи, и правообладатель должны действовать в соответствии со стандартами единой коммерческой политики, что будет способствовать создать нужную ему модель эффективного сетевого бизнеса.

Внесенные изменения в законодательство весьма целесообразны, так как ведение ценовой конкуренции между пользователями договора коммерческой концессии под единым товарным знаком, находящимися на одной территории, негативно отражается на прибыльности их бизнеса и на интересах правообладателя. Также, единая ценовая политика – это шанс для небольшого предпринимателя выдержать конкуренцию с подразделениями крупных фирм, широко применяющих различные ценовые инструменты. Правообладатели же зачастую, имеют большой арсенал инструментов по исследованиям рынка сбыта товаров, обладают проработанной маркетинговой политикой. Соответственно, пользователь договора коммерческой концессии получает

дополнительные преимущества, и имеет высвобожденные ресурсы для другой необходимой деятельности своей компании.

Что касается интересов потребителя, то при пользовании услугами (работами, товарами) лиц, работающих под одной торговой маркой, он, безусловно, ожидает единого уровня цен. Дифференциация ценовой политики привела бы к замешательству со стороны потребителя и недоверию, как к правообладателю, так и к пользователю договора коммерческой концессии.

Важно отметить, что указанные новеллы стали отвечать нормам Федерального закона от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» только после внесения в последний изменений Федеральным законом от 06.12.2011 №401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации. С этого времени п.1 ст.12 Федерального закона «О защите конкуренции» допускает в рамках договора коммерческой концессии «вертикальные» соглашения, в частности установление и регулирование правообладателем цены перепродажи товара (работы, услуги). Помимо прочих условий в договоре коммерческой концессии может быть зафиксировано право заключения пользователем договора субконцессии, что влечет положительный экономический эффект для правообладателя, т.к. существенно расширяет его торговую сеть. Как правило, условия, на которых может быть заключен субконцессионный договор, изложены в договоре коммерческой концессии, который является основным по отношению к нему.

Применительно к обязательствам, вытекающим из договора коммерческой концессии, с учетом всех правовых норм, регулирующих этот договор, можно говорить о нескольких различных уровнях правового регулирования ответственности пользователя и правообладателя за неисполнение или ненадлежащее исполнение указанных обязательств¹.

Первый уровень регулирования ответственности представляют собой общую ответственность сторон за неисполнение обязательств, установленную

¹ См.: Брагинский М. И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 616.

в главе 25 ГК РФ¹. Глава 54 ГК РФ, регламентирующая франчайзинговые правоотношения, не исключает применения отдельных общих положений об ответственности должника за неисполнение или ненадлежащее исполнение гражданско-правовых обязательств. Следовательно, при неисполнении или ненадлежащем исполнении сторонами обязательств по договору коммерческой концессии, они обязаны возместить убытки, причиненные таким нарушением, что закреплено ст. 15 и ст. 393 ГК РФ.

Основанием ответственности может служить любое нарушение условий договора коммерческой концессии, но для привлечения к ответственности необходимо, как минимум, наличие двух условий. Во-первых, наличие убытков у потерпевшей стороны, в этом случае подразумеваются экономические убытки, например уменьшение имущественной сферы. Во-вторых, причинно-следственная связь между допущенным нарушением договорных обязательств и указанными убытками.

Второй уровень регулирования выделяется на основании специальных мер, применяемых к правообладателю, свойственных только данному договору². В п. 2 ст. 1035 ГК РФ закреплено, что правообладатель, отказавший в заключение договора пользователю на новый срок, ограничен в праве заключать такой договор (с предоставлением того же объема прав и с теми же условиями) с другим лицом, в течение года.

В случае неисполнения данного обязательства, пользователь может потребовать перевода на себя прав и обязанностей по заключенному договору и возмещения убытков, причиненных отказом возобновить с ним договор. Как справедливо указано в литературе, данное ограничение является некой гарантией прав пользователя, поскольку добросовестный франчайзи, которому отказано в заключение договора на новый срок несет убытки³.

¹ См.: Табалинова К.Ю. Ответственность сторон по договору коммерческой концессии // Фундаментальные и прикладные исследования в современном мире. 2013. Т. 3. № 04 (04). С. 110.

² См.: Табалинова К.Ю. Указ. соч. С. 111.

³ См.: Корлякова Н.В. Способы защиты прав сторон при нарушении условий договора коммерческой концессии и лицензионного договора // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 4. С. 86.

Так же следует выделить ответственность правообладателя перед пользователем за изменение коммерческого обозначения, если оно было предоставлено пользователю по договору коммерческой концессии (ст. 1039 ГК РФ)¹. Кажется, что в этом случае снова можно говорить о закреплении законодателем некоторых гарантий прав пользователя, поскольку в данном случае, при изменении коммерческого обозначения правообладателя также можно говорить об упущенной выгоде. Пользователь в случае изменения коммерческого обозначения имеет право потребовать расторжения договора и возмещения убытков. Если пользователь не воспользовался правом расторгнуть договор, он вправе требовать соразмерного уменьшения вознаграждения правообладателю.

Предъявление пользователем требования о взыскании убытков возможно лишь в случае требования о расторжение договора коммерческой концессии (ст. 1039 ГК РФ).

Третий уровень правового регулирования выделяется в ответственности правообладателя перед третьими лицами². В науке существует мнение, что развитие договора коммерческой концессии на базе лицензионного договора обуславливает закрепление в законе правил о возможности субсидиарного применения норм, регулирующих лицензионные договоры³. В случае если третьи лица предъявляют требования о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии к пользователю, правообладатель несет субсидиарную ответственность (о субсидиарной ответственности правообладателя подробно указано в параграфе 3.2. настоящей работы).

Если же третьи лица предъявляют требования к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя, то правообладатель отвечает с пользователем солидарно. Понятие «продукция» в данном случае охватывает как товар в форме вещей (то есть предмет по договору купли-

¹ См.: Маслов А. Ответственность правообладателя по договору коммерческой концессии // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2013. № 2. С. 51.

² См.: Табалинова К.Ю. Указ. соч. С. 111.

³ См.: Райников А. С. Указ соч. М., 2009. С. 22.

продажи), так и товар в форме работ, представляющих собой действия по созданию новых материальных объектов¹.

На наш взгляд, такие положения связаны с приоритетом защиты прав потребителей в РФ, нежели с желанием законодателя защитить права франчайзи или ущемить права франчайзера, что видится вполне оправданным и разумным.

Перечень требований, предъявляемых к пользователю как к изготовителю продукции достаточно широк. Как отмечалось ранее, продукция (товар), как правило, реализуется потребителям, поэтому указанные отношения регламентируются и Законом РФ от 7 февраля 1992 г. №2300-1 «О защите прав потребителей», который содержит более широкий перечень требований, по сравнению с общими правилами ГК РФ о договоре купли-продажи, предъявляемых потребителями.

