

А.А. ЮРИЦИН

серия
наука

ФРАНЧАЙЗИНГ И ДОГОВОР КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ: ИТОГИ И ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Монография

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Александр Юрицин

**Франчайзинг и договор
коммерческой концессии.
Итоги и перспективы
правового регулирования**

«Юстицинформ»

2018

УДК 346.26
ББК 67.404

Юрицин А. А.

Франчайзинг и договор коммерческой концессии. Итоги и перспективы правового регулирования / А. А. Юрицин — «Юстицинформ», 2018

ISBN 978-5-7205-1413-6

Монография обобщает широкий спектр теоретических и практических вопросов, возникающих при заключении и исполнении договоров коммерческой концессии. Автор исследует ключевые понятия, устанавливает их соотношение между собой, анализирует иностранный опыт регулирования отношений франчайзинга. Подробно рассматриваются вопросы предмета и объектов договора коммерческой концессии, выявляются и решаются проблемы, возникающие при исполнении обязанностей, применении мер ответственности и соблюдении ограничительных условий. Отдельное внимание уделяется вопросам разграничения сделок, обладающих высокой степенью сходства с договором коммерческой концессии. Определяются перспективы развития и роль франчайзинга в рамках отечественной экономики. Работа предназначена для предпринимательского сектора, ученых, профессиональных объединений в сфере франчайзинга, а также правоприменителей.

УДК 346.26
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1413-6

© Юрицин А. А., 2018

© Юстицинформ, 2018

Содержание

Предисловие	7
Глава 1	10
§ 1. Содержание и соотношение базовых понятий договора коммерческой концессии	10
§ 2. Приоритетные направления регулирования отношений коммерческой концессии (франчайзинга) за рубежом	26
Глава 2	36
§ 1. Существенные условия договора коммерческой концессии	36
1.1. Предмет договора коммерческой концессии	36
1.2. Характеристика и особенности предоставления отдельных объектов договора коммерческой концессии	43
Конец ознакомительного фрагмента.	46

А.А. Юрицин

Франчайзинг и договор коммерческой концессии: итоги и перспективы правового регулирования: монография

Рецензент:

Соломонов Евгений Валерьевич – доцент кафедры гражданского права юридического факультета Омского государственного университета им. Ф.М. Достоевского, кандидат юридических наук, доцент

A.A.Yuritsyn

Franchising and the contract of commercial concession: Results and prospects of legal regulation

Monograph

Moscow

YUSTITSINFORM

2018

Reviewer:

Evgeny Y. Solomonov – Associate Professor of the Civil Law Department of the Law Faculty of Omsk State University n.a. F.M. Dostoevsky, Ph.D. in Law, Associate Professor

Yuritsyn A. A.

Franchising and the contract of commercial concession: results and prospects of legal regulation: monograph / A.A. Yuritsyn. – M.: Yustitsinform, 2018. – 264 p.

The monograph summarizes a wide range of theoretical and practical issues arising when concluding and executing commercial concession agreements. The author explores key concepts, establishes their relationship among themselves, and analyzes foreign experience in regulating of franchise relations. The issues of the subject and objects of commercial concession contract are examined in detail; problems arising in the course of discharging duties, application of measures of responsibility and observance of restrictive conditions are identified and solved. Particular attention is paid to the delineation of transactions that have a high degree of similarity with the commercial concession contract. The development prospects and the role of franchising within the domestic economy are determined.

The work is intended for the business sector, scientists, professional associations in the field of franchising, as well as law enforcement.

Keywords: franchising, conversion franchising, commercial concession agreement, franchise, granting of exclusive rights, distribution agreement, contract of simple partnership, agreement on joint activity, license agreement, cooperation.

© LLC «Yustitsinform», 2018

Предисловие

Время использования договора коммерческой концессии в отечественно гражданском обороте можно уверенно измерять в десятилетиях. За этот период было проведено множество научных исследований, призванных выявить преимущества и недостатки правового регулирования, обозначить способы решения выявленных проблем. В то же время остается ряд теоретических и практических вопросов, имеющих первостепенную важность как для осмысления необходимости и перспектив реформирования отечественного законодательства, так и для решения и превенции коллизии интересов сторон договорных отношений и норм права, регулирующих их поведение.

Обозначенные противоречия проявляют себя в широком спектре вопросов, начиная от понимания франчайзинга и установления его соотношения с иными понятиями, продолжая декомпозицией предмета договора коммерческой концессии, установлением особенностей его структуры и содержания входящих в него элементов и заканчивая вопросами координационного правового регулирования, установления баланса интересов сторон, превенции недобросовестного поведения, а также вопросами разграничения договора коммерческой концессии от иных гражданско-правовых сделок.

В своем исследовании мы постарались учесть как предложения научного сообщества, так и сложившуюся практику применения положений гражданского законодательства. Нужно заметить, что последняя дает ответы на многие, однако далеко не на все вопросы, по причине относительно малого количества судебных споров – следствия ограниченного применения договора коммерческой концессии в отечественной предпринимательской практике.

В целом применение франчайзинга как зарубежного аналога отечественной модели отношений, возникающих из договора коммерческой концессии, доказало свою эффективность на протяжении многих десятилетий. Неоднородность понимания франчайзинга в различных странах мира существенно осложняет обобщение статистических данных. В то же время, если исходить из общей численности участников данных отношений, то в мире на одного франчайзера в среднем приходится примерно 73 франчайзи (соответственно 1,2 млн пользователей и 16,5 тыс. правообладателей)¹.

В настоящее время наблюдается стабильный рост количества существующих франчайзинговых систем и, соответственно, увеличение доли данного бизнеса в экономике, рост капитализации этого сегмента рынка, а следовательно, продолжается процесс эволюции, обусловленный обострением конкуренции. Не случайно в США всех торговых точек открыты посредством франчайзинга. Это позволяет обеспечивать 7—13 % всех рабочих мест частного сектора экономики. При этом что в рамках предпринимательского сектора на долю франчайзинга приходится лишь 3—4 % компаний².

При этом, несмотря на скромное присутствие франчайзинга в экономиках различных стран, перечень сфер его применения довольно широкий и включает в себя сотни возможных направлений, например, финансовые услуги, агробизнес, автосервисы, строительство, организацию досуга и развлечений, обеспечение трудоустройства, торговлю недвижимостью, медицинские услуги, учебные центры, услуги в области обеспечения безопасности, производство и реализацию ювелирных украшений, а также традиционные направления в области обществен-

¹ Отдельные виды обязательств в международном частном праве: монография [Электронный ресурс] / В. Н. Борисов, Н. В. Власова, Н. Г. Доронина и др.; отв. ред. Н. Г. Доронина, И. О. Хлестова – М.: ИНФРА-М, 2014. С. 108. Доступ из СПС «Консультант л юс»: версия «Проф».

² Guideto international masterfranchise arrangements (second edition) [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/guide/second-edition-2007> (дата обращения: 15.04.2017). С. 256, 263, 266.

ного питания, реализации бытовых товаров и услуг³. Иными словами, франчайзинг представлен в любых направлениях бизнеса, работу которого можно стандартизировать.

Согласно экспертным оценкам, предпочтительность бизнеса, основанного на франчайзинге, в первую очередь связана с низкой долей прекращения деятельности. Так, в первые пять лет работы лишь 14 % франчайзи закрывают свой бизнес, против 85 % в иных областях предпринимательской деятельности⁴. Согласно статистике по США, до 97 % компаний, открывшихся при помощи франчайзинга, продолжают функционировать после пяти лет работы. Для сравнения, общие показатели успеха не столь оптимистичны: только 40 % компаний остаются на рынке через два года, и соответственно – 10 % через десять лет⁵. Безусловно, данная статистика отражает показатели по США – одной из ведущих стран с развитой рыночной экономикой, что не позволяет непосредственно применять ее к иным рынкам франчайзинга. Однако это безоговорочно свидетельствует о большей эффективности и перспективности данного инструмента по сравнению со многими разновидностями предпринимательской деятельности по соотношениям инвестиций, рисков и доходности.

В то же время правоотношения коммерческой концессии имеют ряд преимуществ, выходящих далеко за пределы частноправовых предпринимательских интересов. С точки зрения потребителей, данная модель отношений позволяет получать товары (работы, услуги) стандартного качества, т. е. соответствующего региональным или мировым требованиям, на равных предъявляемым правообладателями в отношениях со всеми пользователями, составляющими единую сеть. Соответственно, данный вид предпринимательской деятельности способствует развитию цивилизованных рыночных отношений, установлению международных торгово-производственных связей.

С точки зрения публично-правовых преимуществ франчайзинг является фактором развития торгово-промышленного сотрудничества, протекающего в рамках правомерного, с точки зрения антимонопольного законодательства, поведения сторон. Стабильный характер предпринимательских отношений позволяет обеспечить устойчивую занятость населения на рынке труда, а также предотвращает неблагоприятную трудовую мобильность, ввиду низких рисков прекращения предпринимательской деятельности, что особенно актуально в период регулярных экономических потрясений.

Наконец, не стоит забывать, что высокие показатели успешности являются прекрасным стимулом для обеспечения инвестиционной привлекательности, которая непосредственно коррелирует с объемом доходов бюджетов и государственных внебюджетных фондов в кратко- и среднесрочном периодах. Частноправовые отношения в области стандартизации и унификации качества продукции, получаемой потребителями, упрощают государственный контроль в данной области, снижают риски наступления массовых неблагоприятных событий. Неслучайно отношения франчайзинга (коммерческой концессии) называют основой экономики XXI века.

С точки зрения отечественной статистики (с 2011 г.) число заключаемых договоров коммерческой концессии растет, но в то же время показатели не являются стабильными. Так, в 2011 г. Роспатент зарегистрировал 2769 договоров, в 2012 г. – 6986, в 2013 г. – 3693, в 2014 г. – 4817, в 2015 г. – 3804. При этом численность договоров коммерческой концессии обычно составляет от 1/3 до 1/2 от общего количества заключаемых лицензионных договоров за обозначенный период времени. В подавляющем большинстве случаев в отношениях участвуют исключительно отечественные предприниматели, и лишь в 10–15 % случаев иностранные правообладатели заключают прямые договоры⁶. Количество отечественных франчайзеров, заклю-

³ Там же. С. 268–271.

⁴ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 108.

⁵ Guide to international master franchise arrangements (second edition) [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/guide/second-edition-2007> (дата обращения: 15.04.2017). С. 266.

⁶ Полагаем, что доля присутствия иностранных средств индивидуализации намного больше представленных данных, т. к.

чающих договоры с иностранными предпринимателями, не превышает нескольких единиц в год⁷.

Конечно, такие задачи, как увеличение количества заключаемых договоров коммерческой концессии, находятся вне сферы юриспруденции и относятся к макроэкономической политике государства. В то же время считаем, что решение отдельных проблем правового регулирования, дача полезных рекомендаций по заключению и исполнению сделок данного рода, превенция оппортунистического поведения и обоснование необходимости и направлений реформирования отечественного законодательства являются неперенными задачами гражданско-правовой науки.

статистика не учитывает отдельно количество договоров коммерческой субконцессии, ибо многие иностранные франчайзеры работают по системе мастер-франчайзинга, передавая весь объем необходимых исключительных прав и иных объектов договора отечественному юридическому лицу, которое впоследствии заключает договоры коммерческой субконцессии от своего имени в отношении данных иностранных брендов.

⁷ Отчет о деятельности Роспатента за 2015 г. [Электронный ресурс] – URL: http://www.rupto.ru/about/reports/2015_1#1.4 (дата обращения: 15.04.2017). П. 1.7.

Глава 1

Ключевые особенности понимания договора коммерческой концессии

§ 1. Содержание и соотношение базовых понятий договора коммерческой концессии

Активное заимствование иностранной терминологии нередко вносит путаницу в употребление устоявшихся понятий. Применительно к теме настоящей работы в научной литературе и повседневном лексиконе для обозначения отношений по коммерческому использованию комплекса исключительных прав имеется ряд понятий, таких как франчайзинг, франшиза, коммерческая концессия, комплексная предпринимательская лицензия. Постараемся разобраться с представленным многообразием терминов.

Полагаем, что ключом к пониманию отношений, регулируемых гл. 54 ГК РФ, является понятие концессии, под которой понимается «соглашение между публично-правовым образованием и частным лицом по предоставлению последнему публичной собственности во владение и пользование на временной и платной основе, а также права заниматься исключительной деятельностью публично-правового образования»⁸.

В данных отношениях наглядно проявляется механизм привлечений частного капитала и тесное взаимодействие вкладчиков с государством. Нередко концессия закрепляла обязательства инвесторов и органов власти в отношении объектов, не подлежавших приватизации, например, связанных с транспортным сообщением, коммуникационными системами и пр. Авторы выделяют следующие разновидности договоров концессии, существующие в отечественном законодательстве⁹. Во-первых, это договор о разделе продукции, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основах предоставляет инвестору исключительное право на поиск, разработку, добычу полезных ископаемых на определенном участке недр за свой счет и на свой страх и риск¹⁰. Суть данных отношений в том, что государство, не производя со своей стороны каких-либо вложений, дает частному лицу право на поиски и разработку месторождения в обмен на получение части добытого сырья. Данные отношения носят для инвестора алеаторный характер¹¹. Законодательство во многом ориентировано на привлечение иностранных инвестиций и предоставление гарантий, связанных с участием зарубежного капитала.

Вступая в подобные отношения, государство как обладатель эксклюзивного права на распоряжение природными ресурсами может извлечь для себя значительное число преимуществ, связанных с решением проблем трудоустройства граждан, поддержкой отечественных производителей технологического оборудования, средств и материалов для осуществления работ по договору (п. 2 ст. 7 ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»). А также собственно участ-

⁸ Словарь терминов [Электронный ресурс] / Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

⁹ Муравьева К. М. Соотношение понятий «концессия» и «коммерческая концессия» [Электронный ресурс] // Законодательство и экономика. 2007. № 8. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата // Вестник Омской юридической академии. 2015. № 3. С. 42–43.

¹⁰ См., подробнее: Федеральный закон от 30.12.1995 № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

¹¹ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 43.

вует в разделе произведенной продукции, извлекая доход в материальном виде или в качестве денежного эквивалента (ст. 8).

Во-вторых, это концессионные соглашения¹², в соответствии с которыми одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать или реконструировать объект договора (недвижимость и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной договором), право собственности на который принадлежит другой стороне (концеденту), которая передает это имущество во временное владение и пользование концессионеру К объектам концессионных соглашений относится широкий спектр транспортной, энергетической, социальной инфраструктуры (п. 1 ст. 4 ФЗ «О концессионных соглашениях»). Платой концессионера по договору является установленная соглашением твердая сумма денежных средств, или доля продукции или доходов, или обязательство по передаче концеденту имущества концессионера (ст. 7).

Необходимость заключения подобных договоров обусловлена перманентным отсутствием у государства средств на поддержание в рабочем состоянии своего многочисленного имущества, которое оно отдает во временное пользование частным лицам. Тем самым государство снимает с себя обязанность поддерживать нормальное эксплуатационное состояние объектов, не включенных в экономическую деятельность из-за нехватки средств¹³.

Неслучайно под реконструкцией объекта договора понимается целый комплекс обременительных мероприятий по переустройству на основе внедрения новых технологий, механизации и автоматизации производства, модернизации и замене морально устаревшего и физически изношенного оборудования новым, более производительным, по изменению технологического или функционального назначения объекта, а также иные мероприятия по улучшению его характеристик и эксплуатационных свойств (п. 3 ст. 3 ФЗ «О концессионных соглашениях»).

В создании (реконструкции) объекта концессионного соглашения заинтересовано все общество, государство гарантирует частному лицу защиту его прав как инвестора, а также отвечает перед обществом за качество исполнения договора¹⁴. Однако это не меняет сущности данных отношений, так как они имеют инвестиционную природу, значит, предполагают извлечение прибыли инвестором. Соответственно, бремя расходных обязательств будет в максимальной степени переложено на «плечи» общества, и в минимальной на публично-правовые фонды денежных средств. Неслучайно п. 1 ст. 6 ФЗ «О концессионных соглашениях» предусматривает срок действия концессионного соглашения в т. ч. исходя из времени окупаемости инвестиций, получения концессионером объема валовой выручки. На основе чего следует, что т. н. государственно-частное партнерство – инструмент, обладающий выгодой для обеих сторон. В то же время собственно общество представлено в данных отношениях опосредованно, что, однако, не снимает с него финансовых обязательств за альтернативный и выгодный, с точки зрения власти, способ исполнения публично-правовых обязательств. И судя по настроениям в верхних эшелонах исполнительной власти¹⁵, государство и дальше будет стремиться увеличивать приток инвестиций для финансирования различных сфер экономики, в т. ч. и социальной, так как отечественные публичные фонды в первую очередь ориентированы на содержание и охрану самой власти. Поэтому необходимо трезво и объективно подходить к пониманию природы данных отношений.

