

Федеральное государственное образовательное бюджетное учреждение
высшего образования
«ФИНАНСОВЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ПРИ ПРАВИТЕЛЬСТВЕ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ»
(Финансовый университет)

Департамент правового регулирования экономической деятельности

Допустить к защите
Руководитель Департамента
_____ Г.Ф. Ручкина
« ____ » _____ 2017 г.

Выпускная квалификационная работа
на тему: «Правовое регулирование отношений, вытекающих из
договора коммерческой концессии»
Направление подготовки 40.03.01 - «Юриспруденция»
Профиль «Гражданское право»

Выполнил:
Головин Юрий Анатольевич

Руководитель:
к.ю.н., доцент
Ключникова Ярославна Анатольевна

Москва – 2017 г.

Содержание

ВВЕДЕНИЕ.....	3
Глава 1. Правовая характеристика договора коммерческой концессии	6
1.1. Становление правового регулирования договора коммерческой концессии в России	6
1.2. Понятие и правовая сущность договора коммерческой концессии	11
1.3. Договор коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров.....	19
Глава 2. Предмет и содержание договора коммерческой концессии	26
2.1. Совокупность исключительных прав, коммерческий опыт и деловая репутация, предоставляемые по договору коммерческой концессии	26
2.2. Существенные условия договора коммерческой концессии	32
2.3. Специфика ответственности сторон по договору коммерческой концессии	39
Глава 3. Заключение, исполнение и регистрация договора коммерческой концессии: особенности правового регулирования	45
3.1. Особенности правового регулирования заключения и исполнения договора коммерческой концессии	45
3.2. Особенности государственной регистрации договора коммерческой концессии	53
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	65
СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ	68

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность темы исследования определяется заметным ростом не только спроса со стороны предпринимательского сообщества, но и увеличением предложений по открытию бизнеса по франчайзинговой модели.

В Российской Федерации этот «живой» интерес объясняется устойчивостью бизнес-процессов и установлением правовой определённости по передаче прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации.

Международным торговым сообществом давно был признан инструмент франчайзинга – как высокоэффективная система организации бизнеса, позволяющая установить и соблюдать единые стандарты и правила – при этом имущественную самостоятельность как единицы хозяйственной деятельности.

Все вышесказанное определяет необходимость научного исследования правового регулирования франчайзинга.

Объектом исследования являются общественные отношения, вытекающие из договора коммерческой концессии, рассмотренные в теоретическом и практическом аспектах.

Предмет исследования составляет система правовых норм, которые регулируют отношения, вытекающие из договора коммерческой концессии, судебная практика, а также существующие в юридической науке идеи, представления и взгляды по исследуемому вопросу.

Цель исследования заключается в осуществлении системного исследования отношений, вытекающих из договора коммерческой концессии, а также разработке предложений и рекомендаций по совершенствованию законодательства в этой области, выработке концепции дальнейшего совершенствования механизма правового регулирования договора коммерческой концессии.

Цель настоящего исследования предопределила наличие следующих задач:

- изучить историческую составляющую договора коммерческой концессии, какие схожие конструкции были использованы ранее и в какой форме;

- произвести сравнительно-правовой анализ понятий «коммерческой концессии» и «франчайзинга», установить их соответствие друг другу по форме и содержанию;

- осуществить соотношение лицензионного договора и договора коммерческой концессии, указав при этом место последнего в системе гражданско-правовых договоров;

- исследовать особенности правового регулирования, возникающие при заключении, государственной регистрации и исполнении договора коммерческой концессии, выявив основные проблемы и предложив пути их решения.

Методологическая основа исследования. Основным методом, используемым для раскрытия правового регулирования договора коммерческой концессии - это всеобщий диалектический метод познания. Помимо этого, мною были использованы специальные и частные методы познания: исторический, формально-логический, сравнительно-правовой, системно-структурный, статистический, логико-юридический.

Теоретическая основа исследования включает в себя работы следующих ученых-юристов: Г.Е. Авилова, Е.А. Суханова, М.Ю. Тихомирова, М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, О.Н. Садикова, П.А. Ющенко, С.С. Габова, С.А. Степанова, Б.И. Пугинского, В.Н. Евдокимовой, М.Л. Варданяна; А.Ф. Багдасарян, Л.А. Трахтенгерц, Е.А. Васильева и многих других.

Нормативно-правовую основу исследования составляют Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), Гражданский кодекс Российской Федерации, а также приказы

отраслевых федеральных министерств Российской Федерации (Министерство экономического развития, Министерство промышленности и торговли).

Теоретическая значимость работы заключается в проведении комплексного теоретического исследования, посвященного вопросам правового регулирования отношений, вытекающих из договора коммерческой концессии.

Практическая значимость заключается в выработке предложений по совершенствованию законодательства в исследуемой сфере и в возможности применения выработанных практических рекомендаций на практике.

Структура работы и содержание исследования определены поставленными перед автором целями и задачами. Выпускная квалификационная работа состоит из введения, трех глав, объединяющих восемь параграфов, заключения, списка использованной литературы.

Глава 1. Правовая характеристика договора коммерческой концессии

1.1. Становление правового регулирования договора коммерческой концессии в России

Как известно, договор коммерческой концессии непосредственным образом затрагивает распоряжение исключительными правами, поэтому необходимо учитывать взаимосвязь развития права интеллектуальной собственности через призму развития сферы торговли, услуг и их отношение.

От признания авторского права еще в глубокой древности (например, Афинская республика) до изобретения книгопечатания, принятия Бернской конвенции¹, подписанной в 19 веке, которая продолжает действовать и в наши дни.

Зарождение отношений, которые регулируются за границей договором франчайзинга (при этом весьма схож с договором коммерческой концессии), впервые применялись в середине 19 века, между производителями пива в Германии для удержания достаточного уровня продаж в рамках торгового объединения. Таким образом, что финансовая поддержка, которая оказывалась производителями напитков была обращена на прогнозируемый рынок для их реализации. В данной стратегии выигрывали обе стороны.

Вплоть до 1850-1860 гг., франчайзинг развивался по дистрибьюторскому направлению, например, по схеме: оптовый продавец – розничный продавец. Безусловно, этот механизм послужил развитию и функционированию распределительной сети товаров, а успешность применения этого механизма позволило ему выделиться в отдельный, не лишенный достаточной степени самостоятельности экономико-правовой институт.

В последующие годы, с ростом сил и средств производства, особенно это затронуло XX век, а также, что немаловажно, установлением законодательного регулирования защиты интеллектуальных прав, свое

¹ Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (ред. от 28.09.1979) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.

развитие получили такие формы франчайзинга, как «производственный франчайзинг» (в основном предоставление технических знаний) и «сервисный франчайзинг» (содействие в оказании услуг, используя торговую марку правообладателя).

В настоящее время, отношения, подразумевающиеся под западным словом «франчайзинг», не ограничиваются лишь сбытом продукции, производством и сервисом и могут применяться практически к любой сфере осуществления бизнеса.

Необходимо отметить, что ряд стран (например, США, Канада, Бразилия, Китай, Франция), регулируют отношения, свойственные по своей правовой природе договору коммерческой концессии, специальными законами, а также иными нормативными правовыми актами.

Собственно, катализатором к принятию отдельных законодательных актов, во многом связано, с выявлением случаев нарушения прав потребителей. По мнению Г.Е. Авилова¹, идея франчайзинга основывается на «подмене субъекта», когда по сути, пользователь фактически использует фирменные наименования и товарные знаки правообладателя, при этом осуществляя деятельность под чужим именем.

Что касается российского законодательства, то возможность применения договора коммерческой концессии появилась с введением в действие второй части ГК РФ, которая вступила в действие с 1.03.1996 (Федеральный закон от 26 января 1996 года № 15 - ФЗ), а именно, в главе 54.

Правовое закрепление, данное законодателями, впервые было использовано на практике компанией «Колгейт - Палмолив», зарегистрированной в Соединенных Штатах Америки (правообладатель) и российским акционерным обществом «Колгейт - Палмолив», зарегистрированной в Российской Федерации (пользователь) в 1996 году путем регистрации договора в Роспатенте.

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маховского, С.А. Хохлова (автор раздела Г.Е. Авилов). М., 1996. С. 52.