Следует отметить, что ответственность правообладателя наступает только при несоответствии качества (но не количества, ассортимента, комплектности, сроков и иных условий договора пользователя с его контрагентом)².

Выводы.

1. Установлено, что к основным обязанностям пользователя относятся:

1) использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности разрешенные к использованию договором объекты интеллектуальной собственности только указанным в договоре образом; 2) обеспечивать соответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых непосредственно правообладателем; 3) соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том

¹ См.: Абова Т.Е. [и др.] Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй М.: Юрайт, 2006. С. 847.

² Богданов А.В. Гражданско-правовое регулирование договора коммерческой концессии в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : на правах рукописи / А. В. Богданов. М, 2009. С. 11.

числе указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений; 4) оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар непосредственно у правообладателя; 5) не разглашать ноу-хау правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию; 6) информировать покупателей (заказчиков) об использовании объектов интеллектуальной собственности. Также на пользователя договором может быть возложена обязанность предоставить оговоренное количество субконцессий.

2. Установлено, что ответственность правообладателя перед потребителями традиционно объясняется сущностью франчайзинговых отношений, сложившихся в Российской Федерации и самого договора коммерческой концессии. Поскольку покупатели приобретают товар (работу, услугу) под «вывеской» правообладателя, они оправданно рассчитывают на соответствующее «вывеске» качество товара (работы, услуги). Однако, как указывалось в предыдущем параграфе, это императивное положение, защищая права потребителей, не соответствует интересам правообладателя и диктует необходимость корректировки, путем установления не как императивного, а качества диспозитивного требования.

3. Полагаем, что права и обязанности сторон по договорам франчайзинга и коммерческой концессии имеют реализацию как в частно-правовых, так и в публично-правовых отношениях. Можно сделать вывод о комплексности и межотраслевом характере правового регулирования данных отношений. Таким образом, установлено, что договоры франчайзинга и коммерческой концессии обладают сложной правовой природой; усматриваются межотраслевые связи при возникновении правоотношений из договоров франчайзинга и коммерческой концессии. Вместе с тем, правовой институт коммерческой концессии является институтом гражданского права, относящийся к обязательственному праву.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Сравнительно-правовое исследование договоров франчайзинга и коммерческой концессии позволило сделать ряд выводов, не только обладающих теоретической и практической значимостью с точки зрения обеспечения прав участников правоотношений, возникающих из данных договоров, но и отражающих вклад в развитие российской науки гражданского права.

Полагаем, что достаточно часто вносимые изменения в ч. 2 ГК РФ, безусловно, способствуют развитию анализируемого в работе института, как с правовой, так и с экономической точек зрения. Однако существует целый ряд проблем, не урегулированных, к сожалению, до сегодняшнего времени. Это касается названия гл. 54 ГК РФ и ее содержания, норм о регистрации предоставления прав по договору коммерческой концессии, норм об ответственности сторон. Так же законодательно не установлен целый ряд понятий, связанных с договорами коммерческой концессии и франчайзинга, например, не определено, что же является непосредственно коммерческой концессией и франчайзингом.

Историческая ретроспектива договора коммерческой концессии и франчайзинга дает нам понять, что это два разных договора, первый из которых возник гораздо раньше и регулирует более узкий круг правоотношений. Как было доказано в работе, в Российской Федерации коммерческая концессия попросту подменяет понятие франчайзинга.

Правообладатель передает свои исключительные права, средства индивидуализации, пользователю, с целью расширения своего товарооборота, то есть преследует экономические цели, например, увеличивая эффективность своего бизнеса. При этом приобретает некоторые вполне оправданные с точки зрения стандартов качества товаров (работ, услуг), ожиданий потребителя, контрагентов, обязательства, однако не все из них способствуют достижению преследуемой им цели, даже в случае добросовестного и законного ведения

предпринимательской деятельности.

Российская Федерация начала активно налаживать свою деятельность в сфере франчайзингового оборота в 20 веке. Россия, формируя законодательство в интересах предпринимателей и потребителей, вступая в международные организации и становясь участником международных соглашений, привлекает к себе внимание зарубежных партнеров, увидевших большие коммерческие возможности для себя. Иностранные франчайзеры предлагают раскрученные бренды на российский потребительский рынок с целью расширения своего влияния и привлечения прибыли. Российские организации получают преимущества, используя такую систему отношений: это возможность участия в крупной торговой сети, быстрое развития своей деятельности за счет раскрученного товарного знака, отсутствие нужды в рекламе и более выгодное использование своего имущества.

Сравнение российского законодательства о договоре коммерческой концессии с нормами, закрепленными другими государствами или международными организациями, позволил сделать несколько выводов. Во-первых, в мировом масштабе данный институт урегулирован недостаточно досконально. Во-вторых, нормы, закрепленные в гл. 54 ГК РФ, по своему смыслу, соответствуют нормам о договоре франчайзинга, что подтверждается учеными. В-третьих, очень большое внимание за рубежом уделяется регулированию преддоговорных или предфранчайзинговых отношений. В российской системе права данные отношения не урегулированы, хотя правовая регламентация договора коммерческой концессии считается одной из совершенных с точки зрения законодательных предписаний.

Понятие коммерческой концессии используется в разных странах, например, во Франции, Бельгии, Швейцарии. Однако его предметом являются лишь права на реализацию товара на установленной договором территории. На сегодняшний день сложилась стабильная практика применения термина «франчайзинг» для отношений, подразумевающих не только право на реализацию товара на определенной территории за плату, но и передачу

комплекса исключительных прав тому лицу, которое будет осуществлять реализацию товара.

Ученые и практики отмечают целый ряд проблем в правовом регулировании франчайзинговой модели в Российской Федерации, от несоответствия названия гл. 54 ГК РФ ее содержанию, до предусмотренной ст. 1034 субсидиарной ответственности правообладателя по обязательствам пользователя. Явно прослеживается главное отличие российской модели от моделей мировых - закрытость франчайзинговых предложений, если в Европе и США существует множество норм (несмотря на всю не проработанность правовой системы) регулирующих именно преддоговорный обмен информацией, то есть обязанность франчайзера (правообладателя) сообщить франчайзи (пользователю) всю достоверную информацию о своем бизнесе, о франчайзинговом опыте и так далее, тем самым создаются некие дополнительные гарантии для пользователя, то в России их просто нет.

Полагаем необходимым сделать вывод о том, что мировая законодательная база, касающаяся договора франчайзинга, неоднородна. Правовое регулирование договора франчайзинга и коммерческой концессии в России создает определенные «правила игры» для контрагентов, однако проследить прямую тенденции к развитию или торможению франчайзинговых отношений от предусмотренных норм права, касающихся договора коммерческой концессии, в той или иной стране, на сегодняшний день представляется невозможным.