Ведь нетрудно представить себе ситуацию, если власти захотят, например, решить проблему обустройства и нехватки автомобильных парковочных мест, через повсеместное «обору-

¹² Федеральный закон от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»//СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

¹³ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 43.

¹⁴ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 92.

¹⁵ Медведев Д. Социально-экономическое развитие России: обретение новой динамики // Вопросы экономики. 2016. № 10. С. 16–17

дование» платных стоянок. Безусловно, обозначенные механизмы позволяют повысить степень легальной коммуникации власти и бизнеса, увеличить объемы поступлений денежных средств в публичные фонды, снимают с властей различные нужды и обязанности. Однако, навряд ли общество будет радо, что их осчастливили подобным образом, ведь данные мероприятия лишь формально снимают остроту социальных проблем. Увы, перечень подобных примеров, основанных на «просоциальных» действиях властей, направленных на искусственное активизирование дополнительных денежных потоков, можно продолжать и далее, однако в основании данной пирамиды всегда оказываются те самые граждане, во благо которых действуют власти. Полагаем, что сотрудничество власти и бизнеса в подобном истолковании являет собой пример паллиативных мер по решению социально значимых вопросов.

С точки зрения государственно-частного партнерства концедент лишь вправе принимать на себя часть расходов на создание и(или) реконструкцию, использование (эксплуатацию) объекта концессионного соглашения и предоставлять концессионеру государственные или муниципальные гарантии в соответствии с бюджетным законодательством (п. 13 ст. 3). При этом объект полностью находится на балансе концессионера, который несет все риски и расходы, связанные с его эксплуатацией, не имеет права распоряжаться им, изменять его целевое назначение и передавать в залог. На объект не может быть обращено взыскание по обязательствам концессионера, а исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности, полученные концессионером за свой счет при исполнении концессионного соглашения, принадлежат концеденту (п. 5, 6, 8, 11, 16, 17 ст. 3). Даже формулировка прав и обязанностей сторон, по сути, обращена только к статусу концессионера, точнее, к его обязанностям (ст. 8 ФЗ «О концессионных соглашениях»).

Наконец, к отношениям концессионного типа можно отнести собственно соглашения о государственно-частном партнерстве как разновидности гражданско-правового договора, предусматривающего объединение ресурсов и распределение рисков публичного и частного партнеров в целях привлечения инвестиций в экономику, обеспечения доступности товаров, работ, услуг и повышения их качества (п. 1, 3 ст. 3, п. 1 ст. 12)¹⁶. Они также предполагают строительство, реконструкцию, эксплуатацию и техническое обслуживание объектов при полном или частичном финансировании со стороны частного партнера (п. 2 ст. 6). Объектами отношений являются объекты транспортной, энергетической, социальной и иной инфраструктуры (п. 1 ст. 7)¹⁷. Отличительной особенностью данных отношений является наличие содействия со стороны публичных партнеров, которое выражается в передаче права собственности на созданный объект частному партнеру (п. 4 ст. 7, п. 1 ст. 12), предоставлении земельного участка (подп. 4 п. 2 ст. 12), распределении рисков (подп. 5 п. 11 ст. 12). Сами отношения носят возмездный характер, так как частный партнер, помимо инвестиций, также уплачивает вознаграждение своему публичному контрагенту (п. 10 ст. 12)¹⁸. Получается, что органы власти, так же как и в случае с концессионными соглашениями, имеют возможность удовлетворить общественные потребности и интересы за счет частного капитала при относительно небольшом содействии со своей стороны.

Особенности содержания концессионных соглашений, а также соглашений о государственно-частном партнерстве во многом свидетельствуют об их единстве, обусловленном характером решения многих существенных вопросов. В. Ф. Попондопуло отмечает, что сход-

¹⁶ Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» //СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). С. 4350.

¹⁷ Там же.

¹⁸ Там же.

ство данных моделей отношений обусловлено тем, что концессионное соглашение – одна из распространенных в России правовых форм публично-частного партнерства¹⁹.

Полагаем, что данные отношения, несмотря на их договорную природу, существенно отличаются от частноправовых, так как участие публично-правовых субъектов существенно обременяет их контрагентов. Ученые отмечают, что власть всегда стремится придать сделкам с публично-правовым участием характер административных отношений, несмотря на гражданско-правовую природу и подход к их регулированию²⁰, что может находить свое подтверждение в названии данных и иных сделок, заключаемых с публично-правовыми субъектами. К их числу можно отнести и соглашения о разделе продукции (п. 1 ст. 2 ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»), и концессионные соглашения (п. 2 ст. 3 ФЗ «О концессионных соглашениях»), и соглашения о государственно-частном партнерстве (п. 3 ст. 3, п. 1 ст. 12²¹), и, согласно специфике механизма правового регулирования, контрактные отношения (п. 8 ст. 3²²). В любом случае наличие особенностей, вытекающих из участия публично-правовых образований, не изменяет общей договорной природы данных отношений, что не должно нарушать равных начал участия публично-правовых субъектов в отношениях с частными лицами (ст. 124 ГК РФ).

Из сказанного следует, что основным отличием концессии от ее коммерческого аналога служит субъектный состав отношений, а именно – концессионные отношения в широком смысле слова (все вышеприведенные примеры) предполагают в качестве обязательного участника какого-либо субъекта публичного права, обладающего эксклюзивным правом в отношении какой-либо деятельности либо в отношении собственности. В свою очередь отношения коммерческой концессии предполагают взаимодействие субъектов частного права, будь то организации или индивидуальные предприниматели (далее – ИП), в отношении предоставления и использования отдельных объектов гражданского права. И, как верно отмечают авторы, коммерческая концессия – это прежде всего деятельность под товарным знаком правообладателя²⁴.

Несмотря на существующие отличия, а также отсутствие сходства по составу участников и по содержанию²⁵, в литературе указывают²⁶, что в отдельных публикациях авторы не различали концессионные соглашения от договора коммерческой концессии, однако последний никак не связан с получением налоговых льгот. Даже в некоторых судебных актах по

¹⁹ Попондопуло В. Ф. Законодательство о публично-частном партнерстве: цели и предмет регулирования, основные понятия [Электронный ресурс] // Актуальные проблемы предпринимательского и корпоративного права в России и за рубежом. Сборник научных статей III Международной научно-практической конференции (Москва, 25 апреля 2016 г.) М.: Юстицинформ, 2016. С. 50. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

²⁰ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 92.

²¹ Федеральный закон от 13.07.2015 № 224-ФЗ «О государственно-частном партнерстве, муниципально-частном партнерстве в Российской Федерации и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2015. № 29 (часть I). С. 4350.

²² Федеральный закон от 5.04.2013 № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» // СЗ РФ. 2013. № 14. Ст. 1652.

²³ См. подробнее: Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Субординационный механизм правового регулирования отношений в рамках контрактной системы закупок для удовлетворения публичных нужд // Вестник Омской юридической академии. 2016. № 1. С. 24–28; Соломонов Е. В., Юрицин А. А. О совершенствовании законодательства, регламентирующего полномочия органов власти в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных услуг // Вестник Омской юридической академии. 2016. № 4. С. 22–25; Соломонов Е. В., Юрицин А. А. К вопросу о юридической природе плановых актов государственных и муниципальных заказчиков // Вестник Омской юридической академии. 2017. № 1. С. 26–29.

²⁴ Филина Ф. Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности [Электронный ресурс] – М.: РОСБУХ, 2008. С. 21. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

²⁵ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 94.

²⁶ См. подробнее: Бобков С. А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации: дис... канд. юрид. наук – М., 2004. С. 33.

ошибке указывается, что к отношениям, возникшим из концессионного соглашения, применяются нормы гл. 54 ГК РФ, а также ФЗ «О концессионных соглашениях», на основе чего применяются не подходящие нормы права²⁷.

Нельзя отрицать, что как публично-правовая, так и частная конструкции отношений базируются на общих принципах: предоставление исключительных (эксклюзивных) прав, которые по различным основаниям не могут перейти в собственность другой стороны и являются разрешением для осуществления какой-либо деятельности. В связи с этим можно обоснованно считать концессионные отношения определенной базовой моделью связей контрагентов, возникающих при передаче различных эксклюзивных и исключительных прав. Соответственно, отношения коммерческой концессии должны обладать как общими, так и отличительными признаками.

В силу отсутствия специального регулирования отношений по комплексному использованию объектов исключительных прав в предпринимательской деятельности в России до середины 90-х годов XX века и активного заимствования иностранных слов в науке и появился спор о соотношении между собой таких терминов, как «коммерческая концессия», «франчайзинг», «франшиза». При введении понятий «коммерческая концессия» или «франчайзинг» в словари справочных правовых системы мы получаем информацию о тождественности обозначенных понятий. Аналогичные суждения можно встретить у авторов многих книг и комментариев²⁸. Вероятно, точка зрения, основанная на тождестве данных терминов, возникла из идентичности переводов иностранных слов. Другие авторы указывают на общность объектов исключительных прав, передаваемых как по договору коммерческой концессии, так и при помощи его зарубежного аналога, из чего обычно постулируется вывод о тождественности обозначенных конструкций²⁹. Законодательство ряда стран вовсе содержит упоминание как о договорах франчайзинга, так и о договорах коммерческой концессии³⁰. Полагаем, что многовековой опыт развития предпринимательских отношений за рубежом может свидетельствовать о том, что подобные споры являются небезосновательными, и вывод о тождестве обозначенных понятий обусловлен сходством наиболее очевидных признаков данных отношений.

Для начала необходимо разобраться со значением понятия «франчайзинг», так как собственно коммерческая концессия все же представлена в ГК РФ в виде договора, т. е. юридической формы, закрепляющей отношения определенного рода. Так, по мнению Р. Б. Каца, франчайзинг представляет собой продолжительное взаимовыгодное деловое сотрудничество, в ходе которого крупная компания представляет небольшой фирме франшизу на производство, продажу товаров, оказание услуг на определенной территории под торговой маркой крупной фирмы³¹. Как видно из смысла определения, суть отношений сводится к отношениям пользования, позволяющим на возмездной основе распространить географию «представительства» средств индивидуализации без расширения правообладателем собственной филиальной сети. При этом под франшизой, очевидно, понимается собственно объект договора – комплекс исключительных прав, разрешающий ведение определенной деятельности.

²⁷ Постановление Шестого арбитражного апелляционного суда от 4.04.2013 № 06АП-1082/2013. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

²⁸ См., например: Алексеев С. С., Гонгало Б. М., Мурзин Д. В. и др. Гражданское право: учебник [Электронный ресурс] / под ред. С. С. Алексеева – М.: Проспект, 2011. С. 207. Доступ из Правовой справочно-информационной системы «Гарант»; Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Арсланов К. М. и др. Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть вторая) [Электронный ресурс] / под ред. А. П. Сергеева – М.: Проспект, 2010. С. 524. Доступ из Правовой справочно-информационной системы «Гарант».

²⁹ Кондратьева Е. А. Коммерческая концессия как правовая форма координации экономической деятельности: ключевые аспекты [Электронный ресурс] // Право и экономика. 2015. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³⁰ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 120.

³¹ Кац Р. Б. Франчайзинг: построение предприятия, бухгалтерский учет, правовые аспекты [Электронный ресурс] – М.: РОСБУХ, 2011. С. 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

В. В. Витрянский понимает под франчайзингом группу договорных отношений, одним из основных условий которых является передача одним предпринимателем другому совокупности исключительных и иных прав для коммерческого использования. При этом он отождествляет его с понятиями коммерческой концессии и франшизы. Нужно согласиться с его мнением, что по своей сути данные отношения небезосновательно входят в самостоятельную группу договоров об использовании исключительных прав. Соответственно, в качестве квалифицирующих черт данных отношений как разновидности концессионных отношений им выделяется их предпринимательский характер и статус контрагентов, факт передачи целого комплекса прав лишь в пользование, наличие особой цели у правообладателя (создание производственной, торговой или сбытовой сети, расширяющей географию его присутствия), а также юридическая самостоятельность сторон при наличии специальных взаимных обязанностей³².

М. Н. Каткова рассматривает франчайзинг как способ организации и осуществления предпринимательской деятельности, основанный на договоре франчайзинга и иных сопутствующих договорах между предпринимателями по использованию исключительных и иных прав в различных сферах предпринимательской деятельности³³. Очевидно, что здесь имеется логическая ошибка, при которой автор пытается истолковать понятие через само себя. Кроме того, сам франчайзинг сводится к группе договоров, в то же время судебная практика не признает ряд связанных друг с другом сделок в качестве единого договора коммерческой концессии (как отечественного аналога франчайзинга)³⁴. Наконец, данное определение не позволит отличить франчайзинг от сходных конструкций, например, от дистрибьюторского договора.

С. В. Климова, характеризуя франчайзинговые отношения, делает акцент на передаче лицензии (франшизы) на производство продукции, продажу товаров, оказание услуг под товарной маркой правообладателя на ограниченной территории в пределах установленного срока³⁵. О. А. Городов также понимает под ним разновидность лицензионного соглашения по передаче франшизы³⁶. Э. Гаврилов указывает, что договор коммерческой концессии зачастую или обычно включает в себя лицензионный договор, что превращает его в комплексный лицензионный договор³⁷.

В подобном понимании франчайзинговые отношения выступают в зауженном виде, делается упор на лицензионную основу данных отношений, которая представляется в качестве так называемой франшизы. Однако, как верно отмечает В. В. Панюкова, договор коммерческой концессии (франчайзинговые отношения в понимании отечественного законодателя), по сути, сводят с лицензионным договором, между тем его сущность предполагает не только передачу возможности использования исключительных прав, но также и коммерческого опыта, деловой репутации своим контрагентам³⁸. Полагаем, что понятие лицензии в данном случае необходимо толковать не с точки зрения договора, а в качестве разрешения правообладателя на осу-

³² Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М.: Статут, 2002. С. 977, 984–987. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³³ Каткова М. Н. Франчайзинг как способ осуществления предпринимательской деятельности: понятие и правовые основы [Электронный ресурс] // Предпринимательское право. 2011. № 2. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³⁴ См., например: Определение ВАС РФ от 25.12.2009 № ВАС-17155/09. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Определение ВАС РФ от 29.09.2009 № ВАС-9491/09. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³⁵ Климова С. В. Договор франчайзинга: анализ основных элементов [Электронный ресурс] // Юрист. 2009. № 12. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³⁶ Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография [Электронный ресурс] / К. М. Беликова, А. В. Габов, Д. А. Гаврилов; отв. ред. М. А. Егорова – М.: Юстицинформ, 2015. С. 123. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³⁷ Гаврилов Э. Средства индивидуализации товаров и качественные характеристики товаров [Электронный ресурс] // Хозяйство и право. 2014. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

³⁸ Панюкова В. В. Уверенные шаги франчайзинга в России [Электронный ресурс] // Торговое право. 2012. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

ществование определенного вида деятельности, подкрепленного предоставлением в пользование каких-либо нематериальных активов. Тогда спор о противопоставлении франчайзинговых и лицензионных отношений будет снят, но в то же время не произойдет отрицания общности их юридической природы.

Отождествляет франчайзинг и коммерческую концессию и Е. А. Суханов. По его мнению, это отношения по возмездному приобретению пользователем у известного предпринимателя с хорошей деловой репутацией права на использование принадлежащих ему средств индивидуализации товаров, работ, услуг, секретов производства и получение консультативной, организационной помощи³⁹. Полагаем, что данное определение удачно отражает важную особенность, вытекающую из двусторонне обязывающего характера обязательств: оказание содействия со стороны правообладателя. Г. А. Лаптев также обуславливает тождество обозначенных понятий на основе высокого уровня взаимодействия контрагентов⁴⁰.