По условиям договора, кроме право использования фирменного наименования было передано российскому пользователю порядка 35 изобретений, 7 промышленных образцов, 60 товарных знаков, в том числе техническое, технологическое, коммерческое ноу-хау¹.

На основании анализа правового регулирования договора франчайзинга (зарубежный опыт), можно отметить, что в большинстве своем раскрываются вопросы, связанные с предоставлением информации франчайзи до заключения договора, вопросы с раскрытием информации и ограничению конкуренции. В то же время, не содержат основу правового регулирования договора франчайзинга, вопросы по предоставлению прав по использованию результатов интеллектуальной деятельности.

Так, между франчайзером и франчайзи подразумевается сотрудничество на более тесном уровне, которое не предполагается лицензионным договором, поскольку договором франчайзинга закрепляется предпринимательская деятельность, в то время как в рамках лицензионного договора, вполне достаточно сотрудничества на уровне установления качества товаров и услуг, предоставленных лицензиаром лицензиату.

Необходимо подчеркнуть, что вопросы, связанные с раскрытием правообладателем информации пользователю до заключения договора коммерческой концессии, не нашли необходимого закрепления в главе 54 ГК РФ.

Тем не менее, ст. 25 Федерального закона от 18 декабря 2006 года № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации»² (далее – Федеральный закон № 231-ФЗ) содержание главы 54 ГК РФ были внесены изменения.

С другой стороны, в профессиональных кругах, оставалась надежда, что с принятием части четвертой ГК РФ, работа по совершенствованию и

¹ Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе РФ // Хозяйство и право. 1997. № 12. С. 113-120.

² Федеральный закон от 18 декабря 2006 года № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5497.

более взвешенному подходу к отношениям, возникающим из договора коммерческой концессии продолжится. Но изменения, которые затронули 54 главу ГК РФ, в большинстве своем касались кодификации законодательства интеллектуальной собственности, на основании которой, можно выдвинуть предположение, что Российской Федерации придерживается подхода развития отношений, вытекающих из договора коммерческой концессии, как лицензионного договора.

Кроме вышеназванных изменений в 54 главу ГК РФ, изменения коснулись следующих статей: 1030, 1033, 1035, 1037 (Федеральный закон № 216-ФЗ). При этом, изучая уже измененную 54 главу ГК РФ, также можно заметить, что законодатель в данный период времени не допускает возможности закрепления договора коммерческой концессии каким-либо специальным законом, также пока нет оснований говорить о разработке какого-либо международного договора, касающегося названных правоотношений. Однако, определенного рода влияние оказывают международные договоры, которые связаны с интеллектуальной собственностью, например, ТРИПС¹ и Сингапурский договор о товарных знаках (далее – Сингапурский договор).

Тем не менее, существует и другая альтернатива при выборе формы закрепления указанных правоотношений в законодательстве, например, Торговый кодекс Германии² (сочетание вопросов предпринимательства и вопросов коммерческой концессии, без рассмотрения интеллектуальных прав).

В то же время, в Германии отсутствует специальное законодательство на федеральном уровне и на уровне федеральных земель о франчайзинге. Как и в Российской Федерации, правовую основу регулирования отношений между франчайзером и франчайзи занимают общие принципы гражданского

¹ Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), принятое 15.04.94 г. // Авторское право и смежные права. Закон, конвенции, договоры и соглашения / Сост. С.А. Судариков. Минск, 1998. 160 с.

² Торговый кодекс Германии // Интернет-источник: https://ru.wikipedia.org/wiki/Торговый_кодекс_Германии

права, и в первую очередь, принцип свободы договора. Но, как можно догадаться, невозможно создать работающий институт на общих принципах, не используя законодательных и иных актов регулирования, в том числе, призванных защитить интересы менее защищенных субъектов экономики.

Касаемо развития франчайзинга и коммерческой концессии на территории Российской Федерации, важно отметить, что специфика этих отношений вытекала из использования арендной конструкции с включением арендаторам права на использование товарного знака, который принадлежит правообладателю.

Наряду с американской компанией «Колгейт - Палмолив», одной из первых компаний в России, которая стала использовать возможности свежезакрепленного рассматриваемого правового института, стала ОАО «Лукойл». Принято считать, что предпосылкой этому решению (использованию договора коммерческой концессии), послужил кризис на мировом рынке нефти. В то время как розничный внутренний рынок показывал рост и не был полностью обеспечен продавцами. Собственно, поэтому, в рамках рынка и развивающейся конкуренции, было принято решение использовать именно механизм франчайзинга для реализации продуктов нефтяной компании ОАО «Лукойл»¹.

Также, в период с 1990 по 2000 гг., активно открываются и получают свое развитие в территориальной плоскости франшизы отечественных предпринимателей: «Крошка-Картошка», «Перекресток», «7 континент», а также др. В 1997 году была создана Российская Ассоциация Франчайзинга (РАФ), которая даже выпустила Этический кодекс, который своим действием предполагает соблюдение между пользователем и правообладателем соответствующих регламентированных принципов, но, которые, законодательно не закреплены.

¹ Шарифов В.С. Франчайзинг в механизме развития российского нефтяного рынка. М., 1998. С. 29.

Приказом Министерства промышленности и торговли РФ от 31 марта 2011 г. № 422 «Об утверждении стратегии развития торговли в РФ на 2011-2015 годы и период до 2020 г.»¹, проблема развития малого бизнеса, а именно недостаточное развитие коммерческой концессии была поставлена основной задачей и целью реализации. Ожидается, что рынок франчайзинга будет расти в сфере производства и сервиса, тогда как в данный момент, основу, составляет рынок торговли и общественного питания.

1.2. Понятие и правовая сущность договора коммерческой концессии

Для раскрытия понятия и правовой сущности договора коммерческой концессии, необходимо начать с истории становления отношений, применительно к которым используется более распространенный термин, закрепившийся в западном понимании как «франчайзинг».

Так, например, Ю. Табастаева особое внимание уделяет терминологии, которая используется в 54 главе ГК РФ, упоминая при этом, что понятие «франчайзинг» произошло от французского слова «franchise», которое первоначально означает лицензию (концессию) на осуществление определенной деятельности, которую выдает государство. По ее мнению, понятие «коммерческая концессия», используемое в настоящее время также представляет собой лицензию, однако выдается не государством, а частным лицом, собственно именно субъектом выдачи объясняется дополнительное слово «коммерческая»².

В свою очередь, Л.А. Трахтенгерц основывается на высокой степени условности термина «коммерческая концессия», который является не чем

¹ Приказ Министерства промышленности и торговли РФ от 31 марта 2011 г. № 422 «Об утверждении стратегии развития торговли в РФ на 2011-2015 годы и период до 2020 г.» // Опубликован не был. Электронный ресурс. Режим доступа: // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

² Табастаева Ю. Франчайзинг в России: правовое регулирование и актуальная судебная практика // Хозяйство и право. 2007. № 7. С. 26.

иным, как наиболее подходящим к широко применяемому и закрепленному в западном законодательстве понятию «франчайзинг»¹.

Также стоит сказать, что термин «коммерческая концессия» не является устоявшимся ни на практике, ни в литературе. Например, в странах романо-германской и английской систем права данные договоры часто называются о предоставлении исключительных прав продажи (*contract de vente exclusive, alleinvertriebsfertrag, exclusive dealing agreement*). При этом, рассматриваемые договоры ссылаются на единый договор – договор коммерческой концессии, которым принято оформлять отношения в области торгового посредничества, в рамках которых субъект предпринимательской деятельности «принимает на себя обязанность продавать на согласованной в договоре территории товар, приобретаемый у производителя (поставщика) с установленной периодичностью в заранее согласованных объемах»². Отличительной характеристикой договора коммерческой концессии является наличие одностороннего или двустороннего условия, которое закрепляет «либо невозможность для дистрибьютора реализации иных товаров, либо для основного продавца реализации товаров иному лицу на установленной «территории» договора»³. Вышесказанное «исключительное условие» позволяет отнести договор коммерческой концессии к категории «исключительных», или другими словами, «эксклюзивных» договоров. В то же время, не стоит забывать о том, что сторона договора коммерческой концессии, по факту, «является звеном в цепи товарораспределения»⁴, поэтому, характеризуя договор коммерческой концессии, а также сторон по этому договору, в контексте «дистрибьюторского» не является ошибкой.