На примере договора коммерческой концессии можно увидеть, что, несмотря на достаточно прогрессивное законодательное регулирование данного договора, в силу специфичности самих договорных отношений, масштабов их распространения по всему миру, а так же пробелов и коллизий законодательства, возникают проблемы при его применении, преодолеть которые возможно путем создания кодифицированных актов на международном уровне, которые бы регулировали трансграничные договоры коммерческой концессии, внесения изменений во внутригосударственные

акты РФ, а так же посредством непосредственного договорного регулирования.

Следует признать, что достаточно часто вносимые изменения на уровне ГК РФ в правовое регулирование франчайзинговых отношений в нашей стране имеют принципиальное значение для развития института коммерческой концессии в России и носят, в целом, прогрессивный характер. С уверенностью можно утверждать о правильности намеченной законодателями цели, а именно, четкое закрепление правового положений обеих сторон договора коммерческой концессии, установление механизма защиты их прав, что, несомненно, должно привести к увеличению числа подобных договорных отношений, а вследствие этого, к экономическому росту и оздоровлению гражданско-правовых отношений в данной сфере предпринимательства. Несмотря на это, необходимо дальнейшее реформирование действующего законодательства, регулирующего договор коммерческой концессии, с целью приведения его в соответствие с требованиями международной практики.

Подводя итог, можно сказать, что, несмотря на достаточно большой прогресс, достигнутый введением многих изменений в гл. 54 ГК РФ, и на комплексное регулирование отношений возникающих из договора коммерческой концессии, на сегодняшний день остался целый ряд проблем, требующих незамедлительного решения. Каждый год, все больше и больше организаций-франчайзеров входят на отечественный рынок, а при нестабильности экономических условий, кризисности российской экономики на современном этапе, франчайзинг, на наш взгляд, — это один из прогрессивных вариантов для начала ведения своего бизнеса минимизируя свои риски, поэтому и число потенциальных и реально работающих франчайзи растет.

Так же необходимо указать на два основных способа законодательного закрепления института франчайзинга. Либо принимается специальное законодательство, либо, как в российском гражданском законодательстве институт франчайзинга закрепляется в других законодательных актах, в

частности, в ГК РФ.

Существенные условия договора коммерческой концессии являются предмет и вознаграждение правообладателя. В соответствии с действующими гражданско-правовыми нормами, договор коммерческой концессии может быть как срочным, так и бессрочным. Рассматриваемый договор, как указывалось в работе, логично заключать на определенный срок, так как его предметом являются специфические нематериальные права, срок действия которых, как правило, ограничен сроком действия выдаваемых на них охранных документов. Как следствие, истечение срока охранных документов ранее срока действия договора делает его сугубо декларативным, так как передающая сторона не будет иметь прав на комплекс передаваемых объектов, тем самым сам договор теряет юридический смысл. Таким образом, считаем вполне оправданным установить на законодательном уровне обязанность заключения договора на определенный срок, причем поставить в зависимость срок действия договора от срока действия прав на передаваемые по договору коммерческой концессии объекты исключительных прав.

Считаем необходимым создание правового механизма раскрытия информации о деятельности правообладателя на преддоговорном этапе франчайзинговых отношений. Данный механизм, представляется возможным реализовать, путем создания перечня норм, касающихся содержания документа о предоставлении информации потенциальному пользователю, о сроке и содержании самого франчайзингового преддоговорного правоотношения, о режиме конфиденциальности для потенциального пользователя и ответственности за неисполнения императивной обязанности потенциального правообладателя о раскрытии полной информации о коммерческой деятельности.

В зарубежном законодательстве основное внимание уделено вопросам обязательного полного раскрытия информации франчайзеров о своем бизнесе для потенциальных франчайзи. Российским законодательством данная обязанность не предусматривается. В системе франчайзинга контроль качества

товаров, производимых франчайзи, является правом франчайзера, но не его обязанностью, как это представлено в ст. 1031 ГК РФ. На практике при значительном количестве франшизных точек повсеместный контроль весьма затруднителен.

Вследствие перечисленных проблем иностранные франшизодатели не спешат заключать договоры с потенциальными отечественными франчайзи, что не способствует притоку иностранных инвестиций.

Видится целесообразным активное вмешательство государства в регулирование франчайзинговых отношений, с целью устранения проблем, стоящих на пути развития российского бизнес-предпринимательства. Необходимо оказание государственной поддержки в данной сфере с целью активного внедрения в предпринимательскую среду.

В заключении еще раз хотелось бы отметить, что коммерческая концессия и франчайзинг уже сейчас занимает одно из ведущих мест в развитии предпринимательства по всему миру. Для того чтобы Россия достигла тех социально-экономических показателей в разных сферах, в том числе в сфере малого и среднего предпринимательства (бизнеса), необходима четкая и доскональная правовая регламентация данного правового института. Причем, именно в этом случае, важнейшим критерием эффективности правовых изменений будет совпадение требований предпринимателей, будущих франчайзеров и франчайзи с нормами права. Безусловно, нельзя говорить о том, что законодатель должен «идти на поводу» у предпринимателей, лоббирующих свои интересы. Он должен соблюсти ту необходимую грань между законными притязаниями, интересами сторон договора, будущих покупателей (потребителей) тех или иных товаров, работ и услуг, учесть гарантии, как общественные, так и государственные, как следствие, создать прогрессивный, гибкий правовой институт, способствующий развитию всех субъектов, чьи интересы он затрагивает.

Сравнительный анализ правовых моделей регулирования договора коммерческой концессии и договора франчайзинга стран, где франчайзинговые

отношения развиты лучше, чем в Российской Федерации, позволил обозначить несколько проблемных моментов и неурегулированных вопросов в системе правового регулирования в нашей стране. Решение этих проблем, предложенное в настоящей работе, даст возможность для дальнейшего развития договора коммерческой концессии, как одного из главных инструментов для развития рыночных, торговых, предпринимательских отношений в Российской Федерации.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

I. Международные правовые акты

1. Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20.03.1883 (ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 19.09.1968 г. № 3104-VII "О ратификации Стокгольмского акта Парижской конвенции по охране промышленной собственности и Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности) // Ведомости Верховного Совета СССР. 1968. № 40. Ст. 363.

2. Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29.05.2014) (ред. от 10.10.2014, с изм. Договор от 23.12.2014) // <http://www.pravo.gov.ru>, 16.01.2015.

3. Закон Франции «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования» № 89 - 1008 от 31.12.1989. // Journal officiel de la Republique Fianceaise, 02/01 1990.