Согласно мнению европейских юристов, изложенному в Кодексе европейского договорного права, франчайзинг представляет собой предприятие среднего бизнеса (собственника), которое для целей увеличения сбыта использует торгово-посредническую сеть на основе установления договорных отношений с малыми предприятиями (пользователями), осуществляющими реализацию продукции от своего имени в отведенном им географическом регионе⁴¹. Полагаем, что в отличие от иных определений данный подход игнорирует основу отношений франчайзинга, выделяемую всеми авторами: предоставление и использование исключительных прав, что является фактором обеспечения потенциально более высокой прибыльности пользователя по сравнению с реализацией товаров (работ, услуг) с применением собственных неизвестных средств индивидуализации. Дефиниция сужает возможности франчайзинга исключительно рамками обязанностей по реализации товаров. Тем самым отношения франчайзинга переводятся в разряд договоров дилерского или дистрибьюторского типа⁴².

По мнению В. А. Белова, подобное понимание франчайзинга дает ясное представление о специфике данных отношений, особенно в части отличий от дистрибуции. В то же время полагаем, что обозначенная дефиниция, напротив, не дает должного представления о широком спектре возможностей данной сделки, так как исключительно посредством рассмотрения обязанностей сторон договора франчайзинга, изложенных в Кодексе европейского договорного права, можно понять возможную предрасположенность договора на производственную деятельность, на предоставление использования объектов исключительных прав (которые не ограничены какими-либо требованиями к обязательному составу объектов).

Согласно иному общепринятому мнению европейских ученых, приведенному в Модельных правилах европейского частного права, франчайзинг представляет собой право осуществления предпринимательской деятельности в рамках франчайзинговой сети с целью предоставления определенного продукта в интересах и от имени пользователя, который использует фирменное наименование, товарные знаки и иные объекты исключительных прав правообладателя⁴³. Данная дефиниция в более удачной, однако абстрактной форме обозначает существо

³⁹ Российское гражданское право. Учебник. В 2 т. Т. 2 / под ред. Е. А. Суханова – М.: Статут, 2011. С. 623.

⁴⁰ Лаптев Г. А. Практика применения договора коммерческой концессии в современной российской правовой действительности [Электронный ресурс] // Юрист. 2014. № 11. Доступ из СПС «Консультант-Плюс»: версия «Проф».

⁴¹ Белов В. А. Кодекс европейского договорного права – European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий. Книга 2 [Электронный ресурс] – М.: Юрайт, 2015. С. 100–101. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

⁴² См. подробнее: параграф второй главы третьей настоящей работы; Ершов О. Г., Юрицин А. А. Критерии разграничения договора коммерческой концессии и дистрибьюторского договора // Патенты и лицензии. Интеллектуальные права. 2015. № 4. С. 47–52; Юрицин А. А. О соотношении договора коммерческой концессии и дистрибьюторского договора // Роль права в формировании гражданского общества в Российской Федерации. Материалы XII межвузовской научной конференции студентов (Омск, 23 мая 2014 г.). Межвузовский сборник. Омск, 2015. С. 82–85.

⁴³ Модельные правила европейского частного права [Электронный ресурс] / Пер. с англ. Науч. ред. Н. Ю. Рассказова – М.: Статут, 2013. С. 247. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

отношений, акцентируя внимание на присоединении к предпринимательской сети, обещающей преференциальные условия работы на рынке, посредством возмездного использования пользователем объектов исключительных прав в своих интересах с соблюдением связанных с этим требований. Это не позволяет правообладателям низводить франчайзинг до уровня получения вознаграждений на основе договора лицензионного типа. В то же время, обходятся вниманием вопросы сотрудничества сторон и возможности осуществления производственной деятельности.

Европейский этический кодекс франчайзинга раскрывает его содержание с точки зрения системы продвижения товаров (работ, услуг) на рынке, основанной на тесном и продолжительном сотрудничестве между юридически и финансово независимыми хозяйствующими субъектами, предполагающей наделение франчайзером правом своего франчайзи по обязательному осуществлению предпринимательской деятельности в соответствии со стратегией и концепцией франчайзера⁴⁴. Полагаем, что, несмотря на акцент на независимости контрагентов, недостатком данного подхода является попытка совместить противоположные аспекты правового статуса пользователя посредством указания на право и обязанность франчайзи по осуществлению предпринимательской деятельности.

Определение, данное Всемирной организацией интеллектуальной собственности, акцентирует внимание на возмездной передаче системы ведения бизнеса, разработанной правообладателем⁴⁵. Несомненным преимуществом данного подхода является пресечение недобросовестного поведения со стороны потенциального франчайзера, так как возмездный характер отношений подразумевает не просто передачу каких-либо объектов исключительных прав, единичное содействие, а целую систему мер, направленных на установление взаимных обязательств в процессе использования общих результатов интеллектуальной собственности. Довольно общее определение предлагает также Международная ассоциация франчайзинга: метод расширения бизнеса, связанный с возмездным использованием лицензии на товарный знак, при осуществлении содействия и контроля в отношениях между контрагентами⁴⁶.

Довольно редко ученые пытаются подойти к познанию сущности явления франчайзинга посредством изучения его признаков, освещающих различные ключевые и достаточные черты изучаемого нематериального явления, что позволяет обособиться от излишней абстрактности и субъективизма.

По мнению А. С. Райникова, франчайзинг обладает следующими базовыми признаками. Во-первых, это договор, т. е. форма, закрепляющая сложившиеся отношения. Во-вторых, он предполагает срочную передачу комплекса исключительных прав для осуществления предпринимательской деятельности. В-третьих, воля правообладателя направлена на расширение рынков сбыта товаров, работ и услуг, посредством замещения себя своим контрагентом в отношениях с третьими лицами⁴⁷.

В. В. Витрянский, основываясь на идентичности франчайзинга и договора коммерческой концессии, выделяет в качестве признаков, во-первых, предпринимательский статус субъектов отношений, во-вторых, объектом отношений является целый комплекс исключительных прав, в-третьих, имеются тесные отношения контрагентов в процессе осуществления бизнеса (в части содействия, обучения, заимствования корпоративной культуры, исключения конкуренции), в-четвертых, передаче подлежит лишь право пользования объектом отношений, в-

⁴⁴ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 113.

⁴⁵ Стригунова Д. П. Договор международного франчайзинга [Электронный ресурс] // Современное право. 2014. № 12. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

⁴⁶ International franchising association. Common franchise terms [Электронный ресурс] – URL: <http://www.franchise.org/what-are-common-franchise-terms> (дата обращения: 15.04.2017).

⁴⁷ Райников А. С. Договор коммерческой концессии [Электронный ресурс] – М.: Статут, 2009. С. 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

пятых, имеется юридическая самостоятельность контрагента правообладателя при наличии определенной экономической зависимости от него, в-шестых, франчайзер преследует особую цель отношений – расширение рынков сбыта⁴⁸.

Г. В. Ларионов дополнительно указывает на необходимость разработки правообладателем системы ведения бизнеса, возмездный и взаимовыгодный характер предоставления права использования объектов исключительных прав, обязательное наличие отношений по контролю над пользователем и оказанию содействия⁴⁹.

Нужно заметить, что изучению признаков франчайзинга не уделено должного внимания. Однако позиции авторов по данному вопросу не противоречат, а дополняют друг друга, позволяя сформировать целостное представление о франчайзинге. В то же время данные признаки и дефиниции содержат попытки объединить в себе не только юридические, но и экономические аспекты изучаемого понятия.

В связи с этим полагаем, что франчайзинг можно рассматривать с двух точек зрения⁵⁰. С экономической он представляет собой способ организации и развития бизнеса, основанный на взаимовыгодном предоставлении контрагенту определенных эксклюзивных прав, принадлежащих правообладателю, или на объединении активов для ведения совместной деятельности, позволяющих осуществлять юридически независимую предпринимательскую деятельность в рамках единой сети, предусматривающей систему сотрудничества, совместное использование средств индивидуализации, соблюдение корпоративной культуры, внедрение механизмов контроля и возможность ограничения деятельности контрагентов.

С юридической точки зрения франчайзинг можно воспринимать как урегулированную гражданским законодательством систему предпринимательских отношений, возникающих по поводу и в процессе возмездного использования исключительных прав, принадлежащих правообладателю, или по осуществлению контрагентами совместной деятельности, сопряженной с их использованием, а также отношений, связанных с координацией и субординацией действий сторон в процессе осуществления предпринимательской деятельности.

Нужно понимать, что экономическая трактовка предусматривает все многообразие возможных отношений сторон, что выражается в различных формах сотрудничества и ограничений, которые могут применяться далеко не во всех отношениях. То же самое можно утверждать и для юридической дефиниции, предполагающей различный набор прав и обязанностей сторон договора, что проявляется в разной степени координации и субординации действий контрагентов. Последнее есть выражение экономической сущности франчайзинга, выраженной в праве обладателя исключительного права монопольно и односторонне направлять отдельные действия юридически независимого контрагента – что является признаком, через который проявляется природа концессионных отношений. В обозначенных определениях мы постарались охватить все многообразие моделей построения франчайзинга, речь о которых пойдет далее. В то же время разнородность их содержания выявляет очевидную дихотомию в рамках данных дефиниций, что находит свое воплощение в рассмотрении франчайзинга как возмездного договора и как договора о совместной деятельности⁵¹.

Представляется, что ближе всего ответ на вопрос о соотношении франчайзинга и коммерческой концессии был дан С. А. Бобковым. Исходя из разделения франчайзинга с точки зрения эволюции содержания на товарный, бизнес-формат и конверсионный франчайзинг, он приходит к выводу, что закрепленная в гл. 54 ГК РФ конструкция договора коммерческой

⁴⁸ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. С. 984–985.

⁴⁹ Ларионов Г. В. Развитие франчайзингового предпринимательства в Российской Федерации // Вестник Академии. 2011. № 4. С. 66.

⁵⁰ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 42

⁵¹ См. подробнее: параграф второй главы третьей настоящей работы.

концессии представляет собой частную разновидность отношений франчайзинга⁵². Полагаем, что в целом логика автора верна, так как она наглядно отражает развитие содержания данных отношений, что позволяет обособить в их рамках договор коммерческой концессии.

Франчайзинг является товарным в случае предоставления правообладателем исключительных прав по распространению его продукции на определенной территории. Исторически это первый вид франчайзинга, появившийся в середине XIX века, который заложил дальнейшую основу его развития посредством распространения товаров через дилерские сети. Подобная модель договорных отношений нашла свое отражение и в Гражданском кодексе Российской Федерации. Так, ст. 1033 предполагает возможность закрепления ограничения прав пользователя по осуществлению своей деятельности исключительно на указанной территории. Несмотря на выделение данного вида франчайзинга, в литературе отмечают, что по своей сути это были дистрибьюторские и дилерские отношения, налагающие на пользователей обязанность по сервисному обслуживанию реализованной техники⁵³. Нужно заметить, что актуальность разграничения данных моделей отношений сохраняется до сих пор.

Франчайзинг бизнес-формата, возникший в середине XX века, предполагает не только осуществление дилерских функций, но также и полное копирование системы ведения бизнеса, включая рекламную политику, руководство персоналом. В данном случае имеется заимствование системы ведения бизнеса, предполагающее использование коммерческого опыта, средств индивидуализации и корпоративной культуры правообладателя в той мере, при которой независимый пользователь посредством использования объектов исключительных прав легально и самостоятельно заменяет и подменяет собой правообладателя в отношениях с потребителями. Ученые отмечают, что по сути данная модель символизирует франчайзинг как таковой⁵⁴. Неслучайно в США более 80 % персонала данной отрасли приходится на обслуживание именно этого вида франчайзинга⁵⁵.

Полагаем, что именно к данному виду франчайзинга ГК РФ тяготеет в большей степени. Например, ст. 1032 ГК РФ закрепляет следующие обязанности пользователя: использование указанным в договоре способом средств индивидуализации, обеспечение соответствующего качества товаров и услуг, соблюдение указаний правообладателя (в т. ч. оформление помещений), ст. 1031 обязывает правообладателя оказывать пользователю консультативное и техническое содействие. Кроме того, к объектам отношений, помимо средств индивидуализации, прямо отнесены коммерческий опыт, деловая репутация. Несмотря на наличие подобных корреспондирующих обязательств между предпринимателями, ГК РФ не содержит положений, касающихся сотрудничества между контрагентами в рамках самой дефиниции договора. При этом часть возможных договорных связей выведена в положения о правах и обязанностях сторон, которые, будучи диспозитивными нормами, могут быть настолько искажены сторонами договора, что в юридической практике нередко возникают проблемы с квалификацией подобных отношений⁵⁶.

Поэтому, например, дефиниция франчайзинга как системы отношений по возмездному предоставлению комплекса исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности в целях продажи продуктов (услуг) в соответствии с установленными правилами веде-

⁵² Бобков С. А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации. С. 26–33.

⁵³ Еремин А. А. История становления и развития правового регулирования договора коммерческой концессии в России [Электронный ресурс] // История государства и права. 2015. № 2. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Еремин А. А. Развитие франчайзинговых отношений в России: современное состояние и перспективы развития [Электронный ресурс] // Юрист. 2015. № 9. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

⁵⁴ Guide to international master franchise arrangements (second edition) [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/guide/second-edition-2007> (дата обращения: 15.04.2017). С. 1.

⁵⁵ Там же. С. 263.

⁵⁶ См. подробнее: параграф второй главы второй настоящей работы; Ершов О. Г., Юрицин А. А. Указ. соч. С. 47–52; Юрицин А. А. Указ. соч. С. 82–85.

ния бизнеса, данная в отклоненном отечественном законопроекте «О франчайзинге» (п. 1 ст. 2)⁵⁷, является более удачной с точки указания на наличие дополнительных требований к осуществлению пользователем своей предпринимательской деятельности. В то же время смещение фокуса франчайзинга исключительно на торговлю, напротив, противоречит идее вариативности установления экономических отношений⁵⁸.

Похожее абстрактное определение франчайзинга как способа организации бизнес-отношений между независимыми компаниями и(или) физическими лицами, в рамках которой франчайзи получает от франчайзера официальное разрешение на использование знака обслуживания, фирменного стиля, деловой репутации, ноу-хау и готовой бизнес-модели за определенную плату, дается и Российской ассоциацией франчайзинга (далее – РАФ)⁵⁹. В то же время отсутствие разделения экономической и юридической составляющей вводит в отношения неопределенность в области ограничения использования данных объектов исключительно в предпринимательской деятельности, введения в оборот объектов, неизвестных гражданскому законодательству.

Исторически последним возник конверсионный франчайзинг (конец 70-х годов XX века). Он предполагает создание из нескольких самостоятельных предприятий единой сети, объединенной общими средствами индивидуализации, политикой, производством и руководством. Это своего рода монополистическое объединение наподобие синдиката или картеля. В то же время данные отношения не должны переходить грань дозволенной субординации к установлению прямого управления и осуществления согласованных действий.

Подобная ассоциация обычно происходит путем присоединения самостоятельного предприятия (аналогичного или смежного профиля) к более известному предприятию, имеющему франшизную систему⁶⁰. При этом предполагается, что франчайзи уже имеет опыт управления собственным бизнесом, и приобретение франшизы обусловлено получением преимуществ от заимствования опыта, использования средств индивидуализации товаров и услуг, принадлежащих франчайзеру, занимающему более заметное положение на рынке.

Конверсионный франчайзинг обычно является еще и производственным⁶¹ – т. е. основаным на принципах распределения труда и территории реализации товаров, обеспечения экономичности производства, повышения объемов и гибкости производства⁶². Он включает в себя различные схемы взаимоотношений компаньонов (владельцев средств индивидуализации, производителей сырья, продукции, продавцов)⁶³. Это позволяет выстроить нечто наподобие горизонтально или вертикально интегрированного холдинга. Однако наличие юридической и почти полной экономической самостоятельности отрицает непосредственное осуществление управления пользователями, что отличает конверсионный франчайзинг от холдинга, основанного на договоре⁶⁴.

⁵⁷ Законопроект № 503845-6 «О франчайзинге» [Электронный ресурс] – URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=503845-6&02> (дата обращения: 15.04.2017).

⁵⁸ Согласно официальному отзыву на законопроект, разработчиками была предпринята попытка излишне детализировать регулирование отношений коммерческой концессии. Имеются недостатки в части отсутствия определений ключевых понятий, которые используются в проекте. Однако в нем также были предложены механизмы раскрытия информации.

⁵⁹ Российская ассоциация франчайзинга. Что такое франчайзинг [Электронный ресурс] – URL: http://www.rusfranch.ru/franchisees/chto_takoe_franchayzing/ (дата обращения: 15.04.2017).

⁶⁰ Филина Ф. Н. Указ. соч. С. 12.