¹ Трахтенгерц Л.А. Договор коммерческой концессии (Новая концепция) // Хозяйство и право. 2007. № 4. С. 33.

² Белов Л.П. Международное предпринимательское право: Практическое пособие. М., 2001. С 158-161.

³ Тынель Л., Функ Я., Хвалеи В. Курс международного торгового права. М., 2000. С. 282.

⁴ Васильев Е.А., Зайцева В.В. Костин А.А., и др. Гражданское торговое право капиталистических государств. М., 1992. С 381.

Существует предположение, что возникновение договора коммерческой концессии из договора поставки, было связано с реалиями и условиями рынка. По мере роста которого, классический договор поставки постоянно дополнялся специфичными условиями, которые предусматривали возможность приобретения товара только у единственного поставщика и продажу на заранее установленной территории.

Несомненно, в процессе возрастания объемов продаж и охвата территории присутствия, эволюционно, происходило и изменение взаимоотношений между фактически «пользователем и правообладателем», что послужило фундаментом для реализации самостоятельного договора.

Нельзя не согласиться с М.В. Волинкиной, по мнению которой, недопустима параллель между исключительным правом и товаром, к тому же содержание исключительных прав принципиально отличается от содержания права собственности, которое является главным вещным правом¹.

Как в отечественной, так и общемировой цивилистике до настоящего времени не выработалась общая точка зрения на соотношение понятий «коммерческая концессия» и «франчайзинг», а также о месте используемых терминов среди прочих договоров.

В справочной, энциклопедической литературе были представлены различные точки зрения, где отношения по договору коммерческой концессии являются сходными (подобными) зарубежному понятию «франчайзинг»² или напротив, приводится мнение того, что до вступления в силу изменений, предусмотренных ст. 25 Федерального закона № 231-ФЗ, в целом, договор коммерческой концессии соответствовал правовой конструкции франчайзинга³.

¹ Волинкина М. Содержание исключительного права: теоретический аспект // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2012. № 1. С. 5-12.

² Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю., Юридическая энциклопедия. Издание 5-е, дополненное и переработанное / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М.: 2006. С. 268.

³ Юридический энциклопедический словарь / Гл. Ред. О.Е. Кутафин. М.: Большая российская энциклопедия. Москва: Большая Российская Энциклопедия, 2002. С. 216.

Так, некоторые исследователи не склонны рассматривать договор франчайзинга как самостоятельную правовую категорию. Например, представители французской правовой доктрины рассматривают договор франчайзинга с позиции разновидности договора коммерческой концессии¹. В свою очередь, ученые из Италии, не считают договор коммерческой концессии самостоятельным договором, ограничивая его понимание лишь сервисным договором франчайзинга². В то время, как сторонники германской доктрины с данной позицией не согласны и считают договор коммерческой концессии самостоятельным договором, который сочетает в себе правовые конструкции родственных гражданско-правовых договоров³.

Российские цивилисты, не рассматривают договор коммерческой концессии как разновидность договора франчайзинга, имея противоположное мнение, полагая, что более точно коммерческую концессию можно охарактеризовать именно как разновидность франчайзинга. В частности, данный подход разделяет Р. Джурович, который выделяет две типовых формы франчайзинга: «франшиза изделий», «франшиза оборота». При этом, договор коммерческой концессии относится к первой форме (франшиза изделий)⁴.

Заметим, что общее мнение российской цивилистики остается довольно устойчивым (взгляды, после принятия второй части ГК РФ, не изменились), которое не разграничивает договор коммерческой концессии и договор франчайзинга. Тем не менее, попытки по разграничению рассматриваемых институтов права были предприняты. Однако, чаще всего, исследователи приводили мнения большинства экспертов и специалистов, изучающих данный вопрос, которое склонялось к близости, общей направленности договоров и к общей сфере их использования – «доведение

¹ Franchising in Europe. N.Y., 1992 P.145.

² Там же. С. 136.

³ Там же. С. 141.

⁴ Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. М., 1992. С. 373.

до конечного покупателя товаров и услуг, посредством их реализации и распространения»¹.

Отражение экономического содержания договора франчайзинга выражается в предоставлении комплекса исключительных прав, например, средства индивидуализации позволяют прийти к единообразию линейки товаров, производимых работ и услуг, в то время, как использование ноу-хау или объектов интеллектуальных прав отражается на установлении заявленного качества у правообладателя, который выступает конечным звеном в распределительной системе (если рассматривать франчайзинг услуг, например).

Признак множественности исключительных прав формирует предмет договора франчайзинга, позволяя провести грань данного договора как от договора коммерческой концессии (который может быть ограничен распространением товаров, услуг), так и от лицензионного договора.

Другим существенным признаком, который не позволяет отождествлять рассматриваемые институты договорного права, является степень взаимодействия и кооперации контрагентов (или, другими словами, уровень «сотрудничества»), которая в договоре франчайзинга выражается во взаимодействии сторон договора в различных формах:

1. консультационные услуги;
2. организация, обучения персонала;
3. иная поддержка со стороны франчайзора.

Таким образом, если проводить сравнение договора коммерческой концессии и договора франчайзинга, необходимо отметить высокий уровень сотрудничества сторон последнего.

Ввиду вышесказанного нельзя согласиться с В.В. Витрянским, по мнению которого, само определение понятия «коммерческой концессии», изначально использовалось при подготовке ГК РФ по смыслу наиболее

¹ Евдокимова В.Н. Правовое регулирование передачи технологии в отношении объектов исключительной собственности: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2000. С. 116, 121.

соответствующее английскому термину «franchising», при этом были учтено в зарубежном законодательстве значение понятия «коммерческая концессия».

Действительно, вопрос является довольно дискуссионным, так, по мнению сторонников другой концепции, термин «франчайзинг» является инородным для российского законодательства, что повлекло замену на более близкому к «слуху» - коммерческой концессии, а заимствование иностранного слова может отрицательно повлиять на достоинства законодательного акта, а также эффективность применения в целом»¹. Так или иначе, но вопрос и в настоящее время является открытым.

Возможно, указанных оснований достаточно для того, чтобы признать рассматриваемые институты наиболее близкими друг к другу. Но не стоит забывать о том, что отношения по договору франчайзинга имеют место в большинстве своем в сфере производства, что, в свою очередь, предполагают более высокую степень взаимодействия междустороннего сотрудничества, когда коммерческая концессия применяется, чаще всего, в сфере торгового посредничества, в котором уровень коммуникации и сотрудничества по факту, требуется ниже.

Резюмируя, можно сформулировать промежуточный вывод, что сфера применения договоров франчайзинга и коммерческой концессии не является общей и использование таких высказываний не совсем профессионально и корректно. При этом, преимущественное использование договора коммерческой концессии в бизнесе и предпринимательстве, зачастую в распределении товаров и предоставлении услуг, нежели чем производственной сфере принято связывать не только с правовыми особенностями регулирования договора коммерческой концессии (закрепленного в 54 главе ГК РФ), но и проводимой до недавнего времени экономической политикой, которая до недавнего времени не была

¹ Сосна С.А. Новое в гражданском праве: франчайзинг // Государство и право. 1997. № 7. С. 25; Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. М., 1993. С. 385.

направлена на развитие и масштабирование высокотехнологичных производств.

Некоторыми правоведами формируется следующее мнение. Так, Ю. Волкова и А. Коршунова¹, отмечают, что передача права на использование товарного знака (знака обслуживания), в редакции ст. 1027 ГК РФ (после 1 января 2008 года), является условием договора, носящим обязательный характер, в отношении комплекса исключительных прав. Заметим, что в редакции, действовавшей до 1 января 2008 года, права на использование фирменного наименования и/или коммерческого обозначения передавались по договору коммерческой концессии из средств индивидуализации (включая право на товарный знак).

В связи с этим, можно увидеть, что прежняя (первоначальная) редакция договора коммерческой концессии была более близкой по своему содержанию к известному в зарубежном праве договору франчайзинга. Процесс ориентирования на обязательность включения условия о предоставлении права на использование товарного знака (которым производят маркировку товара), а не на коммерческое обозначение (которое в первую очередь служит основным средством индивидуализации предприятия), без сомнения, уменьшил содержание договора коммерческой концессии по отношению к договору франчайзинга. Это прослеживается не только в некорректности первоначальной терминологии, но в совокупности признаков, которые указаны в ст. 1027 ГК РФ.