II. Нормативно-правовые акты Российской Федерации

4. Конституция Российской Федерации от 12.12.1993 (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 N 2-ФКЗ, от 21.07.2014 N 11-ФКЗ) // Официальный интернет – портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>. 2014. 22 июля.

5. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 г. №14-ФЗ (в ред. от 29.06.2015 № 210-ФЗ) // Собрание законодательства РФ. 1996. №5. Ст. 410. Ст. 931.

6. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (в ред. от 13.07.2015 № 216-ФЗ) // Парламентская газета.

2006. № 214-215.

7. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 №138-ФЗ (в ред. от 06.04.2015 № 82-ФЗ) // Российская газета. - 2002. - 20 ноября; Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 07.04.2015.

8. Федеральный закон Российской Федерации от 18.07.2011 № 216-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2011. 22 июля.

9. Федеральный закон Российской Федерации от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (в ред. от 13.07.2015 № 216-ФЗ) // Российская газета. 2006. 27 июля.

10. Федеральный закон от 29.07.2004 № 98-ФЗ «О коммерческой тайне» (в ред. от 12.03.2014 № 35-ФЗ) // Российская газета. 2004. 5 августа.

11. Закон РФ от 07.02.1992 № 2300-1 «О защите прав потребителей» (ред. от 13.07.2015 № 233-ФЗ) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 15.

12. Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (ред. 29.12.2014) // Собрание законодательства РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

13. Постановление Правительства РФ «О государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных и перехода без договора исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товара, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для ЭВМ, базу данных» от 24.12.2008 № 1020 // Собрание законодательства РФ. 2009. № 2. Ст. 225.

14. Приказ Минпромторга РФ от 31.03.2011 № 422 «Об утверждении Стратегии развития торговли в Российской Федерации на 2011 - 2015 годы и период до 2020 года». - // СПС Консультант Плюс.

15. Приказ Минобрнауки РФ «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по регистрации договоров о предоставлении права на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, охраняемые программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем, а также договоров коммерческой концессии на использование объектов интеллектуальной собственности, охраняемых в соответствии с патентным законодательством Российской Федерации» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 05.03.2009 № 13482) от 29.10.2008 № 321 // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2009. № 22.

16. Приказ Роспатента от 31.12.2009 № 198 «Об утверждении Методических рекомендаций по определению однородности товаров и услуг при экспертизе заявок на государственную регистрацию товарных знаков и знаков обслуживания» // (документ опубликован не был) // СПС Консультант Плюс.

17. Рекомендации по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, утв. Приказом Роспатента от 29.12.2009 № 186. - СПС Консультант Плюс.

18. Закон РФ от 23.09.1992 № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (в ред. от 11.12.2002 № 166-ФЗ) // Российская газета. 1992. 17 октября; 2002. 28 декабря (утратил силу).

19. Приказ Минфина РФ «О регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)» (Зарегистрировано в Минюсте РФ 13.09.2005 N 6997) от 12.08.2005 № 105н // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. № 38. (утратил силу).

20. Проект Федерального закона РФ №47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса

Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ В I чтении 27.04.2012г). - Система Консультант Плюс: Версия Проф.

III. Специальная литература

21. Абова Т.Е. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М.: Юрайт-Издат, 2006. 928 с.

22. Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М.М. Агарков. М.: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. 192 с.

23. Багдасарян А.Ф. Договор коммерческой концессии (франчайзинг). Гражданско-правовые проблемы заключения договора / А.Ф. Багдасарян. М., 2009. 224 с.

24. Белов В.А. Гражданское право: Общая и Особенная части: Учебник / В.А. Белов. М.: ЦентрЮрИнфоР, 2003. 960 с.

25. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Изд. испр. и доп. М.: Статут, 2002. Кн. 3. 1055 с.

26. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 3-е изд. / М.М. Богуславский. М., 1998. 604 с.

27. Вавилин Е.В. Принципы гражданского права // Принципы российского права: общетеоретический и отраслевой принципы / Под ред. Н.И. Матузова, А.В. Малько. Саратов, 2010. 364 с.

28. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте / Н.Г. Вилкова. М.: Статут, 2002. 419 с.

29. Гамбаров Ю.С. Курс гражданского права. Т 1. Часть общая / Ю.С. Гамбаров. СПб., 1911. 793 с.

30. Голованов Н.М. Обязательственное право: учебник / Н.М. Голованов. СПб., 2002. 448 с.

31. Гражданское и торговое право капиталистических государств/под ред. Е.А. Васильева. М., 1993. 560 с.
32. Гражданское право (краткий курс): учеб. пособие по гражданскому праву /отв. ред. С. Ю. Морозов. - 2-е изд., перераб. - Ульяновск: Издательство Ульяновского государственного университета, 2014. 274 с.
33. Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учеб. / Отв. ред. Е.А. Васильев и А.С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2005. Т. II. 560 с.
34. Гражданское право. Учебник : в 3 т. Т. 2. / под ред. А. П. Сергеева. М.: ТК Велби, 2010. 550 с.
35. Гражданское право. Учебник: Т. 2. полутом 1. / под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2011. 704 с.
36. Гражданское право: Учебник. В 4 т. Т. 4: Обязательственное право / Отв. ред. Е.А. Суханов. М.: Волтерс Клувер, 2006.
37. Гражданское право: Учебник. В 3 т. Т. 2. 4-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М.: ТК «Велби»; Проспект, 2004. 848 с.
38. Герчикова И.Н. Международное коммерческое дело: учебник. М., 2001. 671 с.
39. Гришина Я.С. Социальное предпринимательство как инновационно-правовая модель обеспечения социально-имущественных потребностей / Под ред. проф. Н.А. Барина. Саратов: Изд-во «Слово», 2012. 164 с.
40. Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав / В.П. Грибанов. М., 2001. 411 с.
41. Даль В. Толковый словарь русского языка / В. Даль. М., 2010. 1044 с.
42. Довгань В.В. Франчайзинг: путь к расширению бизнеса (организационный, технологический, методический аспекты) / В.В. Довгань. Тольятти, 1994. 231 с.
43. Ибадова Л.Т. Финансирование и кредитование малого бизнеса в

России: правовые аспекты. Монография / Л.Т. Ибадова. М.: Волтерс Клувер, 2006. 133 с.

44. Крашенинников, П.В. Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй: В 3 т. (том 3)/ П.В. Крашенинников. М.: Статут, 2011. 533 с.

45. Кодификация российского частного права / В.В. Витрянский, С.Ю. Головина, Б.М. Гонгало и др. / Под ред. Д.А. Медведева. М.: Статут, 2008. 336 с.

46. Мендельсон М. Руководство по франчайзингу / М. Мендельсон. М.: Гардарики. 2006. 121 с.

47. Николукин С.В. Посреднические договоры / С.В. Николукин. М.: Юстицинформ, 2010. 224 с.