⁶¹ Нужно понимать, что конверсионный и производственный франчайзинг не одно и то же, т. к. последний ориентирован на организацию производства на основе использования преимущественно объектов патентного права.

⁶² Ягудин С. Ю. Венчурное предпринимательство. Франчайзинг: учебно-методический комплекс – М.: Изд. центр ЕАОИ, 2008. С. 120–121.

⁶³ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 42–43.

⁶⁴ В то же время не исключено, что правообладатель для диверсификации рисков может выступать также учредителем в отношении компаний-пользователей. В данном случае будет иметь место имущественный холдинг.

РАФ дает следующие определения данного вида отношений. Во-первых, вхождение независимого предприятия в сеть региональной или национальной компании, предлагающей воспользоваться преимуществами услуг группы связанных предприятий. Обычно данная сеть объединяет ряд сравнительно небольших компаний. Во-вторых, это вид франчайзинга, при котором крупный франчайзер приобретает всю или часть другой сети и преобразует отдельные ее элементы, чтобы они соответствовали его требованиям. Этот шаг позволяет быстро расширить сеть. При этом правовые осложнения могут возникнуть при желании покупателя начать управлять приобретенной сетью. Определенная самостоятельность обуславливает риски неоправданной конкуренции между участниками сети⁶⁵. В то же время не совсем понятно, что подразумевается под приобретением сети, если отношения франчайзинга основаны на установлении договорных обязательств, а не приобретении акций (долей) иных юридических лиц. Получается, что правообладатель создает холдинговую структуру.

Полагаем, что столь широкое понимание данного вида франчайзинга свидетельствует об отсутствии каких-либо однозначных критериев, устанавливающих основы структурной связи между участниками сети, пределы и границы субординации и координации между независимыми хозяйствующими субъектами, входящими во франчайзинговую сеть. В то же время нельзя недооценивать потенциал данной модели для отечественной экономики, ведь этот вид франчайзинга подразумевает кооперацию посредством объединения сравнительно небольших элементов в крупную сеть, что позволяет оптимизировать производство и сбыт, получить синергетический эффект от масштабов взаимодействия.

В подобном понимании конверсионный франчайзинг по внешним признакам связан с иными видами данных отношений, например, с многофункциональным франчайзингом – приобретением франчайзером бизнес-системы, первоначально не связанной с его деятельностью. Полагаем, что это позволяет диверсифицировать структуру нематериальных активов, а также направлений ведения бизнеса, в т. ч. для установления производственно-торговой связи между предприятиями различной специализации. Аналогичную диверсификацию можно реализовать посредством ведения так называемого нишевого франчайзинга, предполагающего использование различных исключительных прав для ведения разнородного бизнеса в небольшом сегменте, но с различной специализацией пользователей, использующих разные комплексы объектов исключительных прав, что даже предполагает некоторую конкуренцию между ними⁶⁶.

Обозначенные понимания данной модели франчайзинга прямо не представлены в ГК РФ как отношения, возникающие из договора коммерческой концессии, а ее применение может быть затруднительно без внесения изменений в действующее законодательство. В то же время попытки применения конверсионного франчайзинга посредством конструкции смешанных договоров в случае возникновения судебных разбирательств могут закончиться тем, что к данным отношениям, скорее всего, будут применены нормы, касающиеся договора простого товарищества, которые не соответствуют сущности отношений франчайзинга⁶⁷. Определенные вопросы могут возникнуть у антимонопольных органов в части использования вертикальных соглашений, явно не соответствующих содержанию законодательного регулирования договора коммерческой концессии (п. 2 ст. 11, п. 1 ст. 12⁶⁸)⁶⁹.

⁶⁵ Российская ассоциация франчайзинга. Основные понятия [Электронный ресурс] – URL: http://www.rusfranch.ru/franchising/osnovnye_ponyatiya/ (дата обращения: 15.04.2017).

⁶⁶ Там же.

⁶⁷ См. подробнее: параграф второй главы третьей настоящей работы; Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 43.

⁶⁸ Федеральный закон от 26.07.2006 № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3434.

⁶⁹ Более подробно вопросы существования конверсионного франчайзинга в отечественной правовой системе раскрыты в параграфе втором главы третьей настоящей работы.

Иностранные ученые указывают на несколько иное понимание сущности конверсионного франчайзинга. Отмечается, что причиной его возникновения является значительное увеличение количества франчайзеров, что снижает удельную долю франчайзи, приходящихся на одного правообладателя. Данную тенденцию отмечают и отечественные исследователи: темпы прироста франчайзеров в РФ в 1,5 раза выше, чем увеличение численности франчайзи⁷⁰. Конверсионный франчайзинг может быть реализован двумя способами. Первый – предложение франчайзингового бренда независимым владельцам бизнеса в той же отрасли. Тем самым происходит объединение независимых предприятий под эгидой одной бизнес-системы, включающей единые общие средства индивидуализации и правила ведения бизнеса. Второй – предложение франчайзингового бренда самостоятельным предпринимателям, испытывающим проблемы с бизнесом и(или) желающим диверсифицировать его (обычно это предложение касается малого бизнеса). Актуальность данных направлений продиктована последствиями экономических кризисов, что мотивирует предпринимателей искать направления сотрудничества, сохранять и привлекать квалифицированных специалистов. Помимо взаимодействия в области использования объектов исключительных прав, франчайзеры предлагают набор важных нематериальных активов: система маркетинга и продаж, программы обучения, проведение анализа причин снижения доходности контрагента, что позволяет получить дополнительный доход от сотрудничества⁷¹.

Иными словами, подобное понимание конверсионного франчайзинга ничем не отличается его как от договора коммерческой концессии, так и от прочих разновидностей франчайзинга. С той разницей, что в качестве отличительных черт выступает то, что в отношения вступают опытные бизнесмены, решившие отказаться от полной автономии ведения предпринимательской деятельности в пользу выгодного сотрудничества по личным или экономическим мотивам. Полагаем, что в подобном понимании конверсионный франчайзинг действительно не обладает существенными отличиями от товарного, бизнес-формата и производственного франчайзинга, так как основан на реструктуризации бизнеса, обусловленной мотивами руководства, что связано с принятием преимуществ и обременений на основании договора, который ничем не отличается от иных видов франчайзинга. В то же время полагаем, что идея конверсионного франчайзинга как экономической категории, основанной на эволюции торгово-производственной кооперации, может выходить за рамки как договора коммерческой концессии, так и традиционного договора франчайзинга⁷².

На основе вышеизложенного считаем возможным дополнить точку зрения С. А. Бобкова о том, что понятие коммерческой концессии является синонимом франчайзинга бизнес-формата. Представляется, что невозможность прямого отождествления коммерческой концессии и франчайзинга бизнес-формата вызвана не столько различиями в составе средств индивидуализации⁷³, сколько тем, что существующая в ГК РФ модель отношений объединяет в себе товарный и бизнес-формат франчайзинга, что позволяет контрагентам отступать от экономических клише, несмотря на риски осложнения квалификации данных отношений⁷⁴.

Кроме того, упрощенное понимание конверсионного франчайзинга допускает полное смешение договора коммерческой концессии и собственно франчайзинга как родового понятия. Полагаем, что данная точка зрения не является верной, так как в подобной трактовке конверсионный франчайзинг ничем не отличается от иных разновидностей. На основе чего можно

⁷⁰ Ларионов Г. В. Указ. соч. С. 66.

⁷¹ International franchising association. Mike Hawkins: Conversion franchising – the advantages of adding it to your franchise system [Электронный ресурс] – URL: <http://www.franchise.org/conversion-franchising-the-advantages-of-adding-it-to-your-franchise-system> (дата обращения: 15.04.2017).

⁷² См. подробнее параграф второй главы третьей настоящей работы.

⁷³ Бобков С. А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации. С. 29.

⁷⁴ См., например: Ершов О. Г., Юрицин А. А. Указ. соч. С. 48–51; Юрицин А. А. Указ. соч. С. 82–85.

не согласиться с мнениями авторов о том, что договор коммерческой концессии и франчайзинг являются тождественными по причине сходства передаваемых по ним объектов⁷⁵.

В то же время, не отрицая очевидность факта аналогичности передаваемых объектов, стоит отметить, что наиболее популярные подходы к определению франчайзинга не учитывают всех возможных моделей его построения. Так, несмотря на существование конверсионного франчайзинга, также предполагающего использование тех же объектов исключительных прав, структура связей данных отношений существенно отличается, что позволяет говорить о неполноте понимания франчайзинга как такового, а также о ложности вывода о тождестве договора коммерческой концессии и франчайзинга, так как подобное сравнение правомерно лишь в случае узкого понимания франчайзинга, а также проведения аналогии исключительно по объектам договорных отношений. Ведь сам по себе факт понимания франчайзинга в узком виде никоим образом не исключает конверсионной модели его построения как элемента науки, предпринимательской практики отдельных стран и фактических отношений, образующих общее понятие и содержание франчайзинга. Следовательно, большинство дефиниций данного явления, в т. ч. легальных, освещают лишь часть его содержания, которое не является абсолютным, однако становится основанием для наиболее очевидных выводов.

Наконец, завершая характеристику отдельных терминов, стоит разобраться с особенностями содержания понятия «франшизы», которое также имеет широкую сферу применения. Упоминание термина выходит далеко за рамки отношений франчайзинга, он часто применяется в страховом деле⁷⁶. Отмечается, что с практической точки зрения его неопределенность, отождествление с другими категориями мешает статистическому учету, в т. ч. при составлении аналитических прогнозов, вводит в заблуждение предпринимателей⁷⁷. Полагаем, что понимание значения франшизы и ее соотношения с другими понятиями можно уяснить исходя из ее иностранного значения, а также употребления в научной литературе и нормах права. В переводе с английского она означает «льготу», «привилегию», «особое право». Модельный закон Международного института по унификации частного права (далее – УНИДРУА) «О раскрытии информации в отношении франшизы»⁷⁸ трактует термин «франшиза» как некую совокупность исключительных прав, принадлежащую франчайзеру, переданную им на платной основе для осуществления предпринимательской деятельности при наличии контроля и содействия со стороны франчайзера⁷⁹.

Международная ассоциация франчайзинга описывает франшизу как лицензию, характеризующую отношения между контрагентами в части использования товарных знаков, получения вознаграждения, оказания содействия и реализации контроля⁸⁰. Полагаем, что в данном случае лицензия означает разрешение, факт возмездного предоставления права использования исключительных прав и принятие правообладателем ключевых обязанностей.

В отечественной литературе также сложились определенные взгляды на содержание этого термина. Так, Ф. Н. Филина указывает, что франшиза представляет собой не что иное, как товар, который имеет общеизвестные потребительские характеристики: цену, качество, обслуживание⁸¹. По мнению Р. Б. Каца, франшиза представляет собой полную бизнес-систему, в том

⁷⁵ См., например: Алексеев С. С., Гонгалов Б. М., Мурзин Д. В. Указ, соч. С. 207; Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Арсланов К. М. Указ. соч. С. 524; Кондратьева Е. А. Указ, соч.; Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 120.

⁷⁶ См., например: Суханов Е. А. Указ. соч. С. 866–877.

⁷⁷ Паниюкова В. В. Две грани рынка франшиз в России и за рубежом: регистрация и «открытость» [Электронный ресурс] // Торговое право. 2012. № 4. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

⁷⁸ Model Franchise Disclosure Law adopted by Unidroit. Rome, September 2002 [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law> (дата обращения: 15.04.2017).

⁷⁹ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 43.

⁸⁰ International franchising association. Common franchise terms [Электронный ресурс] – URL: <http://www.franchise.org/what-are-common-franchise-terms> (дата обращения: 15.04.2017).

⁸¹ Филина Ф. Н. Указ. соч. С. 24.

числе включающую в себя коммерческую и техническую документацию, которую правообладатель продает пользователю⁸². РАФ понимает под ней право на вступление в определенную предпринимательскую деятельность⁸³. С. А. Бобков, исходя из актов УНИДРУА, также придерживается позиции, что франшиза представляет собой право использования исключительных прав⁸⁴.

Согласно актам Евросоюза, франшиза рассматривается как совокупность промышленной и интеллектуальной собственности, используемой для продажи товаров, оказания услуг конечным потребителям. Также франшиза является объектом договора, эквивалентом, за который правообладатель получает вознаграждение⁸⁵. В ранее упомянутом законопроекте «О франчайзинге» франшиза также понимается как комплекс благ – объект договора франчайзинга, – необходимый для создания и ведения предпринимательской деятельности по бизнес-системе правообладателя (п. 3 ст. 2)⁸⁶. Полагаем, что совокупность приведенных точек зрения свидетельствует о наличии определенности в понимании содержания данного понятия.

Ввиду того, что термин «франшиза» не раз фигурировал в качестве объекта договора франчайзинга, а также по причине того, что он имеет весьма конкретное материализованное содержание в виде права пользования на различные объекты интеллектуальной собственности, сопутствующей бизнесу документации, образующих единое целое и выступающих на рынке в качестве товара, то ему можно выделить место в структуре предмета договора коммерческой концессии с точки зрения отечественного законодательства. В силу того, что воля участников отношений направлена на использование различных объектов исключительных прав и деловой репутации – объектов гражданского права (ст. 128 ГК РФ), а также сопутствующей документации и коммерческого опыта правообладателя, можно обоснованно утверждать, что термин «франшиза» в отечественном гражданском праве является элементом предмета договора коммерческой концессии: совместно с объектами гражданского права (в первую очередь комплекс исключительных прав), а также документацией и коммерческим опытом франшиза является объектом договора коммерческой концессии. Она совместно с базовыми обязательствами по исполнению сделки (второй элемент предмета договора) в целом образует предмет договора коммерческой концессии⁸⁷, т. е. наделяет его уникальными признаками, позволяющими идентифицировать данные отношения как по их объектам, так и по ключевым обязательствам, направленным на их использование. Полагаем, что данная декомпозиция позволяет не только наглядно описать, но и на практике отграничивать договор коммерческой концессии от иных предпринимательских сделок. Полагаем, что подобный подход к структуре предмета договора является универсальным, так как может охарактеризовать и индивидуализировать любые договорные отношения.

Отклонение версии о рассмотрении франшизы в качестве права на ведение определенного вида деятельности, на наш взгляд, обуславливается тем, что данная мера возможного поведения рассматривается изолированно как от собственно объектов, на эксплуатацию которых оно направлено, так и от иных прав и обязанностей, имманентно связанных с ним: обязательство по оплате, содействие пользователю. Полагаем, что отсутствие данных мер поведения в составе франшизы как субъективного права освещает лишь малую часть действий, составляющих существо договора коммерческой концессии – его предмет, т. е. неправомерно сужает

⁸² Кац Р. Б. Указ. соч. С. 3.

⁸³ Российская ассоциация франчайзинга. Основные понятия [Электронный ресурс] – URL: http://www.rusfranch.ru/franchising/osnovnye_ponyatiya/ (дата обращения: 15.04.2017).

⁸⁴ Бобков С. А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации. С. 31–32.

⁸⁵ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 11–112.

⁸⁶ Законопроект № 503845-6 «О франчайзинге» [Электронный ресурс] – URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=503845-6&02> (дата обращения: 15.04.2017).

⁸⁷ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Коммерческая концессия: вопросы понятийного аппарата. С. 43.

его, исключая не только сами объекты, но и базовые обязательства по договору, связанные с особенностями и условиями их использования.

Об отнесении документации, содержащей техническую и коммерческую информацию, к составу франшизы, свидетельствует необходимость документального оформления передачи нематериальных активов, предоставление которых в натуре невозможно. В то же время обозначенные документы, равно как коммерческий опыт и коммерческая информация, отраженные в них, отсутствуют в перечне объектов гражданского права (ст. 128 ГК РФ). Полагаем, что отрицать наличие коммерческой документации в составе объектов договора – значит исключать их из договора коммерческой концессии, так как пользователь не вправе требовать передачи ему непоименованных в договоре объектов, следовательно, правообладатель может не разрабатывать обозначенную документацию и не передавать ее пользователю, так как даже при наличии обязанности по передаче документации не будет определен объект данной обязанности. Следовательно, формальное исполнение данной меры поведения правообладателя не будет свидетельствовать о нарушении подобного неполноценного договора. Равно как и формальное обозначение обязанности правообладателя по передаче абстрактной, неконкретизированной документации.