Часть авторов подчеркивает, что отсутствие правовых норм, которые установили бы одну из успешных форм международного предпринимательства – франчайзинг, является «стоп-краном», сдерживающим фактором и своего рода административным препятствием, которое не дает этому инструменту быть реализованным в полной мере.

¹ Волкова Ю., Коршунов А. Какие перемены ждут договор франчайзинга: Со вступлением в силу части 4 ГК РФ изменится регулирование отношений коммерческой концессии // Экономика и жизнь. 2007. № 19 (май). С. 9.

Более того, существуют и радикальная позиция на этот счет, выраженная в исключении 54 главы из ГК РФ как таковой, поскольку франчайзинг (коммерческая концессия) заключается в обычных торговых отношениях и для их регулирования не требуется специального законодательства¹.

С точки зрения лиц, выступающих пользователями и иностранными правообладателями по договору пользования исключительными правами, отечественными предпринимателями, высказывается невозможность использования термина «коммерческая концессия», поскольку он не имеет юридической силы для иностранных компаний. В связи с этим, высказывается желание произвести замену терминов в 54 главе ГК, с «договора коммерческой концессии» на «франчайзинг»².

Также, невозможность использования русифицированного термина, объясняется прежде всего использованием иностранным правообладателем единообразного договора исключительно для всех пользователей, которые могут являться представителями разных государств – правовых систем, а термин «франчайзинг» наиболее полно подходит к большинству экономически активных государств.

Существует несколько вариантов решения сложившейся проблемы. Начиная от использования двойной терминологии в законодательстве (пример, парламентское обсуждение проекта Гражданского кодекса Украины), до следования примеру правового закрепления терминологии ряда Республик СНГ (Беларуси, Казахстана, Молдовы), в которых используется именно понятие – «франчайзинг».

Таким образом, важно отметить, что понятие «коммерческая концессия», которое активно используется и применяется в зарубежном законодательстве, несомненно, подразумевает под собой иное значение,

¹ Материалы международной конференции «Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле в сфере услуг». М., 2002. № 11. С. 111-112.

² Информация о межрегиональном семинаре «Франчайзинг в малом бизнесе» // Российское предпринимательство. М., 2002. № 10. С. 111-112.

нежели чем изначально подразумевалось законодателем для разработки 54 главы ГК РФ. Содержание договора коммерческой концессии в нынешней редакции ГК РФ¹ не полностью охватывает содержание договора франчайзинга, в связи с этим, необходимо подчеркнуть, что договор коммерческой концессии – это видовое понятие, а договор франчайзинга – родовое понятие, что приносит определенные трудности для лиц, использующих эти понятия вперемешку, часто не понимая их соотношения между собой.

Кроме этого, по-нашему мнению, является, как минимум, некорректной прямая замена термина «договор коммерческой концессии» на «договор франчайзинга» в 54 главе ГК РФ, в случае, если не будут внесены соответствующие изменения. При замене терминологии, необходимо внести изменение и в конструкцию договора франчайзинга, что для многих исследователей (которых было сказано выше), не является очевидным.

1.3. Договор коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров

С учетом того, что в ГК РФ была выделена специальная глава, посвященная договору коммерческой концессии, вопрос, касающийся определения места договора коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров среди цивилистов, был и остается весьма актуальным и обсуждаемым. Несомненно, существует взаимосвязь не только с наиболее популярным и схожим по некоторым основаниям договору франчайзинга, активно применяющемуся за рубежом, но также и с особенностями исторического аспекта развития договора коммерческой концессии.

Термин «концессия» («concession»), в переводе с латинского, означает: разрешение, уступка, одобрение. Концессии в римском праве представляли собой разрешения, которые предоставлялись лицу государством для

¹ Федеральный закон от 18 июля 2011 года № 216-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 30 (часть 1). Ст. 4564.

выполнения этим лицом определенных для выполнения публичных функций. Историческим фактом является то, что завоевание для английской короны земель Америки, осуществленное Колумбом в 1492 году, было реализовано на основании предоставленного ему разрешения (концессии)¹.

В настоящее время, концессионные соглашения, в которых государство является одной из сторон - правовой конструкции договора по-прежнему применяются. Так, согласно, Федеральному закону от 21 июня 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях»² по концессионному соглашению, одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением имущество (недвижимое имущество или недвижимое имущество и движимое имущество, технологически связанные между собой и предназначенные для осуществления деятельности, предусмотренной концессионным соглашением), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту).

В российском законодательстве предусмотрены договоры, которые наиболее близки по своей правовой конструкции к договору коммерческой концессии. К ним в большей или меньшей степени относятся:

1. договор аренды;
2. посреднические договоры (агентский и комиссионный договоры);
3. лицензионный договор.

Так, договор коммерческой концессии, в отличие от договора аренды, не включает в себя предоставление прав на потребляемые объекты (п. 1 ст. 607 ГК РФ). Однако, в данных договорах имеются и сходства, которые выражаются посредством предоставления во временное и возмездное пользование соответствующих объектов гражданских прав, определенных договором, в хозяйственной деятельности.

¹ Ивкович Б., Павич М., Лукович Е., Хаджини Г. Концессия по ВОТ модели. Белград, 1999. С. 19.

² Федеральный закон от 21 июня 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

Что касается договоров посреднического характера, то по агентскому договору агент обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала (п. 1 ст. 1005 ГК РФ). По договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента (п. 1 ст. 990 ГК РФ)¹.

Агентский договор и договор комиссии отличается от договора коммерческой концессии тем, что в последнем, пользователь действует самостоятельно от своего имени, за свои денежные средства, уплачивая правообладателю вознаграждение.

Как было замечено ранее, наиболее близким к договору коммерческой концессии является договор купли-продажи, а именно его разновидность – дистрибьюторский договор.

Дистрибьюторский договор можно определить как «договор, по которому одна сторона (дистрибьютор) в рамках ведения предпринимательской деятельности обязуется приобретать товар у другой стороны (поставщика) и осуществлять или организовывать его продвижение на определенной территории, а поставщик обязуется не поставлять товар для реализации на этой территории самостоятельно или при участии третьих лиц, в том числе, не продавать товар третьим лицам для распространения на этой территории»².

До момента вступления в действие части четвертой ГК РФ, некоторые исследователи подходили к рассмотрению договора коммерческой концессии, как договора лицензионного типа³. Данная позиция имела место быть, поскольку как договор коммерческой концессии, так и лицензионный

¹ Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н., Арсланов К.М. Гражданское право: учеб. в 3 т. Т.2 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ-Пресс, 2013. С. 177.

² Борисова А.Б. Дистрибьюторский договор // Журнал российского права. 2005. № 3. С. 61.

³ Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право: курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садилов, М., 1997. С. 587.

договор регулируют отношения, во многом схожие, которые направлены на предоставление средств индивидуализации, а также результатов интеллектуальной деятельности. По мнению Б.И. Пугинского, под экономической сущностью франчайзинга следует понимать систему построения договорных отношений между крупными продавцами (изготовителями) и мелкими фирмами, последние, в свою очередь, осуществляют деятельность по продвижению товара на рынке, используя при этом лицензию, товарный знак фирмы (головной организации), выполняя требования по соблюдению технологии производства¹.

Изменения, внесенные в гражданское законодательство Федеральным законом № 231-ФЗ, в первую очередь, связаны с новеллами четвертой части ГК РФ. Тем не менее, данный закон затронул отчасти 54 главу ГК РФ, в частности, касаясь содержания комплекса исключительных прав, предоставляемых по договору коммерческой концессии (ст. 1027 ГК РФ), а также относительно условий о порядке вступления договора в силу. При этом, по-прежнему остался неразрешенным вопрос о соотношении договора франчайзинга, который довольно успешно используется в зарубежной, мировой практике и договора коммерческой концессии.

Изменения, внесенные в гражданское законодательство Федеральным законом № 216-ФЗ, связаны с уточнением положений, касающихся прав и обязанностей сторон договора. В то время, как осталось неизменным, указанное в ст. 1027 ГК РФ, определение договора коммерческой концессии.