48. Омельченко Т.В. Франчайзинг в системе внешнеэкономической деятельности региона: Монография / Т.В. Омельченко. Ростов н/Д, 2011. 220 с.

49. Пугинский Б.И. Коммерческое право России / Б.И. Пугинский. М., 2000. 314 с.

50. Попондопуло В.Ф. Коммерческое (предпринимательское) право: учебник / В.Ф. Попондопуло. - 3-е изд., перераб. и доп. М.: Норма, 2008. 800 с.

51. Райников А.С. Договор коммерческой концессии / А.С. Райников. М.: Статут, 2009. 199 с.

52. Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России: монография. 2-е изд., перераб. и доп / Ю.В. Романец. М.: Норма, Инфра - М, 2013. 496 с.

53. Скворцова Т.А., Смоленский, М.Б. Предпринимательское право: учебное пособие / Под ред. Т. А. Скворцовой. М.: Юстицинформ, 2014. 400 с.

54. Сосна С.А. Франчайзинг: коммерческая концессия./ С.А. Сосна, Е.Н. Васильева. М.: Академкнига, 2005. 376 с.

55. Сухарев А.Я. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. М.: ИНФРА-М, 2006. 858 с.

56. Трахтенгерц Л.А. Товарный знак, содержащий фирменное

наименование правообладателя, не может быть уступлен другим лицам // Комментарий судебно-арбитражной практики / под ред. В.Ф. Яковлева. М.: Юридическая литература, 2012. Вып. 18. 472 с.

57. Филина Ф.Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности / Ф.Н. Филина. М.: ГроссМедиа, 2008. 66 с.

58. Черепанова, Е.А. Франчайзинг в России: правовой аспект / Е.А. Черепанова. Екатеринбург: ИД Урал Юр Издат, 2005. 176 с.

59. Шахназаров Б.А. Проблемы правового регулирования охраны секрета производства (ноу-хау) и его трансграничной передачи / Б.А. Шахназаров. М., 2009. С. 527 с.

60. Явич Л.С. Общая теория права / Л.С. Явич. Л., 1976. 298 с.

IV. Диссертации и авторефераты

61. Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии: дис...канд. юрид. наук. / С.А. Бобков. М., 2004. 207 с.

62. Бобоев Дж.К. Договор коммерческой концессии по законодательству Республики Таджикистан: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03. / Дж.К. Бобоев. Душанбе, 2010. 152 с.

63. Богданов А.В. Гражданско-правовое регулирование договора коммерческой концессии в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи / А. В. Богданов. М, 2009. 23 с.

64. Богданов А.В. Гражданско-правовое регулирование договора коммерческой концессии в Российской Федерации: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / А. В. Богданов; [Место защиты: Рос. гос. гуманитар. ун-т (РГГУ)]. Москва, 2009. 195 с.

65. Бобров М.Е. Средства индивидуализация товаров, работ и услуг как объекты интеллектуальных прав: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / М.Е. Бобров. М., 2013. 199.

66. Бондаренко Д.П. Правовое регулирование договора коммерческой

концессии в российском праве: автореферат дис. ... кандидата юридических наук / Д.П. Бондаренко. М., 2013. 198 с.

67. Багдасарян А.Ф. Гражданско-правовые проблемы заключения договора коммерческой концессии (франчайзинга): автореф. дис....канд. юрид. наук.: на правах рукописи / А.Ф. Багдасарян. М., 2008. 27 с.

68. Бородина Ж.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии (франчайзинга): дис. канд. юрид. наук / Ж.Н. Бородина. Казань, 2005. 215 с.

69. Васильева Е.Н. Правовое регулирование коммерческой концессии по российскому праву: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Е.Н. Васильева. М., 2005. 203 с.

70. Габоев С. С. Перспективы правового регулирования коммерческой концессии: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : на правах рукописи / С. С. Габоев. М., 2008. 13 с.

71. Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: автореф. дис....канд. юрид. наук / Е.В. Гелашвили. Ставрополь, 2007. 25 с.

72. Гелашвили Е.В. Договор коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук / Е.В. Гелашвили. Ставрополь, 2007. 173 с.

73. Евдокимова В.Н. Правовое регулирование передачи технологии в отношении объектов исключительной собственности: дис. ... канд. юрид. наук. / В.Н. Евдокимова. М., 2000. 235 с.

74. Климова С.В. Правовой режим франчайзинга в национальном и международном обороте: Дис. ... канд. юрид. наук / С.В. Климова. М., 2011. 221 с.

75. Клочун Т.Г. Исключительное право на коммерческие обозначения в РФ: Дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. / Т.Г. Клочун. М., 2007. 278 с.

76. Месяшная Н.В. Правовые вопросы становления франчайзинга в России: Дис. ... канд. юрид. наук. 12 00 03/ Н.В. Месяшная. М., 2000. 186 с.

77. Ожева З.Р. Исключительные права на коммерческое обозначение в предпринимательском праве Российской Федерации: проблемы теории и

практики: автореферат диссертации, к.ю.н.: 12.00.03 / З.Р. Ожева. М., 2013. 37 с.

78. Орлова О.А. Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству. Дис. канд. юрид. наук. 12 00 03 / О.А. Орлова. Саратов, 2003. 187 с.

79. Панченко И.И. Договор коммерческой субконцессии : автореферат дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / И.И. Панченко. Волгоград, 2010. 22 с.

80. Райников, А. С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: на правах рукописи / А. С. Райников. М., 2009. 25 с.

81. Соколов Г.А. Договор коммерческой концессии по гражданскому законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Г.А. Соколов. М., 2007. 26 с.

82. Сенников, Л.Н. Проблемы правового регулирования отношений промышленной собственности: автореф. дис....канд. юрид. наук. / Л.Н. Сенников. М., 2008. 38 с.

83. Сланова А.В. Договор коммерческой концессии в гражданском праве Российской Федерации. Дис. ...канд. юрид. наук: 12 00 03 / А.В. Сланова. Краснодар, 2006. 184 с.

84. Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Автореф. дис....канд. юрид. наук / Н.А. Табаров. Душанбе, 2015. 22 с.

85. Табаров Н.А. Гражданско-правовое регулирование предоставления исключительных прав по договору коммерческой концессии: Дис....канд. юрид. наук / Н.А. Табаров. Душанбе, 2015. 150 с.

86. Устюжанин А.А. Зарубежный опыт и российская практика развития франчайзинга: автореф. дис. ... канд. экон. наук : на правах рукописи / А.А. Устюжанин. М., 2010. 26 с.

87. Федорова Т.Е. Учет и анализ хозяйственных операций по договорам производственного франчайзинга в автомобильной

промышленности: дис ... канд. эконом. наук: 08.00.12 / Т.Е Федорова. Саратов, 2010. 185 с.