Наши доводы подтверждаются материалами судебной практики в части необходимости согласования различных пакетов документов, определяющих степень сотрудничества и помощи пользователю⁸⁸. Из чего следует, что правообладатель на их основе предоставляет определенный перечень услуг различного содержания и стоимости, выбранных на усмотрение пользователей.

Таким образом, франчайзинг представляет собой родовое понятие, содержание которого зависит от объема толкования отдельных моделей отношений, по которым он может быть реализован. Полагаем, что в отечественном законодательстве непосредственно представлены лишь две разновидности отношений франчайзинга: товарный и бизнес-формат. Они воплощены в форме договора коммерческой концессии. Представляется, что реализация конверсионного франчайзинга в узком понимании возможна без внесения изменений в законодательство посредством договора коммерческой концессии. При этом необходимость ликвидации пробела в этой области законодательства стоит весьма остро – в силу того, что франчайзинговые отношения в РФ развиваются стремительно, а существующее консервативное законодательство (в т. ч. антимонопольное), а также формируемая на его основе правоприменителями практика нередко противоречат сущности отношений франчайзинга.

Понятие «коммерческая концессия» в отечественном законодательстве выступает видовым по отношению к франчайзингу в его общемировом понимании⁸⁹, и по сути оно вобрало в себя возможное содержание правоотношений, возникающих из товарного и бизнес-формата франчайзинга. В целом данные связи являются частноправовым воплощением концессионных отношений.

В свою очередь понятие «франшизы» можно обоснованно понимать как в качестве группы объектов гражданского права, совместно с коммерческой документацией, так и в виде объекта договора – элемента предмета договора коммерческой концессии. Полагаем, что подобное системное понимание соотношения обозначенных терминов, основанное на установлении их содержания и строгих связей между ними, позволит снять остроту научных споров, посвященных как данной проблеме, так и в целом вопросам структуры предмета гражданско-правового договора.

⁸⁸ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 22.11.2016 № С01-973/2016. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

⁸⁹ См.: Буслаева Л. М. Правовая природа инвестиционного договора [Электронный ресурс] // Современное право. 2012. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Бобков С. А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации. С. 31.

§ 2. Приоритетные направления регулирования отношений коммерческой концессии (франчайзинга) за рубежом

Эффективное правовое регулирование отношений франчайзинга невозможно без изучения особенностей зарубежного законодательного регулирования и опыта его применения. Подробно частные характеристики правового регулирования франчайзинга в различных странах мира отражены в результатах исследований Международной ассоциации франчайзинга⁹⁰, а также УНИДРУА⁹¹.

Необходимость выявления существенных отличий требует проведения систематизации данных знаний. Поэтому некоторые авторы пытаются выявить специфику регулирования франчайзинга посредством изучения моделей регламентации частноправовых отношений. Так, с точки зрения субъектов, уполномоченных на установление норм права, ими выделяются следующие модели: 1) совместное регулирование, предполагающее наличие обширных правотворческих полномочий у публично-правовых образований разного уровня, что находит свое воплощение в правотворческой деятельности субъектов федеративных государств; 2) модель наднационального регулирования, устанавливающая примат норм международного права, в регионе действия которого национальные нормы должны соответствовать ему; 3) модель исключительного правового регулирования отношений внутригосударственными публично-правовыми образованиями (субъектами федерации)⁹², например, канадская провинция Квебек. Как раз с последней моделью сравнивают регулирование отношений в РФ, отмечая их сходство⁹³.

Полагаем, что в истинности подобных отношений можно усомниться в силу того, что регулирование гражданских отношений в РФ имеет централизованный характер, что не предполагает осуществление правотворчества на уровне субъектов федерации (п. 1 ст. 3 ГК РФ). Это также свидетельствует о неполноте обозначенной выше классификации. В то же время представляется, что особенности напрямую зависят не столько от субъектов и уровня регламентации, сколько от исторических особенностей регулирования частноправовых отношений и степени их конкретизации, что может быть выражено в специфике регулирования однородных отношений, например, в пределах отдельных регионов.

Постараемся в общем проанализировать специфику правового регулирования франчайзинга на предмет обнаружения особенностей, недостатков и преимуществ в тех регионах, где данные отношения имеют как опыт правовой регламентации, так и востребованы среди предпринимателей.

Как было отмечено, некоторые авторы сравнивают регулирование отношений коммерческой концессии в РФ и в Квебеке. В то же время они отмечают, что в ГК Квебека нет особенной части, посвященной отдельным договорам, в силу чего для регулирования франчайзинга применяются общие положения о договорах. При этом иностранные ученые относят его к договорам присоединения, под которым понимают договор, существенные условия которого определены одной стороной, без согласования с контрагентом. Содержание подоб-

⁹⁰ См. подробнее: International franchising association. International Franchising Laws [Электронный ресурс] – URL: <http://www.franchise.org/international-franchising-laws> (дата обращения: 15.04.2017).

⁹¹ См. подробнее: Guidetointernationalmasterfranchisearrangements (second edition) [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/guide/second-edition-2007> (дата обращения: 15.04.2017).

⁹² Еремин А. А. Развитие франчайзинговых отношений в России: современное состояние и перспективы развития.

⁹³ Бердникова А. И. Особенности правового регулирования договора коммерческой концессии (франчайзинга) по Гражданскому кодексу Российской Федерации и Гражданскому кодексу Квебека [Электронный ресурс] // Арбитражный и гражданский процесс. 2011. № 5. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

ных договоров в Квебеке и РФ весьма схоже⁹⁴. Действительно, данная характеристика как нельзя лучше отражает взаимоотношения правообладателя с возможными партнерами в силу того, что франчайзер является обладателем исключительных прав и неминуемо будет рисковать своей репутацией, так как в гражданском обороте все товары и услуги, представленные лишь при помощи его средств индивидуализации, будут отождествляться именно с именем правообладателя. Поэтому наличие привилегии в определении условий договора ограничено лишь экономической целесообразностью данных отношений, что не может не учитывать правообладатель.

Отмечается, что при возникновении споров канадские правоведы рекомендуют судам выяснять способ формирования воли контрагентов в силу того, что статус сторон имеет асимметрию в пользу правообладателя в части возможности влиять на содержание договорных условий⁹⁵. С другой стороны, изначально потенциальный пользователь вовсе не имеет никаких притязаний на исключительные права правообладателя, отношения нередко носят фидуциарный характер, а франчайзер не имеет обязанности заключать договор с первым встречным, тем более что он несет специфические риски, связанные со вступлением в данные отношения. Тогда на каком основании суд имеет право давать оценку действиям контрагентов и вмешиваться в экономическую деятельность субъектов частного права? Полагаем, что вопросы действительной координации интересов сторон при заключении договора – сфера исключительно частная, ведь в соблюдении интересов франчайзи прежде всего заинтересован франчайзер. Иными словами, вопросы экономической целесообразности участников отношений не должны входить в компетенцию органов власти, если правообладатель соблюдает информационную открытость и не вводит в заблуждение своих контрагентов⁹⁶.

Анализировать правовое регулирование в странах общего права довольно сложно в силу преобладания судебных прецедентов как основных источников права. Так, если обратиться к регулированию франчайзинговых отношений в США, то можно отметить, что оно осуществляется на двух уровнях. На федеральном уровне федеральной комиссией по торговле были приняты акты, связанные с раскрытием информации франчайзерами⁹⁷. В настоящее время действуют «Требования о раскрытии и запретах, касающиеся франчайзинга и иных форм осуществления бизнеса»⁹⁸. Данный документ закрепляет перечень информации, которую правообладатель должен опубликовать для потенциальных контрагентов: помимо наименования и сферы деятельности, требуется раскрыть сведения о личностях руководства, опыте, совершении ими различных правонарушений, количестве судебных тяжб, о применении процедур банкротства. Также он должен раскрыть размер и порядок оплаты, ограничительные условия (объем передаваемых прав, территорию действия контрагента, взаимоотношения с конкурентами), способы взаимодействия сторон (обучение, финансирование, реклама). Как отмечает С. А. Сосна, данные правила были приняты для борьбы с недобросовестными правообладателями, которые пытаются расширить свой бизнес за чужой счет⁹⁹. Она также отмечает, что, по сути, в США посредством нормативных актов регулируются преддоговорные отношения.

На уровне некоторых штатов также есть свои акты, например, в штате Калифорния действует «Руководство о регистрации франшиз»¹⁰⁰ департамента надзора за предприниматель-

⁹⁴ Там же.

⁹⁵ Там же.

⁹⁶ А также за исключением случаев совершения налоговых правонарушений.

⁹⁷ Сосна С. А. Франчайзинг. Коммерческая концессия – М.: ИКЦ «Академкнига», 2005. С. 167.

⁹⁸ Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. Federal trade commission Washington D.C., 2007 [Электронный ресурс] – URL: <http://www.ftc.gov/ftcd/ftcd/pkg/FR-2007-03-30/pdf/E7-5829.pdf> (дата обращения: 15.04.2017).

⁹⁹ Сосна С. А. Указ. соч. С. 167.

¹⁰⁰ Guidelines for franchise registration. USA. State of California. Department of corporation [Электронный ресурс] – URL:

ской деятельностью. Оно содержит перечень дефиниций, базовых обязательств, типовых форм документов, а также в нем регулируются вопросы финансирования и регистрации франшиз. Собственно договорные отношения регулируются в индивидуальном порядке самими сторонами, что нередко приводит к несправедливому перераспределению прав и обязанностей в пользу правообладателя¹⁰¹. Спорные вопросы определения правомерности поведения в рамках исполнения сделки урегулированы прецедентным правом¹⁰².

Ряд актов действуют и в Совете Европы¹⁰³. Они тоже акцентируют внимание на обеспечении равенства интересов сторон франчайзинговых отношений, принятии государствами – членами Совета Европы кодексов поведения национальных профессиональных ассоциаций франчайзинга. В гражданском законодательстве государств Европы обычно отсутствуют нормы, специально посвященные регулированию франчайзинговых отношений, ввиду чего применяются общие положения о договорах, как, например, в Германии. При этом особое внимание уделяется свободе реализации товаров и услуг, а также соблюдению законности конкуренции безотносительно национальных границ¹⁰⁴. Тем не менее в ряде государств действуют специальные законы, например, во Франции еще в 1989 году был принят закон «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования». Его нельзя назвать специальным законом о франчайзинге, так как в предмет его регулирования входят и иные смежные договоры, однако он также в большей степени ориентирован на преддоговорные взаимоотношения. Закон преследует цель защиты интересов различных пользователей посредством предоставления им полной информации о правообладателе¹⁰⁵.

Кроме того, торговое законодательство ряда стран Европы устанавливает общую преддоговорную обязанность по предоставлению информации в отношении различных предпринимательских договоров, предусматривающих тесное сотрудничество сторон. Формальное отношение к данным процедурам ликвидируется посредством комплекса законодательных мер, предусматривающих ответственность франчайзера, начиная от признания договоров незаключенными и наложения штрафов и заканчивая мерами уголовной ответственности¹⁰⁶.

Многие европейские акты являются результатом работы ученых-юристов по гармонизации права и представляют собой квазинормативные акты, т. е. не содержащие общеобязательных норм. Следовательно, они имеют не регулирующее, а рекомендательное и ориентирующее значение. Обозначенные акты, несмотря на попытки предложить единый подход к регулированию отношений, нередко содержат положения, отличающиеся друг от друга. В то же время не исключено, что участники сделки могут предусмотреть использование различного рода правил в качестве обычаев, например, по аналогии с правилами ИНКОТЕРМС.

Так, согласно правилам Европейского частного права¹⁰⁷, на франчайзере лежит обязанность особого рода в виде предоставления информации своему франчайзи о конъюнктуре рынка, работе франчайзинговой системы, рекламной политике¹⁰⁸. Получается своего рода отчет головной фирмы перед своими контрагентами. На стороне франчайзи тоже появляются

http://www.dbo.ca.gov/Licensees/franchise_investment_law/pdf/310111 UFDD.pdf (дата обращения: 15.04.2017).

¹⁰¹ Сосна С. А. Указ. соч. С. 169–174.

¹⁰² Стригунова Д. П. Указ. соч.

¹⁰³ См., например: Recommendation no franchising 1182 (1992) adopted by standing committee of the Assembly Council of Europe, 31 March 1993 [Электронный ресурс] – URL: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewHTML.asp?FileID=7158&lang=EN> (дата обращения: 15.04.2017).

¹⁰⁴ Стригунова Д. П. Указ. соч.

¹⁰⁵ Сосна С. А. Указ. соч. С. 162–164.

¹⁰⁶ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 118–119.

¹⁰⁷ Рассказов Н. Ю. Указ. соч. С. 247–251.

¹⁰⁸ Там же. С. 249–250.

новые обязанности, например, информировать правообладателя обо всех притязаниях на его интеллектуальную собственность. Безусловно, это устраняет риски и способствует развитию сети в целом.

Там же устанавливается и обязанность франчайзера поддерживать должный уровень репутации своей сети посредством проведения рекламной политики. Имеются правила об информации, подлежащей раскрытию, в которую входят сведения об условиях контракта (надо полагать, унифицированные для всех участников сети). Нечто подобное можно найти и в отечественном законодательстве, однако лишь в отношении лицензионного договора, когда правообладатель пользуется институтом открытой лицензии, публикуя информацию о своем изобретении или производстве.

Согласно Кодексу европейского договорного права, преддоговорное регулирование направлено на предоставление франчайзером в проекте договора сведений о своей деятельности, о средствах индивидуализации и иных исключительных правах, используемых в работе его сети, а также о фактах экономического, бухгалтерского и судебного характера, информации о будущих обязанностях франчайзи (география работы, финансовые обязательства), обязательствах правообладателя в части содействия. Кроме того, потенциальный франчайзи по требованию франчайзера также должен предоставить сведения о своем опыте работы в соответствующем сегменте рынка, о своей репутации, включая факты экономического, бухгалтерского и судебного характера, о персонале и оснащении объектов недвижимости¹⁰⁹.

Тем самым процедура раскрытия информации, согласно Кодексу европейского договорного права, имеет двусторонне обязывающий характер, а также может предполагать передачу конфиденциальной информации совместно с запретом на ее распространение, что позволяет снизить риски обеих сторон¹¹⁰. В то же время само по себе раскрытие мы можем воспринимать лишь в узком смысле слова, так как сведения предоставляются исключительно на двусторонней основе и исключительно потенциальным контрагентам друг другу. Нужно учитывать, что раскрытие сведений о хозяйственной деятельности франчайзера потенциально неопределенному кругу лиц может привести к излишней открытости деятельности правообладателей в отношении своих конкурентов, а также стимулировать стремление участников данного рынка исказить информацию о себе в лучшую сторону.

Полагаем, что собственно раскрытие информации как обеспечение ее доступности всем заинтересованным лицам независимо от целей ее использования в соответствии с процедурой, гарантирующей ее нахождение и получение, представлено в законодательстве США, устанавливающим обязанность по регистрации франшизы. В свою очередь обязанность по раскрытию информации в обозначенном понимании обычно свойственна различным участникам рынка ценных бумаг. Поэтому предоставление информации конкретному лицу для целей оценки экономической целесообразности по вступлению в отношения более удачно именовать термином «предоставление информации».

В отношении самого договора устанавливается минимальный срок действия в три года. Франчайзи вправе рассчитывать на предоставление ему всех объектов исключительных прав, при помощи которых франчайзер осуществляет свою деятельность. При этом сама конструкция договора ориентирована в большей части на деятельность по перепродаже товаров (товарный франчайзинг), что предполагает важную особенность данных отношений: заключение договоров поставки непосредственно на основе договора франчайзинга. Возможно установле-

¹⁰⁹ Белов В. А. Кодекс европейского договорного права – European Contract Code: общий и сравнительно-правовой комментарий. Книга 2. С. 101–102.

¹¹⁰ Там же. С. 105.

ние ограничительных условий для исключения конкуренции контрагентов друг с другом на период до одного года после окончания действия договора¹¹¹.

Интересно, что в процессе заимствования договора франчайзинга странами континентальной системы права наблюдается жесткая типизация его содержания и предмета, чего нельзя сказать о странах общего права, где франчайзинг был рассчитан как договор, объединяющий в себе множество видов самых разных по своему предмету обязательств¹¹². Столь предопределенный подход к регулированию договорных отношений в странах романо-германской правовой семьи приводит к колоссальному количеству дискуссий о соотношении сходных между собой договоров. При этом, как ни странно, законодательство ряда государств Европы наряду с франчайзингом допускает существование договора коммерческой концессии, согласно которому контрагенту поставщика предоставляется исключительное право на распространение определенного рода товаров на оговоренной территории¹¹³. По сути, речь идет о дилерских и дистрибьюторских отношениях, не ставящих в основу деятельности использование объектов исключительных прав.