Исходя из п.4 ст. 1027 ГК РФ, в котором говорится о распространении на договор коммерческой концессии положений VII раздела ГК РФ о лицензионном договоре (кроме случаев прямого противоречия 54 главе ГК РФ, а также существенным условиям договора коммерческой концессии), ряд исследователей² приняли решение рассматривать договор коммерческой концессии, исключительно как разновидность лицензионного договора.

¹ Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000. С. 217.

² Пыльцев Ю.А., Договор коммерческой концессии: что нового? // Патенты и лицензии. 2008. № 1. С. 36.

Также существует мнение о том, что законодателем рассматривается договор коммерческой концессии, как логичное развитие лицензионного договора (по п.4 ст. 1027 ГК РФ). Например, П.А. Ющенко, приходит к мнению о том, что к договору коммерческой концессии применимы как общие положения лицензионного договора (глава 69 ГК РФ), так и специфические нормы, регламентирующие отдельные результаты интеллектуальной деятельности, а также средств индивидуализации (главы 70-77 ГК РФ)¹.

Выделим признаки, присущие договору коммерческой концессии. Исходя из ст. 1027 ГК РФ, к ним относятся:

1. только коммерческие организации и индивидуальные предприниматели могут являться сторонами договора коммерческой концессии;
2. Предоставленный пользователю комплекс исключительных прав должен использоваться только при осуществлении предпринимательской деятельности;
3. Товарный знак или знак обслуживания являются обязательным, но не единственным элементом, передаваемым пользователю в рамках комплекса исключительных прав.

Кроме комплекса исключительных прав, договор коммерческой концессии включает в себя:

1. Использование накопленного коммерческого опыта правообладателя;
2. Использование деловой репутации правообладателя;
3. Вознаграждение, выплачиваемое пользователем правообладателю;
4. Возможность заключения срочного/бессрочного договора;

¹ Ющенко П.А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Казань. 208 с.

5. Использование деловой репутации, коммерческого опыта, а также комплекса исключительных прав, в определенном объеме (с указанием или без указания территории).

В отличие от договора коммерческой концессии, круг субъектов, которые правомочны заключать лицензионный договор, значительно шире. Так, кроме коммерческих организаций и индивидуальных предпринимателей, к сторонам лицензионного договора (ст.1373 ГК РФ) относятся:

1. физические лица;
2. некоммерческие организации;
3. муниципальные образования;
4. органы государственной власти;
5. Российская Федерация.

Из п. 5 ст. 1235 ГК РФ следует, что лицензионный договор может быть не только возмездным, но и заключен на безвозмездной основе.

В то время, как договор коммерческой концессии всегда является возмездным. Ст. 1030 ГК РФ устанавливает различные формы выплаты вознаграждения: фиксированные разовые платежи пользователем правообладателю, отчисления от выручки, наценку на стоимость товара, поставляемого оптовыми партиями и других формах, регламентированных в договоре. Отметим, что зарубежная практика довольно давно использует данные виды платежей, а также, сравнительно новый для Российской Федерации, вступительный (паушальный) взнос. Этот вид платы связан с затратами правообладателя по содействию для пользователя в освоении предлагаемой системы функционирования бизнеса¹.

Более того, изначально, функции вступительного (паушального) взноса не были правильно поняты участниками рынка, известны примеры, в том числе и судебной практики, когда указанный взнос рассматривался как

¹ Варданян М.Л. Франчайзинг как форма привлечения иностранных инвестиций в предпринимательской деятельности // Закон. 2006. Сентябрь. С. 102.

препятствующий доступу к рынку¹. Так, анализ судебной практики, приводит к мнению о том, что условие такого платежа, установленное правообладателем для пользователя, является правомерным, так как, обязанность по выплате вознаграждения у пользователя возникает только после того, как договор коммерческой концессии будет зарегистрирован².

Подводя итог, стоит еще раз подчеркнуть полноту правового регулирования договора коммерческой концессии в гражданском законодательстве, в отличие от лицензионного договора.

Кроме этого, не смотря на близость рассматриваемых договоров, которая в первую очередь объясняется предоставлением права по использованию средств индивидуализации и результатов интеллектуальной деятельности, приходим к выводу, что договор коммерческой концессии представляет самостоятельный вид договора, предусматривающий правовое закрепление распоряжением исключительными правами.

Также отметим, что не стоит расценивать договор коммерческой концессии как одну из разновидностей лицензионного договора. Так как при заключении, исполнении договора коммерческой концессии, необходимость обращения к четвертой части ГК РФ, которая регулирует нормы о лицензионном договоре, отсутствует.

При этом, регулирование вопросов, связанных с заключением и исполнением договора коммерческой концессии, в части средств индивидуализации, а также результатов интеллектуальной деятельности, может касаться положений четвертой части ГК РФ (восстановление и продление срока исключительного права, правовая охрана результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации).

¹ Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 7 апреля 2005 года № Ф09-716/05ГК // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

² Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 24 марта 2008 года по делу А60-14399/2007 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

Глава 2. Предмет и содержание договора коммерческой концессии

2.1. Совокупность исключительных прав, коммерческий опыт и деловая репутация, предоставляемые по договору коммерческой концессии

Руководствуясь статьей 1027 ГК РФ, пользователю, по договору коммерческой концессии, передается право на использование комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав, которые включают в себя:

- право на товарный знак,
- знак обслуживания.

Иные права, предусмотренные договором, а также результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, в частности, на коммерческое обозначение, секрет производства.

Как известно, в российском законодательстве отсутствует понятие «франшиза», оно закреплено в международной практике, например, в подпункте (а) п. 3 ст. 1 Регламента № 4087/88 Европейского союза.

Так, в рассматриваемом нормативном правовом акте, «франшиза» - это совокупность прав промышленной (интеллектуальной) собственности, которые относятся к товарным знакам, фирменным наименованиям, вывескам¹ магазинов, дизайну, авторскому праву, ноу-хау, изобретениям или полезным моделям, которые применяются и используются как для обыкновенной перепродажи товаров, так и для оказания услуг конечным потребителям.

При этом, перечень исключительных прав, указанный в ст. 1027 ГК РФ, не является исчерпывающим. Так, полный перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности закреплен в ст. 1225 ГК РФ, составляет 16 пунктов, в том числе и право на товарный знак.

¹ Клочун Т. Проблемы правового регулирования отношений, объектом которых выступают коммерческие обозначения // Хозяйство и право. 2007. № 4. С. 67.

Как видим, определение «франшиза», используемое в зарубежном законодательстве, не содержит условия обязательности предоставления права на товарный знак.

Исходя из ст. 1027 ГК РФ, обязательными условиями договора коммерческой концессии не являются:

- право использования коммерческого обозначения,
- секрета производства.

Следовательно, договор, используемый в комплексе исключительных прав, по которому не предоставляется право использования товарного знака или знака обслуживания, не относится к договору коммерческой концессии, согласно российскому законодательству. Но, исходя из принципов свободы договора (ст. 421 ГК РФ), необходимо заметить, что такой договор имеет место быть.

Частью четвертой ГК РФ регламентируются сроки действия исключительных прав на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности. Вместе с тем, договор коммерческой концессии заключается как с указанием срока, так и без его обозначения, а совокупность исключительных прав, которые предоставляются правообладателем пользователю по договору коммерческой концессии, могут быть заменены.

Дискуссионным является вопрос, связанный с невыполнением условия о замене прекратившегося исключительного права на коммерческое обозначение, товарный знак и знак обслуживания (п. 3 ст. 1037 ГК РФ). Так, законодательно не установлен срок для осуществления замены, соответственно, в этом случае, следует принимать положения о разумном сроке (ст. 314 ГК РФ).

В связи с этим, считаем целесообразным, п.3 ст. 1037 исключить, а действующую редакцию подпункта 1.1 дополнить следующим содержанием:

«В случае, прекращения правовой охраны товарного знака, знака обслуживания или коммерческого обозначения, которое не являлось

единственным из перечисленных средств индивидуализации, право на использование которого предоставлено по договору коммерческой концессии, и размер вознаграждения, выплачиваемый пользователем правообладателю по договору не был уменьшен соразмерно стоимости пользователя прекратившимся правом, если договором между сторонами не предусмотрено иное, то, возможен односторонний отказ пользователя от исполнения договора.