88. Шахова М.С. Развитие системы франчайзинг в малом бизнесе: дис. ... канд. экон. Наук / М.С. Шахова. М., 1994. 189 с.

89. Ющенко, Н. А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : на правах рукописи / Н. А. Ющенко. Казань, 2009. 27 с.

V. Научные статьи

90. Александрова, К. И. Правовые проблемы франчайзинга в России / К.И. Александрова // Вестник ИНЖЭКО-На. 2005. № 2. С. 185-189.

91. Алферов О.Л. Коммерческая тайна и её защита / О.Л. Алферов // Социальные и гуманитарные науки. Отечественная и зарубежная литература. Серия 4: Государство и право. Реферативный журнал. 2004. № 1. С. 83-85.

92. Андреева С.А. Квалификация дистрибьюторского договора по российскому праву и отграничение от смежных договорных конструкций // Конкурентное право. 2013. № 3. С. 16 - 20.

93. Богданова Е.Е. Принцип добросовестности в договорных отношениях в Российском и зарубежном праве / Е.Е. Богданова // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 7. С. 1363 - 1369.

94. Болохов Д.В. Договор коммерческой концессии как правовой способ инвестирования при использовании чужих исключительных прав / Д.В. Болохов // Вопросы современной юриспруденции. 2013. № 31. С. 43-47.

95. Бобров М.Е. Товарный знак и наименование юридического лица: коллизия прав / М.Е. Бобров // Адвокат. 2013. № 12. С. 58-61.

96. Бетров Д.М. Коммерческая тайна и секрет производства. Новые аспекты законодательства / Д.М. Бетров // Вестник УрФО. Безопасность в информационной сфере. 2011. № 2. С. 12-14.

97. Воробьев Л.Ю. Ноу-хау в договоре франчайзинга (коммерческой

концессии) / Л.Ю. Воробьев // Информационное право. 2009. №3. С. 34-37.

98. Гашкова, Т.А. Перспективы развития и проблемы франчайзинга в России / Т.А. Гашкова, Т.Е. Шабанов // Сборник научных трудов по материалам международной заочной научно-практической конференции Актуальные направления научных исследований XXI века: теория и практика. 2013. № 1. - С. 276-279.

99. Горovenko С.В. Проблемы охраны коммерческой тайны в трудовых отношениях / С.В. Горovenko // Академический вестник. 2008. № 2. С. 32-35.

100. Гордеева Е.В., Леонтьев, А.С., Седова Н.В. Обеспечение безопасности конфиденциальной информации и коммерческой тайны / Е.В. Гордеева, А.С. Леонтьев, Н.В. Седова // Психолого-педагогический журнал Гаудеамус. 2010. № 16. С. 205-208.

101. Грицаева Н.Б. Сущность и перспективы развития договора коммерческой концессии / Н.Б. Грицаева // Сборник: Образовательная среда сегодня и завтра Материалы VIII Международной научно-практической конференции: сборник научных трудов. Ответственный редактор Г.Г. Бубнов. 2013. - С. 80-86.

102. Девлятшин Б.Б. Защита гражданских прав как институт и как научная проблема / Б.Б. Девлятшин // Сборник статей и тезисов «Защита прав и законных интересов личности в Российской Федерации». М.: В/о ИП МГЮА, 2008. С. 17.

103. Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе Российской Федерации / В. Евдокимова // Хозяйство и право. 1997. № 12. С. 113-117.

104. Егорова М.А. Аннулирование договора в российском законодательстве / М.А. Егорова // Журнал российского права. 2010. № 1 (157). С. 63 - 74.

105. Еременко В.И. Особенности правовой охраны секретов производства и информации, составляющей коммерческую тайну / В.И. Еременко // Законодательство и экономика. 2014. № 12.

106. Забелин П. Е. Коммерческая концессия в гражданском обороте РФ – понятие и признаки / П. Е. Забелин // Право: история, теория, практика: материалы международных заочных научных конференций. 2011. С. 99-104.
107. Забелин П.Е. Соотношение договора коммерческой концессии с договором франчайзинга/ П.Е. Забелин // Юрист-Правоведь. Ростов-на-Дону: Изд-во Рост. юрид. ин-та МВД России. 2011. № 4. С. 100-104.
108. Забогайло Л.А. Новая концепция договора коммерческой концессии, принятая в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Л.А. Забогайло // Право и экономика. 2011. №8. С. 48-52.
109. Зенина Л.В. Анализ экономических выгод от использования франшизы/ Л.В. Зенина // Вестник Академии. 2013. № 3. С. 51-59.
110. Зименков Р.И. Франчайзинг в международной практике / Р.И. Зименков, В.Б. Кудряшова // Вестник Академии. 2009. № 1. С. 36-41.
111. Змиренкова Н.К. Законодательное регулирование договора коммерческой концессии/ Н.К. Змиренкова // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия "Право". 2011. №1(9). С.66-68.
112. Индрисова З.Н. Организационно-правовые проблемы франчайзинга в России./ З.Н. Индрисова // Власть Закона. 2011. № 2 (6). С. 152-158.
113. Касымов Р.Ш. Вопросы договорной координации экономической деятельности третьим лицом в договоре коммерческой концессии / Р.Ш. Касымов // Конкурентное право. 2014. № 3. С. 25 - 27.
114. Каткова М.Н. Франчайзинг как способ организации и осуществления предпринимательской деятельности: понятие и правовые основы / М.Н. Каткова // Предпринимательское право. 2011. № 2. С. 13 - 17.
115. Керимов В.В. Сравнительный анализ основных договоров о передаче прав на нематериальные активы / В.В. Керимов // Вектор науки Тольятинского государственного университета. 2011. № 3(17). - С. 180-183.
116. Кокорин С.А. Договор коммерческой концессии в свете части

четвертой Гражданского кодекса РФ / С.А. Кокорин // Российский юридический журнал. 2006. №6. С.111-117.

117. Кондратьева, Е. Одиннадцать особенностей договора коммерческой концессии / Е. Кондратьева // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2014. № 3. С. 40-49.

118. Кондратьева Е.А. Коммерческая концессия как правовая форма координации экономической деятельности: ключевые аспекты / Е.А. Кондратьева // Право и экономика. 2015. № 3. С. 57 - 60.

119. Корлякова Н.В. Способы защиты прав сторон при нарушении условий договора коммерческой концессии и лицензионного договора / Н.В. Корляков // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2011. № 4. С. 80-90.

120. Константинова В.С., Хмелева Т.И., Быкова Т.А. Осуществление и защита прав граждан и юридических лиц в сфере гражданско-правовых отношений (общие положения) // Новое российское гражданское законодательство и практика его применения: Сб. науч. ст. / Под ред. З.И. Цыбуленко. Саратов, 1998.