Международное регулирование отношений франчайзинга нашло свое воплощение в модельном законе УНИДРУА «О раскрытии информации в отношении франшизы»¹¹⁴. Несмотря на то, что он тоже не является обязательным, в нем устанавливаются базовые категории, а также информация, подлежащая раскрытию, т. е. документ, который правообладатель должен предоставить потенциальным пользователям до заключения договора. Он содержит такие сведения, как наименование правообладателя, информацию о товарном знаке, описание франшизной деятельности, необходимые размеры инвестиций, наличие правонарушений и сведения о применении процедур банкротства, информацию о судебных тяжбах.

В рамках деятельности УНИДРУА было разработано «Руководство по международному мастер-франчайзингу». Данный документ содержит широкий спектр информации, связанной с установлением основным франчайзи субфранчайзинговых отношений в рамках одного региона (чаще всего в одной стране). Ученые обращают внимание на основные проблемы мастер-франчайзинга, которые заключаются в ограниченных возможностях контроля франчайзера за сетью своего контрагента, в зависимости субфранчайзинговых отношений от действия договора мастер-франчайзинга, в распределении получаемых доходов¹¹⁵. Там же раскрываются некоторые вопросы отдельных сторон отношений, касающиеся направлений его применения, вопросов его связи с различными отраслями законодательства, преимуществ и недостатков франчайзинга, также оговариваются некоторые особенности использования интеллектуальной собственности и макроэкономическая статистика.

Отмечается, что, несмотря на редкое регулирование отношений франчайзинга, внимание правотворческих органов в первую очередь уделено предоставлению потенциальному франчайзи сведений, необходимых для принятия обоснованного решения о заключении договора. Содержится краткий обзор практики регулирования франчайзинга в различных странах мира¹¹⁶.

Таким образом, задачи обеспечения транспарентности информации решаются несколькими направлениями: ряд стран вовсе игнорирует значение данного этапа отношений, в других

¹¹¹ Там же. С. 102, 104–105.

¹¹² Райников А. С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: автореф. дис... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 8.

¹¹³ Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 120.

¹¹⁴ Model Franchise Disclosure Law adopted by Unidroit. Rome, September 2002 [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law> (дата обращения: 15.04.2017).

¹¹⁵ Guide to international masterfranchise arrangements (second edition) [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/guide/second-edition-2007> (дата обращения: 15.04.2017). С. 5–8.

¹¹⁶ Там же. С. 281.

предусмотрена обязанность (в т. ч. взаимная, а также длящаяся на протяжении действия договора) по целевому предоставлению информации, третье направление – раскрытие информации посредством регистрации условий предоставления франшизы как обязательный этап, предшествующий заключению договора франчайзинга (прежде всего в ряде штатов США). Регистрационные действия не всегда направлены на обнародование информации. В ряде стран, например, в Бразилии, Китае, Индонезии, Малайзии, Мексике, Молдове, Корее, Саудовской Аравии, Испании, Тайване, Вьетнаме, в ряде штатов США, они связаны с требованиями к форме договоров¹¹⁷. В иных, например, в Испании, предусмотрено ведение реестров франчайзеров.

Особый интерес к данному этапу отношений сторон не случаен, так как он имеет важное коммерческое и юридическое значение: позволяет, с одной стороны, оценить экономическую эффективность отношений, с другой, защитить интересы сторон на этапе переговоров, на котором не действуют традиционные механизмы защиты из договорного права¹¹⁸. Отмечается, что в ряде стран для предотвращения возможной дискриминации крупные франчайзеры обязаны заключить договоры с любым потенциальным франчайзи, соответствующим заранее установленным критериям¹¹⁹. Получается некоторый аналог публичного договора. Представляется, что данная возможность немыслима без наличия встречных двусторонних обязательств по предоставлению информации для проверки ее достоверности и определения рисков данных отношений.

Среди особенностей рынка франшиз в странах СНГ отмечается нацеленность франчайзеров на отношения не с начинающими предпринимателями, а с лицами, обладающими коммерческим опытом. Кроме того, отсутствие какого-либо регулирования относительно раскрытия информации о франшизе на преддоговорном этапе создает препятствия и неблагоприятный климат для развития франшизного рынка на всем постсоветском пространстве, порождает рост т. н. лжефраншиз, единственной целью которых является получение быстрой прибыли. Создаваемая нечистыми на руку франчайзерами иллюзия закрытости информации превращает идею франчайзинга в профанацию, лишая потенциальных франчайзи возможности сделать обоснованный выбор. В итоге получается покупка «кота в мешке», в результате чего правообладатель получает легкую прибыль и не оказывает никакой помощи своему франчайзи. Во многих зарубежных странах за подобные действия предусмотрена упрощенная процедура признания договора недействительным, а также возможность возмещения убытков и запрет на продажу франшиз для недобросовестного франчайзера. Более того, законодательство стран СНГ имеет негативную черту в виде большого числа норм диспозитивного характера, сильно искажающих сущность идеи франчайзинга, что нехарактерно для стран с развитой рыночной экономикой¹²⁰.

Еще одной чертой развития данного бизнеса на постсоветском пространстве является то, что франчайзинговые сети развиваются параллельно с распространением филиальных сетей тех же компаний. В свою очередь европейская и американская практика показывает, что развитие франчайзинговой сети является основным источником доходов компаний¹²¹. Получается, что правообладатель самостоятельно осваивает самые перспективные рынки, оставляя пользователям более рискованные сегменты. В то же время наличие возможных ограничений прав

¹¹⁷ Панюкова В. В. Две грани рынка франшиз в России и за рубежом: регистрация и «открытость».

¹¹⁸ Звеков В. П. Отдельные виды обязательств в международном частном праве [Электронный ресурс] – М.: Статут, 2008. С. 182–184. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹¹⁹ Титова М. Н. Правовой статус субъектов франчайзинга бизнес-формата [Электронный ресурс] // Предпринимательское право. 2014. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹²⁰ Панюкова В. В. Новое торговое пространство для франчайзинга [Электронный ресурс] // Торговое право. 2012. № 6. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹²¹ Там же.

франчайзи закрепляет данную дискриминацию, создает иллюзию отсутствия конкуренции за наиболее перспективные рынки.

В Республике Казахстан франчайзинг урегулирован Гражданским кодексом¹²² (далее – ГК РК). Нужно отметить, что само понимание франчайзинга как комплексной предпринимательской лицензии наглядно отражает сферу и содержание данных отношений. К числу возможных объектов отношений относятся также и право на фирменное наименование и охраняемая законом коммерческая информация (п. 1 ст. 896 ГК РК). Имеются нормы, позволяющие ограничить территорию действия договора, устанавливаются требования к его государственной регистрации в случае передачи отдельных объектов исключительных прав, например, объектов патентного права, селекционных достижений (ст. 897-1, 900 КГРК).

Несмотря на отсутствие прямых требований к предпринимательскому статусу сторон договора, сама дефиниция франчайзинга содержит указание на исключительно предпринимательскую сферу его действия, кроме того, устанавливается, что права и обязанности по договору франчайзинга переходят к наследнику только в том случае, если он зарегистрирован в качестве предпринимателя (п. 2 ст. 909 ГК РК).

Кроме того, существует специальный закон «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)»¹²³. Им устанавливаются базовые понятия, меры государственной поддержки франчайзинговых отношений. В орбиту регулирования франчайзинговых отношений вводятся третьи лица, такие как лицензионный брокер – лицо, осуществляющее посредническую деятельность при заключении и исполнении договора комплексной предпринимательской лицензии, индивидуальные предприниматели, банковские и страховые организации (ст. 1, 5, 12, 13). Авторы отмечают, что серьезным упущением ГК РК является отсутствие положений о недействительности договора в случае нарушения условий о его форме¹²⁴.

Закон прямо закрепляет возможные виды франчайзинговых отношений. Во-первых, это франчайзинг – рабочее место, по которому лицензиар создает и передает рабочее место с лицензионным комплексом лицензиату – индивидуальному предпринимателю. Во-вторых, франчайзинг предприятия, предполагающий создание имущественного комплекса с передачей лицензиату комплексной лицензии. Можно предположить, что отличие этих видов проявляется в масштабах строительства, а также в видах имущества, включенных в предмет договора. Авторы отмечают, что, по сути, данные сделки направлены не столько на использование объектов исключительных прав, сколько на создание предприятия. Неясно, сохраняется ли за правообладателем право собственности на созданные объекты, которое он передает пользователю¹²⁵. Не совсем понятно распределение вложений, ведь из этих договоров прямо следует, что предприятие, рабочее место создает правообладатель. Соответственно, чтобы начать получать прибыль от предоставленного исключительного права, должно пройти много времени. Возникает вопрос: не проще ли правообладателю создать свой филиал, доход от которого начнет поступать намного быстрее и в большем объеме, чем от периодических отчислений пользователя?

В-третьих, закреплен конверсионный франчайзинг, при котором стороны заключают договор о преобразовании структурных подразделений правообладателя в самостоятельные предприятия. Однако отсутствует указание на важный признак конверсионного франчайзинга

¹²² Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть) от 1.07.1999 г. № 409-І [Электронный ресурс] – URL: http://online.zakon.kz/document/?doc_id=1013880#pos=1;-217 (дата обращения: 15.04.2017).

¹²³ Закон Республики Казахстан от 24.06.2002 № 330 «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)» [Электронный ресурс] – URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1031861&show_di=1 (дата обращения: 15.04.2017).

¹²⁴ Хамзин У. М. Некоторые вопросы правового регулирования договора франчайзинга в Республике Казахстан и Российской Федерации [Электронный ресурс] // Международное публичное и частное право. 2011. № 6. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹²⁵ Шорников Д. В. Сравнительно-правовой анализ законодательства России и Казахстана по договору коммерческой концессии и комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинг) // Сибирский юридический вестник. 2012. № 3. С. 126.

– наличие единого руководства, ограничивающего самостоятельность структурных единиц для проведения единой политики в рамках эксплуатации общих исключительных прав.

В-четвертых, предусмотрены две модели отношений пользователя и правообладателя: пользователь и продавец или производитель и продавец. В первом случае речь идет о модели дилерских отношений, которая в мировой практике получила обозначение «производитель – розничный торговец¹²⁶». Вторая модель более всего соответствует сущности франчайзинга – происходит распространение сферы влияния правообладателя, так как пользователь непосредственно включается в его производственный цикл. Наконец, выделяется множественный франчайзинг, предусматривающий создание сети предприятий. Перечень видов комплексной предпринимательской лицензии остается открытым.

В то же время полагаем, что, несмотря на попытки всесторонне урегулировать франчайзинговые отношения, в действительности отсутствует необходимость освещать в законе их виды без фактического раскрытия их экономических и юридических особенностей, без выделения прав и обязанностей сторон, отличающих их. Крайне сомнительно самостоятельное выделение субъективных прав сторон, так как они следуют из общегражданской правосубъектности (например, право лицензиара выступать гарантом или поручителем лицензиата перед третьими лицами) или носят характер, корреспондирующий обязанностям. В то же время правообладатель обладает преимущественным правом покупки предприятия пользователя в случае его продажи.

Авторы отмечают, что основной недостаток обязанностей пользователей, закрепленных в ГК РК, проявляется в том, что они носят диспозитивный характер, что может исказить содержание франчайзинговых отношений¹²⁷. Кроме того, законодательство Республики Казахстан, в отличие от прочих стран СНГ, устанавливает единую субсидиарную ответственность правообладателя за качество товаров вне зависимости от того, занимается пользователь их производством или простой перепродажей¹²⁸. В то же время ученые обращают внимание и на иные проблемы правового регулирования¹²⁹.

Несмотря на приведенные замечания, Республика Казахстан имеет более развитое регулирование отношений франчайзинга в рамках СНГ. Однако в центре внимания законодателя по-прежнему находятся вопросы, преимущественно касающиеся договорных отношений.

Правовое регулирование франчайзинговых отношений в Республике Беларусь основывается на Гражданском кодексе¹³⁰ (далее ГК РБ). При этом также используются понятия комплексной предпринимательской лицензии и франчайзинга. ГК РБ прямо закрепляет предпринимательский статус сторон, государственную регистрацию договора. В то же время мы не обнаруживаем указания на возможность передачи и использования коммерческого опыта и деловой репутации правообладателя, хотя нужно признать, что сам факт предоставления данных объектов имманентно связан с использованием исключительных прав и вытекает из заключения договора в целом. Содержание договора во многом совпадает с аналогичным в ГК РФ¹³¹.

¹²⁶ Кац Р. Б. Указ. соч. С. 15.

¹²⁷ Хамзин У. М. Указ. соч.

¹²⁸ Панюкова В. В. Новое торговое пространство для франчайзинга; Шорников Д. В. Указ. соч. С. 127.

¹²⁹ См., например: Жайлина Г. Основные черты Закона Республики Казахстан «О комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинге)» [Электронный ресурс] // Юрист. 2005. № 8 / – URL: <http://journal.zakon.kz/203786-osnovnyye-cherty-zakona-respubliki.html> (дата обращения: 15.04.2017); Климкин С. Договор франчайзинга в Гражданском кодексе Республики Казахстан [Электронный ресурс] // Юрист. 2005. № 5 —URL: <https://journal.zakon.kz/203748-dogovor-franchajzinga-v-grazhdanskom.html> (дата обращения: 15.04.2017).

¹³⁰ Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7.12.1998 № 218-3 [Электронный ресурс] – URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30415161 (дата обращения: 15.04.2017).

¹³¹ См. подробнее: Звеков В. П. Указ. соч. С. 188–192.

Это также можно сказать и о договоре коммерческой концессии, урегулированном в Гражданском кодексе Украины¹³².

Нужно заметить, что правовое регулирование франчайзинговых отношений стран СНГ носит схожий характер, что объясняется принятием в 1995 г. Модельного Гражданского кодекса стран СНГ, определившего процесс гармонизации права на постсоветском пространстве¹³³. В специальной главе можно встретить как название «франчайзинг», так и «комплексная предпринимательская лицензия».

В то же время невозможно говорить о наличии в гражданском законодательстве стран СНГ франчайзинга с учетом всей полноты содержания данного термина. К тому же диспозитивный характер многих норм, а также ориентация франчайзинга исключительно на торговую и(или) производственную модель искажают и сужают действительное содержание данных отношений. Безусловный приоритет в регулировании договорных отношений оставляет вопросы транспарентности и достоверности информации на усмотрение правообладателей, что является существенным сдерживающим фактором в развитии франчайзинга на постсоветском пространстве.

Существующая модель гражданско-правового регулирования отношений франчайзинга на территории стран СНГ вряд ли допускает установление требований к преддоговорному предоставлению информации об объектах и условиях сделки, истории деятельности правообладателя в рамках кодифицированного гражданского законодательства.

Попытки урегулировать данный вопрос в отечественном законодательстве не увенчались успехом. При этом законопроект «О франчайзинге» учел острую необходимость обеспечения пользователя необходимыми сведениями. Так, устанавливался срок и объем информации, подлежащей раскрытию правообладателем¹³⁴. С момента возникновения отношений предусматривалось, что франчайзер будет ежегодно обновлять данные сведения (ст. 6). Предполагалось установить обширный перечень информации, подлежащей раскрытию: данные о франчайзере, опыте и результатах его работы, обязанности пользователя, объем первоначальных инвестиций, ограничительные условия, взаимодействие сторон, описание объектов исключительных прав и пр. (ст. 9)¹³⁵.

Таким образом, в центре общего внимания правотворческих органов и ученых во всем мире находятся вопросы раскрытия (предоставления) информации. Данный аспект отношений превосходит по своей важности собственно вопросы договорного права, так как позволяет понять долгосрочную заинтересованность в сохранении отношений и в целом их экономическую целесообразность и перспективы. Закономерно, что данные обязательства эволюционируют в область собственно договорных отношений, а также приобретают двусторонний характер.

Полагаем, что в рамках гражданского законодательства различных стран мира там, где вопрос о раскрытии (предоставлении) информации не решен, урегулировать данные отношения можно в частном порядке посредством использования существующих конструкций гражданского права, а также при помощи деятельности некоммерческих объединений в обла-

¹³² Гражданский кодекс Украины от 16.01.2003 № 435-IV [Электронный ресурс] – URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30418568#pos=6528;-156 (дата обращения: 15.04.2017).