В случае, когда было прекращено принадлежащее правообладателю право на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение, и такое право было включено в комплекс исключительных прав и являлось единственным средством индивидуализации, предоставленным пользователю по договору коммерческой концессии (без осуществления замены прекратившегося права аналогичным правом), то договор коммерческой концессии прекращает свое действие».

Исходя из положения ст. 1027 ГК РФ, обязательным условием договора коммерческой концессии является предоставление уже имеющегося коммерческого опыта. При этом, определение и содержание указанного понятия в российском законодательстве отсутствуют, что порождает определенные трудности между пользователем и правообладателем¹.

Так, С.А. Кузнецов, под опытом, подразумевает «совокупность знаний и практически усвоенных умений и навыков, вынесенных из практической деятельности, жизни и т.п.»². Применительно к договору коммерческой концессии, нельзя не согласиться с тем, что должен содержать и умения, и знания, и навыки, накопленные и применяемые в коммерческом направлении.

По мнению С.С. Габоева, существует два вида коммерческого опыта:

- охраняемый;

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Северо - Кавказского округа от 21 июля 2010 года № А20-1683/2009 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

² Современный толковый словарь русского языка / Гл. Ред. С.А. Кузнецов. СПб. «Норинт». 2001. 960 с.

- неохранный (включая технические данные и другую информацию, относящуюся к неохранный).

В соответствии с этой классификацией, неохранный коммерческий опыт является ничем иным, как результатом правообладателя, который имеет авторитет и популярность среди способов и методов бизнеса, выступающий гарантом качества товара или услуги для пользователя¹. Исходя из вышеизложенного положения, следует, что совокупность рассматриваемых способов и методов, используемых в бизнесе, служат платформой для формирования деловой репутации.

В отличие от секрета производства, коммерческий опыт правообладателя имеет следующие особенности:

1. может включать в себя сведения, для которых исключительное право отсутствует;
2. для имеющихся сведений может быть не введен режим коммерческой тайны;
3. отсутствуют ограничения, связанные с дальнейшим применением коммерческого опыта, сведения которого не относятся к конфиденциальной информации (после прекращения срока действия договора).

Резюмируя, напомним, что договор коммерческой концессии является возмездным, следовательно, коммерческий опыт, передаваемый по данному договору должен иметь под собой определенную ценность с коммерческой точки зрения. Это важно понимать, поскольку в настоящее время, существует огромное количество материалов, отчетов, источников, сведений СМИ, сети Интернет, которые в совокупности, также могут формировать коммерческий опыт. При этом, их ценность зависит от правильности и своевременности использования и точности применения.

Если проводить параллели между секретом производства и коммерческим опытом, важно отметить, что общим является ценность,

¹ Габоев С.С. Перспективы правового регулирования коммерческой концессии: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М. 2008. С. 124.

которую должна иметь информация, предоставленная для применения в определенной сфере коммерческой деятельности, а отличие, выражается в степени защиты передаваемых данных (режим коммерческой тайны рассматривается относительно сведений, которые составляют секрет производства).

Раскрывая вопрос, связанный с деловой репутацией в договоре коммерческой концессии, следует еще раз подчеркнуть, что использование деловой репутации правообладателя (которая по своей правовой природе является нематериальным благом – глава 8 ГК РФ) – одно из условий его осуществления (п. 2 ст. 1027 ГК РФ). Так, деловая репутация учитывается при предоставлении права использования договора коммерческой концессии, но в тоже время, предметом данного договора не является. Понятие «деловая репутация» выражается в общественном мнении о сфере и качестве деятельности юридического лица. Давая научное определение «деловой репутации», следует привести мнение В.В. Ковалева, который считает, что «деловая репутация - включает в себя морально-этические, деловые черты менеджмента фирмы, номенклатуру и стабильность качества выпускаемой продукции, а также ее имидж, тем самым характеризуя качество ведения бизнеса»¹.

Отметим, что защите подлежит только положительная деловая репутация, так как в отрицательной деловой репутации отсутствует ценность².

Одним из косвенных критериев, влияющих на положительную деловую репутацию, является надежность правообладателя, которая может выражаться посредством участия последнего на основе членства в

¹ Ковалев В.В. Финансовая отчетность и ее анализ (балансоведение). М.: Проспект. 2004. С. 146.

² Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года № 6 «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации»// Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

различного рода общественных объединениях правообладателей по договору коммерческой концессии.

Так, С.С. Габоев предполагает, что действующей редакции Гражданского кодекса понятие «деловая репутация» является неотделимым от личности субъекта, тем самым, оно не может выступать объектом договора коммерческой концессии по своей правовой сути, поскольку в данном контексте перед нами выступает конструкция франчайзинга¹.

Учитывая неотделимость деловой репутации от личности субъекта, а также рассматривая ее как отдельную правовую категорию, которая не связана ни с товарным знаком и коммерческим обозначением, приходим к выводу о том, что деловая репутация не должна предоставляться в рамках договора коммерческой концессии. В том числе, упоминание деловой репутации в ст. 1027 ГК РФ некорректно и подлежит исключению (принимая во внимание случай замены понятия «договор коммерческой концессии» понятием «договор франчайзинга»).

Указанное положение основано, прежде всего, на следующих критериях:

1. деловую репутацию нельзя отделить от личности субъекта;
2. деловую репутацию нельзя предоставить в определенном объеме (составляет нематериальную категорию, которая неделима);

Также, данное положение коррелируется со статьей 19 Сингапурского договора, в соответствии с которой, лицензиат полномочен принимать участие в судебном процессе, связанном с нарушением прав на знак (начатое по инициативе владельца товарного знака), а также имеет возможность получить возмещение причиненных убытков, которые были понесены вследствие нарушения переданных прав на товарный знак, которые составляют предмет лицензии.

¹ Габоев С.С. Перспективы правового регулирования коммерческой концессии: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М. 2008. С. 17.

Качество предоставляемых работ и услуг пользователя и правообладателя имеет отражение на их репутации, при этом, большую степень отражения, безусловно, затрагивает репутация правообладателя, поскольку правообладатель имеет договорные отношения со многими пользователями, предоставляет им сведения о стандартах и методике ведения бизнеса, а также осуществляет деятельность по контролю за соблюдением рассматриваемого договора.

К тому же, руководствуясь ст. 1037 ГК РФ, правообладатель имеет право частичного или полного отказа от исполнения договора коммерческой концессии, в случае, если пользователь нарушит условия договора (предусмотрено подпунктом 1.1 п.1 ст. 1037 ГК РФ).

Таким образом, учитывая вышеизложенное, видится разумным, в 54 главе ГК РФ не ссылаться на «деловую репутацию», как таковую, а предусмотреть меры по ее защите и обеспечению, как пример, предоставление право по защите деловой репутации пользователя по договору коммерческой концессии.

2.2. Существенные условия договора коммерческой концессии

Исходя из закрепленного положения ст. 432 ГК РФ, к существенным условиям гражданско-правового договора относятся:

1. предмет данного договора;
2. условия, которые являются необходимыми (существенными) из закона или иного нормативного правового акта;
3. условия, относительно которых должно быть принято соглашение (применяется по заявлению одной из сторон).

Особое внимание приковано к обсуждению предмета договора коммерческой концессии. Как считают Е.В. Соломонова и А.А. Юрицина, предмет договора коммерческой концессии состоит из двух структурных элементов:

1. комплекс исключительных прав, состоящий из товарного знака, коммерческого обозначения, знака обслуживания, секрета производства. При этом, перечень может быть расширен при условии использования указанных объектов гражданских прав в схожей сфере предпринимательства, что и правообладатель, в противном случае, договор будет признан незаключенным.

2. обязательства, подлежащие обязательному исполнению. К ним относятся международные нормы, регламентирующие исполнение возложенных обязательств по содействию организации и функционированию бизнеса со стороны правообладателя, контроль качества предоставляемых товаров, работ и услуг, а также информационную поддержку.

Касаемо иных существенных условий, которые были указаны ранее, 54 глава ГК РФ не раскрывает их. Именно поэтому, имеет место быть точка зрения, что единственным существенным условием договора коммерческой концессии – является предмет¹.