121. Лаптев Г.А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности / Г.А. Лаптев // Юрист. 2014. № 11. С. 31 - 33.

122. Лозовская С.О. Договор коммерческой концессии / С.О. Лозовская // Законы России: опыт, анализ, практика. 2009. № 5.

123. Лысенко Е.С. Новое в правовом регулировании договора коммерческой концессии / Е.С. Лысенко // Вестник Самарской гуманитарной академии. Серия "Право". 2007. №1. С.78-80.

124. Лысенко Е.С. Определение франчайзинга, как экономического отношения / Е.С. Лысенко // Пробелы в российском законодательстве. 2009. № 4. С. 355 – 357.

125. Майор И.Г. Понятие концессионного договора / И.Г. Майор // Современная научная мысль. 2013. № 2. С. 108-133.

126. Манохова С.В. Договор коммерческой концессии: правовые вопросы / С.В. Манохова // Торговля: бухгалтерский учет и налогообложение. 2013. № 10. С. 3-9.

127. Марченко М.Ю. Договор коммерческой концессии: понятие и правовые основы / М.Ю. Марченко // Вестник магистратуры. 2014. № 4-3 (31). С. 66-71.

128. Маслов А. Ответственность правообладателя по договору коммерческой концессии / А. Маслов // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2013. № 2. С. 50-53.

129. Нагаев, С. В. Соотношение понятий "франчайзинг" и "коммерческая концессия" /С. В. Нагаев. //Бизнес в законе. 2011. № 5. С. 128 - 130.

130. Нарышкин С.А. Франчайзинг: серьезные реформы или "косметика"? / С.А. Нарышкин // Торговое право. 2012. №1. С.44-53.

131. Панюкова В.В. Новое торговое пространство для франчайзинга / В.В. Панюкова // Торговое право. 2012. № 6. С. 76 - 77.

132. Панюкова В.В. Секрет франчайзингового договора / В.В. Панюкова // Торговое право. 2012. № 7. С. 49.

133. Пантелеев А.В. Тюмень - столица регионального франчайзинга / А.В. Пантелеев // Торговое право. 2012. № 9. С. 5-6.

134. Полушкин П.С. Деловая репутация как часть предмета договора коммерческой концессии / П.С. Полушкин // Закон и право. 2013. № 3. - С. 56-59.

135. Полушкин П.С. Понятие и квалифицирующие признаки договора коммерческой концессии / П.С. Полушкин // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия: Экономика и право. 2013. № 1-2. С. 71-73.

136. Полушкин П.С. Услуги как часть предмета договора коммерческой концессии / П.С. Полушкин // Современная наука: актуальные проблемы теории и практики. Серия: Экономика и право. 2013. № 1-2. С. 68-70.

137. Попов А.В. Принцип добросовестности как основополагающее начало договора коммерческой концессии / А.В. Попов // Образование и право. 2013. № 3 (43). С. 227-235.

138. Попова Т.В. Правовые проблемы договора коммерческой концессии / Т.В. Попова // Вестник Сибирского университета потребительской кооперации. 2013. № 1 (4). С. 130-133.

139. Полтавченко А.Г. Понятие и признаки товарных знаков в отечественной доктрине международного частного права в контексте их трансграничного коммерческого оборота / А.Г. Полтавченко // Нотариус. 2011. № 2. С. 15-18.

140. Потрашкова О.А. Коммерческая тайна: проблемы правовой защиты / О.А. Потрашкова // Информационное право. 2013. № 1. С. 16-20.

141. Рыкова И.В. Особенности национального франчайзинга / И.В. Рыкова // Бизнес-адвокат. 2002. № 11. С. 12-15.

142. Рыкова И.В. Дистрибьюция, лицензирование, франчайзинг: некоторые вопросы современной практики / И.В. Рыкова // Торговое право. 2012. № 11. С. 81 - 86.

143. Рыженков А.Я. Беспрепятственное осуществление гражданских прав как принцип российского гражданского законодательства / А.Я. Рыженков // Гражданское право. 2014. № 5. С. 3 - 6.

144. Савсерис С. Концессионные соглашения в практике российских компаний / С. Савсерис // ЭЖ-Юрист. 2014. № 38. С. 15-19.

145. Свищева Е.И. Признаки охраноспособности коммерческих обозначений / Е.И. Свищева // Вестник арбитражной практики. 2014. № 3. С. 16 - 21.

146. Свищева Е.И. Защита исключительного права на коммерческое обозначение / Е.И. Свищева // Вестник арбитражной практики. 2014. № 4. С. 36 - 41.

147. Симаева Н.П. Франчайзинг как форма развития предпринимательской деятельности в России: финансово-экономические и

правовые аспекты / Н.П. Симаева // Вестник Волгоградского государственного университета. Серия 9: Исследования молодых ученых. 2010. № 8-2. С. 102-108.

148. Скрыльников, Д.К. Сравнительно-правовой анализ современного законодательного регулирования договора франчайзинга в России и зарубежных странах / Д.К. Скрыльников // Право и современные государства. 2013. № 1. С. 54-60.

149. Соболев А.А. О соотношении понятий «секрет производства», «ноу-хау» и «информация, составляющая коммерческую тайну» // Вестник Южно-Уральского государственного университета. Серия: Право. 2014. №2. С. 114-117.

150. Стригунова Д.П. Договор международного франчайзинга / Д.П. Стригунова // Современное право. 2014. № 12. С. 135 - 141.

151. Степанищева А.М. Трансграничные преддоговорные соглашения: понятие, виды, проблемы выбора права / А.М. Степанищева // Адвокат. 2014. № 7. С. 37-40.

152. Смирнова Е. Ограничение правоспособности сторон по договору коммерческой концессии / Е. Смирнова // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2012. №8. С. 52-56.

153. Табалинова К.Ю. Ответственность сторон по договору коммерческой концессии / К.Ю. Табалинова // Фундаментальные и прикладные исследования в современном мире. 2013. Т. 3. № 04 (04). С. 109-111.

154. Тер-Овакимян А.А. Международный договор франчайзинга и договор коммерческой концессии / А.А. Тер-Овакимян // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 6. С. 1248 - 1253.

155. Титова М.Н. О месте франчайзинга в системе правового регулирования инвестиционной деятельности / М.Н. Титова // Право и экономика. 2014. № 9. С. 25 - 29.