¹³³ Модельный Гражданский кодекс для государств – участников СНГ (часть вторая: раздел 4. Отдельные виды обязательств) от 13.05.1995 [Электронный ресурс] – URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30076084#pos=0;86 (дата обращения: 15.04.2017).

¹³⁴ Полагаем, что более удачный термин – предоставление информации. При этом ст. 9 законопроекта содержит оба термина, что свидетельствует о непонимании разницы между ними. Проект широко толковал понятие существенных фактов как любой информации, способной оказать влияние на решение о заключении договора. Что давало бы возможность пользователю в любой момент прекратить отношения (ст. 10).

¹³⁵ Законопроект № 503845-6 «О франчайзинге» [Электронный ресурс] – URL: <http://asozd2.duma.gov.ru/main.nsf/%28Spravka%29?OpenAgent&RN=503845-6&02> (дата обращения: 15.04.2017).

сти франчайзинга¹³⁶. Ведь добровольное соблюдение подобных требований ко всему прочему будет являться существенным преимуществом развития франчайзинговой сети, особенно на фоне конкурентов. Также никто не снимает ответственности с франчайзи за выбор контрагента, что является одним из рисков предпринимательской деятельности.

¹³⁶ См. подробнее: параграф 2.1 главы второй настоящей работы.

Глава 2

Особенности правового регулирования договора коммерческой концессии в отечественном законодательстве

§ 1. Существенные условия договора коммерческой концессии

1.1. Предмет договора коммерческой концессии

Традиционно понятие содержания договора имеет широкий спектр значений: начиная от различных условий сделки и заканчивая собственно правами и обязанностями сторон. Стоит согласиться с В. В. Витрянским, что подобное положение является вполне допустимым, так как в основном условия договора определяются установлением прав и обязанностей сторон. Остальную часть составляют технические, организационные и иные аспекты взаимоотношений сторон¹³⁷. На основе изложенного считаем возможным рассмотреть в рамках данной главы широкий круг вопросов, касающихся как существенных условий договора, так и тех, что составляют содержание правоотношений. Постараемся осветить ряд актуальных вопросов, которые должны учитывать стороны при составлении и исполнении договора, а также проанализируем позиции правоприменительных органов в части правовой оценки при разрешении возникающих казусов. Полагаем, что учет наших рекомендаций позволит снизить риски оппортунистического поведения участников отношений, а также будет способствовать превенции ряда судебных споров в отношении исполнения договоров коммерческой концессии.

Вопрос о существенных условиях договора по праву занимает центральное место как в науке, так и в правоприменительной практике, так как при отсутствии хотя бы одного из таких условий договор не считается заключенным. Они являются необходимыми и достаточными для возникновения правоотношений. В соответствии со ст. 432 ГК РФ к существенным условиям можно отнести, во-первых, предмет договора, во-вторых, условия, прямо названные в нормативных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, в-третьих, условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Представляется необходимым проанализировать обозначенные группы условий применительно к договору коммерческой концессии, так как, несмотря на всестороннее регулирование данных отношений гражданским законодательством, в литературе имеются различные взгляды относительно существенных условий данного договора.

В то же время нельзя не заметить, что вектор реформирования отечественного законодательства ориентирует нас в пользу действительности заключенных сделок. Что наглядно проявляется в ограничении возможностей признания сделок незаключенными или недействительными даже при наличии определенных дефектов условий (абз. 4 п. 2, п. 5 ст. 166, ст. 431.1, п. 3 ст. 432 ГК РФ). Данные обстоятельства снижают остроту споров об оспаривании действительности договоров, возникших в процессе их исполнения.

¹³⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. С. 1004.

Традиционно предмет представляет собой то, по поводу чего заключается договор. Е. А. Суханов относит к нему, во-первых, комплекс исключительных прав, закрепленных за правообладателем и индивидуализирующих производимые им товары, во-вторых, деловую репутацию, коммерческий опыт и коммерческую информацию, в-третьих, техническое и консультационное содействие¹³⁸. В то же время подобное понимание может вызывать вопросы, связанные как с возможностью фактической передачи нематериальных благ, например, коммерческого опыта и деловой репутации, так и с диспозитивным характером норм, позволяющим отказаться от консультационного и технического содействия.

Данная точка зрения довольно распространена среди представителей юридической науки¹³⁹. Другие авторы склонны понимать в качестве предмета договора коммерческой концессии охраняемые законодательством результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации¹⁴⁰.

В иных источниках к предмету относят различные императивно сформулированные обязательства, например, по передаче документации, консультированию и обучению пользователя, для того чтобы дополнить предмет, чтобы он не считался несогласованным¹⁴¹. Представляется, что расширение предмета договора процедурными обязанностями по его исполнению является нецелесообразным, так как это перегружает предмет. Получается, что предмет договора, в отношении которого возникает отношение, будет содержать подробную информацию о том, как его исполнять. Что вовсе не позволяет структурировать договорное правоотношение.

С другой стороны, декларирование ключевых обязательств в области обучения и консультаций в рамках предмета будет способствовать развитию данных положений в содержании договора, тем самым можно обойти проблему недобросовестных правообладателей, которые намеренно исключают подобные положения из договора. Ведь зарубежный опыт показывает, что обучение – важнейший аспект отношений франчайзинга. Однако, как отмечалось ранее, исключение образовательных программ из договора коммерческой концессии – общая негативная черта законодательства стран СНГ¹⁴². Этим обстоятельством может обосновываться включение в предмет договора базовых обязанностей сторон для предотвращения недобросовестных действий, однако это не должно допускать смешения предмета договора и содержания правоотношений.

По мнению других ученых, включение в предмет договора обязательств приводит к смешению понятий обязательственного правоотношения и предмета договора. Критикуется также позиция, связанная с отождествлением объекта и предмета договора, так как предмет в подобном случае низводится к передаче каких-либо благ без указания на ключевые обязательства, тем самым теряется индивидуальность договора¹⁴³. В то же время возникает определенное противоречие, ведь как исключение обязательств за пределы предмета договора, так и сведение его к определенным благам приводит к потере индивидуальности договора.

Стоит обратить внимание на иной подход к пониманию предмета договора коммерческой концессии, позволяющий учесть как материальную, так и обязательственную составляющую его структуры.

¹³⁸ Суханов Е. А. Указ. соч. С. 625–626.

¹³⁹ См., например: Беликова К. М., Габов А. В., Гаврилов Д. А. Указ, соч. С. 125–126; Борисов В. Н., Власова Н. В., Доронина Н. Г. Указ. соч. С. 109.

¹⁴⁰ См., например: Чернишкина Г. Н. О предмете договора коммерческой концессии [Электронный ресурс] // Современное право. 2003. № 8. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Филина Ф. Н. Указ. соч. С. 27.

¹⁴¹ См., например: Дьяченко Д. Фатальный успех концессии [Электронный ресурс] // Бизнес-адвокат. 2000. № 5. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Лаптев Г. А. Указ. соч.

¹⁴² См., например: Панюкова В. В. Новое торговое пространство для франчайзинга.

¹⁴³ Райников А. С. Договор коммерческой концессии. С. 35.

В. В. Витрянский выделяет как предмет договора коммерческой концессии, так и его объект. Последний как раз связан с передачей исключительных прав. Эти права могут быть двоякого рода: во-первых, это права, составляющие существо обязательств, они являются обязательными, так как при их отсутствии договор не будет считаться заключенным. К таковым он относит право на фирменное наименование (с 2006 года данный объект был исключен из перечня прав, составляющих предмет договора коммерческой концессии), коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау). С учетом изменения законодательства в данную группу можно отнести только право на товарный знак и знак обслуживания. Во-вторых, это права, представленные диспозитивными нормами (факультативные объекты), т. е. иные объекты исключительных прав, отсутствие которых не будет влиять на действительность договора¹⁴⁴. С 2006 года данная классификация утратила свой смысл, в силу того что ч. 1 ст. 1027 ГК РФ перестала разделять исключительные права на группы, фактически признав обязательным наличие товарного знака (знака обслуживания) и как минимум еще одного исключительного права (отличного от права на товарный знак) для создания комплекса передаваемых прав¹⁴⁵.

Полагаем, что существующее многообразие в понимании состава предмета договора вызвано общей неопределенностью по данному вопросу, т. е. применительно к предмету любого из гражданско-правовых договоров. Для того чтобы обоснованно ответить на поставленный вопрос, необходимо уяснить, что понимается под предметом договора вообще. Ключ к пониманию истины находится в дискуссии, уходящей своими корнями в римское право, которое сформировало две точки зрения на предмет договора: во-первых, под ним можно понимать обязательства (права и обязанности сторон), во-вторых, он представляет собой объекты гражданских прав. При этом существо спора переключалось и в нынешнее время, заняв прочные позиции как в действующем законодательстве, так и в теории¹⁴⁶.

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский указывают, что в широком смысле слова предмет охватывает весь набор показателей того, по поводу чего заключен договор, это данные о предмете как таковом и его параметрах, как то количество, качество, цена товаров, работ, услуг. Из приведенных положений явно просматривается, что под предметом договора принято понимать материальные объекты и их характеристики¹⁴⁷. С другой стороны, те же авторы отмечают, что под предметом всякого договора необходимо подразумевать действия, которые обязаны совершить стороны отношения. Это обусловлено юридической природой обязательств, в силу которой одно лицо обязано совершить в пользу другого лица определенные действия либо воздержаться от них (п. 1 ст. 307 ГК РФ)¹⁴⁸. Эта точка зрения выглядит весьма убедительно, однако договор, предмет которого лишен материального содержания, составляющего экономический смысл отношений, теряет как ряд индивидуализирующих его признаков, так и необходимость своего существования.

При комплексном анализе трудов М. И. Брагинского и В. В. Витрянского обращает на себя внимание то, что в отношении предмета договора займа они указывают на существование

¹⁴⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. С. 990–998.

¹⁴⁵ Темникова Н. А., Юрицин А. А. Дискуссионные аспекты предмета договора коммерческой концессии // Вестник Омской юридической академии. 2015. № 2. С. 21–22; Карапетов А. Г., Фетисова Е. М., Матвиенко С. В., Бондаревская М. В. Обзор правовых позиций Верховного Суда Российской Федерации по вопросам частного права за август 2015 г. [Электронный ресурс] // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2015. № 9. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление ФАС Дальневосточного округа от 24.03.2014 № Ф03-665/2014. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁴⁶ Малышев В. А. О категориях «объект» и «предмет» применительно к гражданско-правовому договору [Электронный ресурс] // Законодательство и экономика. 2008. № 10. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁴⁷ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М.: Статут, 2001. С. 320–324. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁴⁸ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. С. 1006.

некоего сложного предмета договора, включающего в себя два рода объектов: как действия сторон, так и материальный объект, на который эти действия направлены¹⁴⁹. Такого рода предмет проявляет себя в договорах по передаче вещей, таких как купля-продажа, аренда, займ¹⁵⁰.

Представляется, что договор коммерческой концессии также принадлежит к группе сложных сделок, ибо сложно представить его исполнение вне диалектического единства передачи комплекса исключительных прав, коммерческой документации, подкрепленного действиями сторон, исполняющих его.

В сочинениях М. И. Брагинского и В. В. Витрянского можно найти суждения о том, что материальные объекты, на которые направлена воля участников договорных отношений, являются объектами договора (например, безналичные денежные средства, предприятие)¹⁵¹. Таким образом, они относят к объектам договора объекты гражданских прав, в число которых входят и охраняемые результаты интеллектуальной деятельности, и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 128 ГК РФ).

А. С. Райников отмечает, что данный подход к пониманию предмета договора как разновидности обязательства не позволяет отличать их друг от друга. Более того, по его мнению, данная концепция допускает смешение предмета и содержания двусторонне обязывающего договорного правоотношения. В конечном счете это приводит к утрате особенностей условий договора и к потере его уникальности¹⁵². Полагаем, что сам факт подобной контраргументации, основанной на преувеличении конкретизации обязательств, входящих в предмет договора, как раз приводит к смешению предмета договора и содержания правоотношения. В то же время отнесение к предмету договора лишь базовых, фундаментальных и абстрактных обязанностей сторон, а также их дополнительная конкретизация в рамках содержания договора позволят как наглядно увидеть уникальные признаки договора, так и безошибочно разграничить элементы его структуры.

Вторая концепция, сводящая предмет договора к объектам гражданских прав, вовсе не позволяет лишь на основе предмета определиться с тем, какого рода договор имеет место. Ведь один и тот же объект может быть положен в основу различных отношений. Игнорирование ключевых обязательств не позволяет связать воедино действия сторон по отношению друг к другу и собственно объекты гражданско-правовых отношений. Ученые верно отмечают, что прямое отождествление данных терминов опровергает тезис о неповторимости предметов различных договоров¹⁵³. Что также не добавляет убедительности данной концепции.

Полагаем, что необходимо установить разумное и понятное соотношение между такими категориями, как предмет договора, его объект, а также объект правоотношения. Так как всякое договорное отношение является правовым, то, например, если отталкиваться от плюралистического подхода к пониманию объекта правоотношений¹⁵⁴, при котором к нему относят не только различные блага (материальные и нематериальные), но и деятельность участников отно-

¹⁴⁹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга пятая. Том первый. Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М.: Статут, 2006. С. 115–117. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁵⁰ Там же. С. 379–381.

¹⁵¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга пятая. Том второй. Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари [Электронный ресурс] / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский – М.: Статут, 2006. С. 177–178. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. С. 275–277.

¹⁵² Райников А. С. Договор коммерческой концессии. С. 36.

¹⁵³ Там же.

¹⁵⁴ См. подробнее: Общая теория государства и права. Учебник / под ред. В. В. Лазарева – М.: Юрист, 1996. С. 190; Проблемы общей теории права и государства. Учебник / под ред. В. С. Нерсисянца – М.: Норма, 2004. С. 383–385; Морозова Л. А. Теория государства и права. Учебное пособие – М.: Российское юридическое образование, 2010. С. 240; Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Существенные условия договора коммерческой концессии // Вестник Омского университета. Серия «Право». 2015. № 3. С. 113–114;

шений (их права и обязанности), мы получаем целостную, логически оправданную и понятную картину соотношения обозначенных категорий, что прежде всего позволяет произвести декомпозицию предмета договора. Наши предположения исходят из принятия точки зрения о тождестве предмета договора и объекта правоотношения¹⁵⁵. Взятие данной теории в качестве методологической основы, на наш взгляд, обуславливается невозможностью одностороннего и упрощенного рассмотрения сложной структуры договора, а также проблематичностью отыскания общих точек соприкосновения элементов правоотношения и предмета договора как явлений общей юридической природы в случае использования иных теорий.

На основе изложенного, с учетом практической полезности и наглядности структуры предмета договора, а также отказа от излишнего абстрагирования и теоретизирования, полагаем, что уместно проводить тождество предмета договора напрямую не с его объектом¹⁵⁶, не с объектами гражданского права, не с обязательствами как таковыми, а с объектом правоотношений. Последний, будучи определенным воплощением абстрактности (что отличает его от собственно содержания правоотношения, безотносительно конкретного и(или) возможного понимания заключаемых в него действий), объединяет в своем составе как объекты договора, представленные объектами гражданского права и коммерческой документацией, так и базовые, ключевые обязательства сторон, дополняющие объект. В целом обозначенные части в рамках договорного правоотношения обособляются в предмете договора и образуют его структуру, что позволяет на основе его уникальных особенностей (базовых обязательств и благ, ради которых возникло отношение) обособлять как сам договор, так и правоотношение от иных правовых явлений (в первую очередь от иных правовых отношений).

В связи с особенностями рассматриваемого договора можно обоснованно предположить, что материальная составляющая договора (объекты гражданских прав в целом) представляет собой объект договора коммерческой концессии (комплекс исключительных прав и коммерческая документация¹⁵⁷), который в свою очередь входит в качестве структурного элемента в предмет договора, также включающий в себя базовые обязательства сторон в качестве своего второго элемента¹⁵⁸. В связи с этим неслучайно исключительные права имущественного характера называют ядром предмета коммерческой концессии¹⁵⁹, что, однако, не позволяет пренебрегать иными его элементами. Таким образом, данная структурированная целая конструкция предмета договора является также и объектом правоотношения. Подобный взгляд на проблему о соотношении различных категорий позволяет наглядно познать структуру правоотношения, а также проанализировать происходящие в нем изменения.