Позиции отсутствия иных существенных условий, кроме предмета, придерживаются М.И. Брагинский и В.В. Витрянский². Иное мнение сложилось у ученых-цивилистов, которые наряду с предметом, также включают и цену договора к существенным условиям³. Кроме этого, в науке существует позиция, которая относит к существенным условиям договора обязанность по передаче документации и иной информации, правообладателем пользователю, последний, в обязанности последнего входит не разглашение конфиденциальной информации, носящей коммерческий характер⁴.

¹ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / под ред. С. А. Степанова. М. : Проспект, 2015. С. 415-416.

² Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Договоры о выполнении работ и оказании услуг / М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Изд. испр. и доп. М.: Статут, 2002. Кн. 3. С. 559.

³ Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2015. С. 734.

⁴ Гражданское право: учебник в 4 т. Т.4 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: М.: Волтерс Клувер, 2016. С. 36.

В.В. Витрянский, рассматривая договор коммерческой концессии приходит к мнению, что предмет договора находится за рамками использования передаваемого комплекса исключительных прав. Как считает автор, более глубокое значение несет цель, ради которой предоставляется франшиза – создание сети для продвижения товаров под собственным брендом, тем самым, расширяя рынок сбыта продукции¹. Приведенная точка зрения, на наш взгляд, является наиболее подходящей, поскольку разграничивает предмет договора и его объект. Главным образом, предмет рассматриваемого договора – это отношения, сложившиеся между сторонами в результате осуществления предпринимательской деятельности.

Г.А. Соколов, толкуя буквально нормы главы 54 ГК РФ, приходит к выводу, что к существенным условиям договора коммерческой концессии следует относить объем и состав комплекса исключительных прав, которые предоставляются пользователю правообладателем; сферу предпринимательской деятельности, а также вознаграждение². Вместе с тем, в состав комплекса исключительных прав входят: право на использование товарного знака, знака обслуживания, а также на иные объекты исключительных прав, потому что данные основания относятся к основным критериям для квалификации договора коммерческой концессии.

Как указывает А.А. Еремин, кроме предмета, существенным условием договора коммерческой концессии является не только предмет, но и вознаграждение (цену договора), которое выплачивается правообладателем пользователю за переданный комплекс исключительных прав³. Вознаграждение может иметь различную форму выражения: разовые и периодические платежи, отчисления от выручки, наценку на оптовую стоимость продукции, а также, исходя из ст. 1030 ГК РФ, и в любых других

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

² Соколов Г.А. Договор коммерческой концессии по гражданскому законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2007. С. 12.

³ Еремин А.А. Франчайзинг и договор коммерческой концессии: теория и практика применения: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015. С. 128.

формах, установленных договором. На практике, чаще всего используется система, которая состоит из двух частей:

1. паушальный платеж (выплачиваемый однократно);
2. роялти (платеж, выплачиваемый периодически)¹.

С одной стороны, ст. 1030 ГК РФ, императивно устанавливает обязательность платы, при этом, существует диспозитивность формы ее осуществления. С другой стороны, в данном случае неприменимо правило об аналогии, которое закреплено в п. 3 ст. 424 ГК РФ, поскольку характер передаваемых прав – уникален. Однако индивидуальность относительно формы и размера вознаграждения может быть утрачена, если правообладатель использует однотипные схожие договоры по отношению к нескольким пользователям. Также, следует обратиться к п. 4 ст. 1027 ГК РФ, согласно которому, к коммерческой концессии применяются правила о лицензионном договоре. Исходя из п. 5 ст. 1235 ГК РФ, в случае, если отсутствует условие о размере вознаграждения, лицензионный договор необходимо считать незаключенным. Таким образом, толкуя логически нормы законодательства, можно заметить, что закрепленное императивно условие о выплате вознаграждения, безусловно, придает ему существенный характер.

А.П. Сергеев и Ю.К. Толстой считают, что условие о сроке действия договора относится к существенным условиям договора коммерческой концессии². Так, на практике, предприниматели заключают договор коммерческой концессии с правообладателями на 1 год, после окончания действия которого – разрывают договорные отношения. Очевидно, что большинство сфер предпринимательской деятельности за период 1 года не выходят даже за точку безубыточности, соответственно, можно сделать вывод, что первоначально не стояла цель долгосрочного сотрудничества с правообладателями. После получения коммерческой тайны, способов и

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 951.

² Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2015. С. 740.

методов ведения бизнеса, пользователь может использовать эти сведения на законном основании в собственной деятельности, что, в свою очередь, затрагивает интересы правообладателя, понижая реальную ценность комплекса исключительных прав¹.

Несмотря на активное обсуждение, возникающее при определении вопроса предмета и объекта договора коммерческой концессии, отметим необходимость его детальной и максимальной конкретизации, указывая полный объем правомочий по использованию комплексом исключительных прав, а также прав, которые являются непосредственно с ними связаны и являются сопутствующими (например, деловая репутация).

Руководствуясь ст. 1028, установлено, что договор коммерческой концессии требует заключения в письменной форме. В ином случае, данный договор является недействительным (ничтожным). В договоре должно быть указаны следующие положения:

1. вид договора
2. место и дата заключения
3. момент вступления в силу договора
4. стороны договора
5. юридический адрес, банковские реквизиты
6. предмет договора, права и обязанности сторон по договору
7. основания привлечения к ответственности сторон по договору
8. условия изменения и расторжения договора
9. другие условия, определяемые по принципу свободы гражданско-правового договора.
10. права, передаваемые по договору коммерческой концессии, на использование комплекса исключительных прав, принадлежащие правообладателю, подлежат государственной регистрации, согласно действующему законодательству, в Федеральной службе по

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

интеллектуальной собственности (Роспатенте). Если данное требование не соблюдается, то предоставление объектов интеллектуальной собственности следует считать несостоявшимся. К объектам интеллектуальной собственности, которые подлежат предоставлению в рамках договора коммерческой концессии, исключительно в силу факта государственной регистрации, относятся: товарные знаки, селекционные достижения, патенты.

Достаточно много сложностей и споров возникает у предпринимателей на практике. Так, особенно интересным, на наш взгляд, является дело, связанное с толкованием заключенного договора, а именно: относится ли заключенный договор к коммерческой концессии или к договору о предоставлении информации и сведений, имеющих коммерческую ценность.

Речь идет о деле А45-13334/2014, которое рассматривалось Арбитражным судом Новосибирской области¹. Согласно материалам дела, истцом (правообладателем) ООО «Айкудеми Интернешнл» («Айкудеми») был передан ответчику (пользователю) ООО «Студия передовых технологий» («Студия») комплекс исключительных прав, включающий в себя:

- результаты интеллектуальной деятельности, исключительные права на которые принадлежат правообладателю;

- право использовать в своей предпринимательской деятельности принадлежащие правообладателю сведения и информацию производственного, технического, экономического, организационного и иного характера, которые могут использоваться им в коммерческой деятельности, в том числе охраняемые режимом коммерческой тайны, конфиденциальные сведения, являющиеся ноу-хау правообладателя;

- а также предоставить в процессе обучения персонала пользователя в соответствии с настоящим договором сведения о способах осуществления

¹ Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 14 декабря 2015 года по делу А45-13334/2014 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

профессиональной деятельности, использовании имиджа (brand name) правообладателя.

Собственно, правообладатель свои обязанности выполнил, но пользователь, через определенный промежуток времени перестал платить установленные платежи, обосновывая это тем, что совокупность прав была передана в рамках договора коммерческой концессии, но так как данный договор не был зарегистрирован в силу закона, в Роспатенте, то он является ничтожной сделкой по п.2 ст. 1028 ГК РФ. Очевидно, что истец занимает прямо противоположную позицию, считая, что данный договор не является коммерческой концессией, поскольку отсутствует передача права на товарный знак.

Заметим, что изначально суды квалифицировали спорный договор как коммерческую концессию и, ссылаясь на отсутствие регистрации в Роспатенте, признали все-таки его ничтожным. Однако, дело дошло до экономколлегии Верховного суда, которая приняла решение¹ отменить решение суда 1-ой инстанции, постановление (определение) суда апелляционной инстанции, постановление (определение) суда кассационной инстанции полностью и отправить дело на новое рассмотрение.