156. Титова М.Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата / М.Н. Титова // Предпринимательское право. 2014. № 3. С. 57 - 62.
157. Трахтенгерц Л.А. Договор коммерческой концессии (новая концепция) / Л.А. Трахтенгерц // Хозяйственное право. 2007. №4. С.36-38.
158. Филонов М.Р. Охрана и коммерциализация результатов интеллектуальной деятельности в режиме коммерческой тайны / М.Р. Филонов, Т.В. Райкова, Л.В. Кожитов, М.Г. Балыхин // Высшее образование сегодня. 2014. № 1. С. 32-40.
159. Цеслив А.С. Коммерческая концессия и смежные договоры: сравнительный аспект / А.С. Цеслив // Бизнес Информ. 2013. № 6. С. 351 - 355.
160. Чернова И.Е. Защита деловой репутации / И.Е. Чернова // Сборник: Региональные аспекты экономики, управления и права в современном обществе Межвузовский региональный сборник статей. ответственный и научный редактор А. Д. Арзамасцев. Йошкар-Ола, 2013. С. 381-386.
161. Шагова О.С. Правовое регулирование франчайзинга в Российской Федерации / О.С. Шагова // Поволжский торгово-экономический журнал. 2011. № 2. С. 29-37.
162. Шостак И. Коммерческая тайна и договорные правоотношения / И. Шостак // Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность. 2013. № 11. С. 38-45.
163. Шульга А.К. Договорные и внедоговорные способы распоряжения исключительным правом на товарный знак / А.К. Шульга // Политематический сетевой электронный научный журнал Кубанского государственного аграрного университета. 2014. № 95. С. 1093-1103.

VI. Электронные ресурсы

164. Джермакян В.Ю. 400 вопросов по товарным знакам: разъяснения правоприменительной практики. 2014. / В.Ю. Джермакян // СПС КонсультантПлюс.

165. Пирогова В.В. Товарный знак в международном торговом обороте (Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности - ТРИПС) / В.В. Пирогова // СПС КонсультантПлюс. 2012.

VII. Интернет-ресурсы

166. Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации. URL: <http://5fan.ru/wievjob.php?id=1979>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.).

167. Васильева Е.Н. Организационно-правовой механизм регистрации договора коммерческой концессии и договора франчайзинга [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://www.fpsr.ru/meh_reg_dog.html. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.).

168. Договор о Евразийском экономическом союзе (Подписан в г. Астане 29.05.2014) (ред. от 10.10.2014, с изм. Договор от 23.12.2014) // <http://www.pravo.gov.ru>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

169. Нуралиев Б.Г. Изменение Гражданского кодекса в области коммерческой концессии [Электронный ресурс]. - Режим доступа: http://ru.rusfranch.ru/activities/our_achievements/projects/1238/. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.).

170. Опыт франчайзинга в странах Центральной и Юго-Восточной Европы [Электронный ресурс]. Режим доступа <http://franchising.kiev.ua/analytics/434.html>. загл. с экрана. (дата обращения 15 июня 2015 г.).

171. О франчайзинге: [Электронный ресурс] / Международная Ассоциация Франчайзинга. Режим

доступа: <http://www.franchise.org/aboutfranchising.aspx> (дата обращения 15 июня 2015 г.).

172. Официальный сайт Президента России. Стенограмма заседания Государственного совета Российской Федерации «О мерах по повышению качества предоставления жилищно-коммунальных услуг» от 31 мая 2013 г. URL: <http://www.kremlin.ru/news/18232>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

173. Проекты документов: [Электронный ресурс] / Российская Ассоциация Франчайзинга. Режим доступа: <http://ru.rusfranch.ru/franchising/>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

174. Российская ассоциация франчайзинга. Что такое франчайзинг. Термины и определения. – Режим доступа: <http://www.raf.ru/0113.php> - загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

175. Российская ассоциация франчайзинга [Электронный ресурс] / Кодекс этики. Режим доступа: http://www.ru.rusfranch.ru/chlenstvo/kodeks_etiki/. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

176. Стойкая ассоциация: [Электронный ресурс] / Франчайзинг. Режим доступа: <http://franch.biz/read/articles/27>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

VIII. Судебная практика

177. Определение ВАС РФ от 08.04.2013 № ВАС-3422/13 по делу № А51-4947/2012 (документ опубликован не был) // СПС Консультант Плюс.

178. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 29.02.2012 г. № ВАС-1260/12. // СПС Консультант Плюс.

179. Определение Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 08.04.2013 N ВАС-3422/13. // СПС Консультант Плюс.

180. Определение ВАС РФ от 07.07.2014 № ВАС-8723/14 по делу №

А33-2466/2012// СПС Консультант Плюс.

181. Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 8 июня 2011 г. № А19-15306/03-48-25-Ф02-2073/11-С2 // СПС Консультант Плюс.

182. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 27.04.2011 г. по делу № А64-4427/2010. // СПС Консультант Плюс.

183. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 24.03.2014 № Ф03-665/2014 // СПС Консультант Плюс.

184. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29 августа 2006 г. по делу № Ф09-7525/06-С2 // СПС Консультант Плюс.

185. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда № 09АП-23364/2012-ГК по делу № А40-105978/11-134-333 // СПС Консультант Плюс.

186. Постановление Президиума суда по интеллектуальным правам от 19.03.2014 г. по делу № СИП-161/2013. - Система Консультант Плюс.

187. Постановление Президиума суда по интеллектуальным правам от 19.03.2014 по делу № СИП-19/2013. // СПС Консультант Плюс.

188. Постановление ФАС Московского округа от 27 октября 2011 г. по делу № А40-29335/10-143-251. // СПС Консультант Плюс.

189. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 20.01.2012 № 09АП-30236/2011-ГК по делу № А40-8391/11-51-64 // Консультант Плюс.

190. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации № 5, Пленума ВАС РФ № 29 от 26.03.2009 «О некоторых вопросах, возникших в связи с введением в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

191. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 05.12.2011 по делу № А40-142843/10-19-1237) // СПС Консультант

Плюс.

192. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 08.11.2012 по делу № А65-6777/2010) // СПС Консультант Плюс.

193. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 10.05.2011 по делу № А63-12002/2010) // СПС Консультант Плюс.

194. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 19.03.2014 по делу № А45-4580/2013. // СПС Консультант Плюс.

195. Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 20.09.2011 г. №2549/11 по делу №А65-4166/2010-СА3-36. // СПС Консультант Плюс.

196. Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского Округа от 16.12.2010 по делу № А65-4166/2010. // СПС Консультант Плюс:

197. Решение Арбитражного суда Республики Татарстан от 04.06.2010 по делу № А65-4166/2010-СА3-36 // СПС Консультант Плюс.

198. Решение Арбитражного суда г. Москвы по делу № А40-141135/12 // <http://ras.arbitr.ru/>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).

199. Решение Арбитражного суда Ханты-Мансийского автономного округа - Югры от 28 ноября 2013 г. по делу № А75-8205/2013 // <http://ras.arbitr.ru/>. загл. с экрана (дата обращения 15 июня 2015 г.).