Указанные положения позволяют утверждать, что предмет договора коммерческой концессии может включать не только объекты гражданских прав, образующие объект договора, но и некоторые абстрактные обязательства. Это наглядно видно на примере видов франчайзинга, рассмотренных в первой главе. При этом обязанности сторон, входящие в предмет, не должны быть детализированы, в противном случае произойдет смешение, дублирование предмета и

¹⁵⁵ См. подробнее: Ершов О. Г. О предмете договора строительного подряда // Бюллетень нотариальной практики. 2008. № 4. С. 26; Чилингарян Л. В. Проблемы соотношения категорий «предмет» и «объект» в крупных сделках и сделках с заинтересованностью [Электронный ресурс] // Юридический мир. 2007. № 3. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁵⁶ См. подробнее: Райников А. С. Договор коммерческой концессии. С. 36–37.

¹⁵⁷ Данная документация представляет собой конфиденциальную информацию, коммерческий опыт и деловую репутацию, т. к. они в силу своей нематериальной природы получают воплощение именно посредством документального оформления. Необходимость выделения коммерческой документации в качестве самостоятельных объектов договора обуславливается как необходимостью установления уникальных признаков договора коммерческой концессии, ввиду отсутствия данных объектов в перечне объектов гражданских прав (ст. 128 ГК РФ; за исключением деловой репутации как нематериального блага), так и необходимостью установления юридических предпосылок для осуществления действий по передаче и использованию данных объектов в рамках обязанностей сторон по исполнению договора.

¹⁵⁸ Чилингарян Л. В. Указ. соч.

¹⁵⁹ Беликова К. М., Габов А. В., Гаврилов Д. А. Указ. соч. С. 124–126.

содержания правоотношения. В то же время необходимо не допускать противоречий между ними.

Наши заключения подтверждаются материалами судебной практики. Так, по одному делу арбитражный суд указал, что правообладателем не были исполнены обязательства по предоставлению объектов исключительных прав, что выражено в непредставлении необходимой документации во исполнение сделки, что также свидетельствует о нарушении существенного условия договора, составляющего его предмет, и о невыполнении императивной нормы, устанавливающей аналогичную обязанность в отношении передачи документации¹⁶⁰. В другом деле суд указал, что согласно условиям оспариваемого договора его предметом является не только передача исключительных прав, но также оказание ряда услуг (т. е. исполнение обязанностей), в том числе по разработке программы и организации обучения персонала; предоставлению средств, материалов, оборудования для деятельности пользователя; обеспечению коммерческими помещениями для использования в целях оказания сервисных услуг; сотрудничеству в содействии получения разрешений (лицензий)¹⁶¹.

Тем самым, помимо собственно объектов договора коммерческой концессии, суды воспринимали его предмет как обязанности по совершению действия в отношении данных объектов. Это согласуется с пониманием собственно обязательства как обязанности совершения или воздержания от исполнения определенных действий (п. 1 ст. 307 ГК РФ). Кроме того, наглядно видно, что обязательственная часть предмета договора содержит в себе обязанности, имеющие более общий и абстрактный характер, чем императивные нормы закона, что позволяет идентифицировать уникальные признаки того или иного договора, обходя стороной конкретику и частные аспекты содержания правоотношений. Это также дает участникам отношений право требовать исполнения принятых на себя обязательств даже при наличии пробелов в конкретизации обязанностей сторон в договоре.

В связи с этим, например, попытка включить в предмет договорных отношений коммерческой концессии помимо комплекса исключительных прав собственно условие о вознаграждении¹⁶² позволяет сделать следующее замечание: так как объект договора отчасти отражает существо обязательства, то он должен обладать какой-либо уникальностью, а учитывая, что гражданское право в большей степени ориентировано на возмездные отношения, то выделение вознаграждения в качестве предмета договора представляется излишним, достаточно понимать собственно возмездный характер самого договора (его предмета) и возникающие в связи с этим обязанности по уплате вознаграждения¹⁶³. Иными словами, для отражения данного аспекта в рамках предмета договора он должен отражать определенную специфику отношений.

Полагаем, если вопросы передачи и круга объектов договора коммерческой концессии разобраны довольно подробно, то перечень базовых обязательств сторон, также формирующих предмет договора, может быть понят по-разному. Ведь отечественное гражданское законодательство отдельно императивно не регламентировало данный вопрос, а следовательно, соблюдение данных аспектов в договоре вряд ли отразится на его действительности или заключенности. В то же время полагаем, что к таковым обязательствам можно отнести указание на общий возмездный характер отношений с постановкой комплекса исключительных прав в качестве основного эквивалента уплаты вознаграждения (что, например, является одним из ключевых признаков в вопросе разграничения договора коммерческой концессии от иных сделок), обяза-

¹⁶⁰ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15.09.2016 № 09АП-40364/2016-ГК. Доступ из СПС «Консультант-Плюс»: версия «Проф».

¹⁶¹ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 24.09.2014 № С01-842/2014. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁶² Райников А. С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение. С. 18.

¹⁶³ Соломонов Е. В., Юрицин А. А. Существенные условия договора коммерческой концессии. С. 113–114.

тельство по передаче необходимого комплекса исключительных прав и связанной с ним документации¹⁶⁴, а также обязательство правообладателя по оказанию содействия и осуществлению контроля.

Характеризуя входящие в предмет договора коммерческой концессии обязательства, авторы почему-то не останавливают своего внимания на нормах, касающихся контроля качества со стороны правообладателя. Ведь он несет субсидиарную, а в некоторых случаях и солидарную ответственность за реализацию товаров, работ, услуг пользователем, несмотря на то, что последний является полностью самостоятельным субъектом гражданского оборота. Актуальность включения положений о контроле обуславливается и тем, что в большинстве случаев товар (работа, услуга) реализуется потребителям, права которых могут быть нарушены лицом, которое, по сути, ничем не рискует и не заботится о репутации правообладателя.

В связи с этим более чем обоснованными выглядят особенности, закрепленные в модельном законе УНИДРУА 2002 года «О раскрытии информации в отношении франшизы»¹⁶⁵. Ст. 2 данного акта гласит, что франшиза предполагает не только предоставление исключительных прав, но также и оказание помощи пользователю (в т. ч. в плане ведения дел), осуществление постоянного оперативного контроля за ним. Из этого можно сделать вывод, что нормы, касающиеся контроля качества, являются необходимой составляющей предмета договора, по крайней мере, с точки зрения общемирового понимания отношений франчайзинга, и являются ориентиром для национального нормотворчества¹⁶⁶.

Соответственно, включение базовых обязательств в предмет договора коммерческой концессии – решение обоснованное и практически полезное, так как это способствует выявлению сущности отношений франчайзинга, что подтверждается как исследованиями международного значения, так и материалами отечественной правоприменительной практики. Наличие общих обязанностей в структуре предмета договора не только позволяет установить уникальные признаки, свойственные отношениям коммерческой концессии, но и способствует их детальной регламентации в содержании договорного правоотношения.

Нужно понимать, что, несмотря на важную роль данных обязанностей в определении уникальности договора коммерческой концессии, диспозитивный характер норм отечественного гражданского законодательства позволяет исключить многие из них как полностью, так и в части их перенесения в содержание договорного правоотношения. Например, условие о контроле и о возмездном характере отношений. В то же время мы не можем согласиться с правильностью подобного подхода по причине снижения точности выражения действительной воли сторон договора, что приводит к возникновению различного рода споров на практике.

Стоит оговориться, что подобный взгляд на структуру предмета и на соотношение категорий структуры правоотношения далеко не единственный, более того, критикуемый с философской точки зрения некоторыми авторами¹⁶⁷. Однако он удобен для понимания сложной структуры отношений, возникающих из договора коммерческой концессии. Кроме того, предлагаемые многими авторами концепции освещают лишь частные аспекты данной проблемы,

¹⁶⁴ Нужно понимать, что физическая передача объектов исключительных прав невозможна, т. к. они не являют собой конкретные материальные объекты, даже несмотря на наличие последних. В этом заключается специфика объектов права интеллектуальной собственности, устанавливающего раздельный режим прав на объекты результатов интеллектуальной деятельности и их материальные носители и воплощения. Однако речь может идти о передаче различного рода документов, электронных данных, позволяющих точно воспроизводить копии необходимых объектов с оригиналов, проверять соответствие сфер действия средств индивидуализации. В то же время данные обязательства должны являться лишь базовыми, т. е. быть абстрактными, ибо они содержатся в предмете договора и являются предпосылками установления прав и обязанностей в дальнейшем содержании договора.

¹⁶⁵ Model Franchise Disclosure Law adopted by Unidroit. Rome, September 2002 [Электронный ресурс] – URL: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law> (дата обращения: 15.04.2017).

¹⁶⁶ Темникова Н. А., Юрицин А. А. Указ. соч. С. 24.

¹⁶⁷ См. подробнее: Малышев В. А. Указ. соч.

аргументируя свои позиции примерами малораспространенных правоотношений, и не отвечают на вопрос о соотношении различных категорий между собой, что не говорит об универсальности их взглядов и предложений. В то же время взгляды авторов, относящихся к предмету договора коммерческой концессии исключительно объекты исключительных прав либо обязательства, не являются в корне неверными, так как их представления не базируются на комплексном понимании структуры предмета договора и зачастую просто нуждаются в уточнении. Ведь отсутствие однозначности в понимании структуры предмета договора приводит к тому, что в различных сделках под ним понимается то материальный объект, то действия сторон, то их комбинации. Полагаем, что наша позиция является универсальной, в силу того что даже отсутствие какого-либо элемента в составе структуры конкретного договора, например, материального объекта в рамках возмездного оказания услуг, будет свидетельствовать не о нарушении логической стройности концепции, а лишь о том, что применительно к подобному договору данный признак не будет рассматриваться в качестве характеризующего его предмет.

1.2. Характеристика и особенности предоставления отдельных объектов договора коммерческой концессии

В силу того, что материальная составляющая является не переменным элементом договора коммерческой концессии, необходимо учитывать ряд замечаний, вызывающих затруднения на практике. Ведь споры о действительности заключенных договоров коммерческой концессии порою выходят за пределы предпринимательских отношений и касаются вопросов соблюдения, например, налогового законодательства в части получения налоговых льгот (экономически нецелесообразные сделки, направленные на неправомерное включение в состав расходов затрат по договору коммерческой концессии для уменьшения налоговой базы), что требует проведения правовой оценки соблюдения требований закона при заключении обозначенных договоров¹⁶⁸. Последнее неотделимо от понимания характеристик и особенностей предоставления отдельных объектов по договору коммерческой концессии.

Прежде всего, нужно понимать, что перечень объектов исключительных прав, которые можно передать по договору коммерческой концессии, не является строго установленным и охватывает весь спектр объектов интеллектуальной собственности, что явствует из п. 1 ст. 1027 ГК РФ. Ограничения на передачу содержатся в отдельных статьях ГК РФ, посвященных лишь некоторым видам объектов интеллектуальной собственности (п. 2 ст. 1474, п. 4 ст. 1519 ГК РФ). Поэтому мы не можем согласиться с авторами, указывающими на неполноту правового регулирования, что изменение законодательства в части внесения новых объектов в ст. 1027 ГК РФ является существенным расширением перечня исключительных прав, которые можно предоставить по договору коммерческой концессии¹⁶⁹. Полагаем, что их воззрения базируются на неверном толковании норм права. Ранее мы отмечали, что для устранения данной неопределенности законодательство некоторых стран СНГ содержит полный список объектов исключительных прав, которые можно предоставить по договору, что позволяет решить данную «проблему». Этот аспект позволяет наглядно показать предпринимательскому сообществу широкую сферу применения договора коммерческой концессии.

¹⁶⁸ См., например: Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 7.11.2013 по делу № А70-3295/2013. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Решение Арбитражного суда г. Москвы от 14.04.2009 по делу № А40-61132/08-35-270. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 25.06.2010 № 09АП-13537/2010-АК. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление ФАС Московского округа от 19.11.2009 № КА-А40/10309-09. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление Арбитражного суда Московского округа от 11.06.2015 № Ф05-6722/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁶⁹ См., например: Лаптев Г. А. Указ, соч; Чернишкина Г. Н. Указ, соч.

К коммерческому обозначению относят незарегистрированное, но общеизвестное наименование, используемое предпринимателями в процессе своей деятельности (ст. 1538 ГК РФ). Оно идентифицирует не столько самого предпринимателя, а объект его хозяйственной деятельности¹⁷⁰. Как отмечают авторы, коммерческое обозначение может совпадать с фирменным наименованием юридического лица (в части собственно наименования юридического лица, безотносительно организационно-правовой формы)¹⁷¹. В то же время п. 1 ст. 1538 ГК РФ устанавливает, что коммерческое обозначение не является фирменным наименованием. А п. 1 ст. 1541 ГК РФ устанавливает отдельный режим существования коммерческого обозначения и фирменного наименования. На практике нередко возникают споры относительно соотношения обозначенных исключительных прав (п. 64–65¹⁷²)¹⁷³. Для пресечения использования сходных объектов индивидуализации, облеченных в формы различных исключительных прав, суды обоснованно признают правомерность того средства индивидуализации, использование которого началось ранее (п. 6 ст. 1252 ГК РФ)¹⁷⁴.

В то же время, несмотря на обозначенные доводы, нужно понимать, что в случае передачи коммерческого обозначения, совпадающего с элементами фирменного наименования, на основе договора коммерческой концессии фактически обходится запрет на передачу права на фирменное наименование (п. 2 ст. 1474 ГК РФ). Ведь, несмотря на самостоятельный режим данных объектов, в гражданском обороте подобное коммерческое обозначение может восприниматься как фирменное наименование правообладателя по причине тождественности объектов исключительных прав. Проблемы, связанные с последствиями тождественности средств индивидуализации, также могут возникнуть и при передаче коммерческого обозначения, включающего в себя части товарного знака или включенного в него¹⁷⁵.

В литературе со ссылкой на правоприменительную практику указывают, что сама по себе тождественность средств индивидуализации частям иных исключительных прав не дает правовых и фактических оснований для вывода о том, что данные объекты являются частями друг друга. Особую актуальность данному вопросу придает факт возможности злоупотребления правом, например, при отчуждении правообладателем товарного знака, тождественного части фирменного наименования его организации, и последующему заявлению требования о признании недействительности правовой охраны переданных объектов (абз. 3 п. 6 ст. 1252 ГК РФ). В обозначенном деле суды установили правомерность использования отчужденного товарного знака, так как он не является частью фирменного наименования¹⁷⁶. Полагаем, что данная коллизия актуальна также и в отношении коммерческого обозначения. В то же время судьи отмечают, что тождественность произвольных частей фирменного наименования юри-

¹⁷⁰ Абрамова Е. Н., Аверченко Н. Н., Арсланов К. М. Указ. соч. С. 528.

¹⁷¹ Кисурин Л. Г. Сложные сделки: учет, налоги, право [Электронный ресурс] – М.: АКДИ «Экономика и жизнь», 2007. С. 148. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁷² См., например: Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 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» // Рос. газ. № 70. 2009. 22 апреля.

¹⁷³ Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.10.2015 № С01 -864/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление Суда по интеллектуальным правам от 19.06.2015 № С01-451/2015. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление ФАС Поволжского округа от 20.06.2011 по делу № А65-16740/2010. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление ФАС Уральского округа от 16.11.2009 № Ф09-3543/09-С6. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁷⁴ Темникова Н. А., Юрицин А. А. Указ. соч. С. 21–22.

¹⁷⁵ См., например: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 27.04.2016 № С01-265/2016. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление Первого арбитражного апелляционного суда от 10.06.2015 по делу № А43-25878/2014. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф»; Постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 3.06.2014 по делу № А41-53786/13. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

¹⁷⁶ Джермакян В. Ю. 500 вопросов по товарным знакам: разъяснения правоприменительной практики [Электронный ресурс] // Подготовлен для системы «КонсультантПлюс». 2015. Вопрос 186. Доступ из СПС «КонсультантПлюс»: версия «Проф».

дических лиц при отличиях в организационно-правовой форме допускает вероятность смешения фирменных наименований при участии в хозяйственном обороте, что само по себе не свидетельствует об отсутствии нарушения права на фирменное наименование (п. 17)¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 13.12.2007 № 122 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел, связанных с применением законодательства об интеллектуальной собственности» // Вестник ВАС РФ. 2008. № 2.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.