В итоге, в рамках нового рассмотрения дела, Арбитражный суд Новосибирской области пришел к выводу о том, что товарный знак, действительно был передан правообладателем пользователю, но не в рамках заключенного договора, который является сутью спора. Кроме того, заключенный договор между пользователем и правообладателем нельзя отнести к договору коммерческой концессии, поскольку отсутствует обязательное условие - передача в составе комплекса исключительных прав права на товарный знак или знак обслуживания.

Подводя итог, следует отметить, что крайне важно понимать существенные условия договора коммерческой концессии, а также условия,

¹ Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26 августа 2015 года № 304-ЭС15-5828 по делу № А45-13334/2014 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

носящие обязательный характер, в силу ст. 1027 ГК РФ. Поскольку именно при соблюдении данных условий будет определяться правовая природа договора: будет считаться договором коммерческой концессии или нет.

2.3. Специфика ответственности сторон по договору коммерческой концессии

Как известно, содержание договора составляют условия, по которым сторонами было достигнуто соглашение. Кроме этого, существует и определенный перечень прав и обязанностей пользователя и правообладателя, установленный законодательством, закреплённый в 54 главе ГК РФ, который также составляет содержание договора. При этом, имеет место быть как императивные нормы права (например, п. 1 ст. 1031 ГК РФ), так и императивные (например, п. 2 ст. 1031 ГК РФ).

Из статьи 1027 ГК РФ следует, что стороны по договору коммерческой концессии, в первую очередь, коммерческие организации, а во вторую, граждане, которые имеют зарегистрированный статус индивидуального предпринимателя.

При этом, существует довольно широкий перечень организаций, имеющих иную организационно – правовую форму, которые также заинтересованы в использовании в своей деятельности договора коммерческой концессии, но, в соответствии с п. 3 ст. 1027 ГК РФ, ограничены в этом праве.

Так, например, В.В. Кванина, в своей статье¹ приходит к выводу, что высшие учебные заведения также могут выступать в качестве правообладателя коммерческого обозначения, тем самым реализуя свое право на осуществление предпринимательской деятельности для целей, предусмотренных учредительными документами и разрешенными законодательством.

¹ Кванина В.В. Коммерческое обозначение и вуз // Юрист Вуза, № 3. 2012. С. 17.

Аналогичная ситуация касается некоммерческих организаций, а также лиц, которые занимаются социальным предпринимательством¹, а также вузов, которые имеют прямой интерес для оказания образовательных услуг по договору коммерческой концессии, не нарушая установленные стандарты.

В связи с этим, видится необходимым сформулировать более точное понятие сторон по договору коммерческой концессии. В нашем понимании, п.3 ст. 1027 ГК РФ должен звучать так: «по договору коммерческой концессии, сторонами могут быть юридические лица, осуществляющие предпринимательскую и иную, не запрещенную законом, приносящую доход деятельность, а также граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей».

Раскрывая обязанности, возникающие из договора коммерческой концессии, в первую очередь, необходимо отметить п. 1 ст. 1031 ГК РФ, а именно: обязанность правообладателя по передаче пользователю как технической, так и коммерческой документации, а также предоставление необходимой информации для осуществления предоставленных прав. В добавок к этому, на правообладателе лежит обязанность по проведению инструктажа пользователя, а также работников последнего по вопросам осуществления переданных прав.

При этом, законодательно не регламентирован срок, порядок и объем предоставления указанной информации. Ряд исследователей^{2,3} высказывались за принятия отдельного специального закона, без внесения изменения в главу 54 ГК РФ. На наш взгляд, перечень действительно

¹ Бурцева А.А. Социально ориентированные некоммерческие организации – гражданско-правовое регулирование их статуса и деятельности: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М. 2012. С. 27.

² Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М. 2004. С. 151.

³ Багдасарян А.Ф. Гражданско-правовые проблемы заключения договора коммерческой концессии (франчайзинга) в России: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М. 2008. С. 196.

следовало бы определить, дополнив главу 54 ГК РФ положениями, касающимися:

1. информации, которая должна быть предоставлена правообладателем пользователю;
2. срок предоставления такой информации;
3. порядок и механизм ее предоставления.

Определяя перечень информации, видится наиболее целесообразным следующий перечень (который должен быть предоставлен до заключения договора коммерческой концессии):

1. объем исключительных прав;
2. финансовая отчетность (включая сведения о хозяйственной деятельности, в первую очередь, правообладателя, во вторую очередь, остальных пользователей по предлагаемому договору коммерческой концессии), за трехлетний период;
3. сведения о рассматриваемых делах о банкротстве (правообладателя и других пользователей);
4. непосредственно проект договора коммерческой концессии.

Данная мера может послужить реальным решением одной из проблем, связанной с отсутствием закрепленного в законе механизма, направленного на противодействие недобросовестности сторон по договору коммерческой концессии, а также процесс раскрытия данных пользователю на преддоговорном этапе¹.

Вместе с этим, видится необходимость предусмотреть для пользователя отказаться от исполнения договора коммерческой концессии полностью или частично в одностороннем порядке, дополнив ст. 1037 ГК РФ, в случае, если правообладатель, нарушая п.1 ст. 1031 ГК РФ, не предоставил пользователю техническую, коммерческую, иную информацию, которая необходима для фактического применения прав по договору коммерческой

¹ Волкова Ю., Коршунов А. Какие перемены ждут договор франчайзинга: Со вступлением в силу части 4 ГК РФ изменится регулирование отношений коммерческой концессии // Экономика и жизнь. 2007. № 19 (май). С. 9.

концессии (включая невыполнение обязанности по предоставлению инструкций работникам пользователя, связанных с осуществлением переданных прав).

В добавок к этому, несоблюдение конфиденциальности в отношении секрета производства может быть основанием привлечения к имущественной ответственности (путем возмещения убытков, которые были причинены).

Также, важно отметить, что в силу договора коммерческой концессии, исходя из положений ст. 1032 ГК РФ, на пользователя возложена обязанность по информированию покупателей (заказчиков), способом, который является для последних наиболее очевидным, о том, что используются коммерческое обозначение, товарный знак или иное средство индивидуализации.

Кроме этого, подчеркнем, что совокупность ограничений прав сторон, установленных в ст. 1033 ГК РФ не является исчерпывающей. При этом, в ней содержатся условия, которые могут быть признаны ничтожными и недействительными по требованию антимонопольного органа, если таковые нарушают антимонопольное законодательство (например, это касается обязательств пользователя по продаже товаров, выполнению работ или оказанию услуг только определенному кругу покупателей или заказчиков, имеющим место нахождение/жительства на определенной территории, установленной договором). Кроме этого, данная статья активно используется органами антимонопольной службы в рамках судебной практики, поскольку, довольно часто возникают споры по поводу осуществления деятельности сторонами по договору коммерческой концессии, которые приводят к ущемлению прав третьих лиц^{1,2}.

Положения ст. 1034 ГК РФ устанавливают особенности ответственности по договору коммерческой концессии как для пользователя,

¹ Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 24 августа 2009 года № А64-6977/2008 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

² Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 06 сентября 2012 года № А08-6373/2011 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

так и для правообладателя. Самостоятельно, пользователь несет ответственность за качество товаров, работ и услуг, которые им выполняются. Это положение вытекает из того, что сторонами договора являются юридически независимые лица.

Отметим интересную особенность установления солидарной ответственности лицензиата и лицензиара, исходя из положения п.2 ст. 1489 ГК РФ. Так, ответственность будет солидарной, в случае предъявления требований к лицензиату, непосредственно как к изготовителю товара. Видится, что данная мера ответственности является превентивной и служит способом предотвращения деятельности недобросовестных лицензиатов, обеспечивая при этом охрану интересов потребителей¹.

По мнению С.С. Габоева², существует характерного рода справедливость положений законодательства, которая позволяет в определенных случаях привлечь к ответственности как пользователя, так и правообладателя, который, в свою очередь, может нести и солидарную, и субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям. Исследователем было предложено предусмотреть возможность ограничения ответственности правообладателем, если он докажет, что пользователем были совершены действия, связанные с ограничением осуществления контроля за соблюдением качества предоставляемых товаров, оказанных работ и услуг.

В частности, рассмотрим пример, по условиям которого, пользователь занимается продажей товаров, произведенных непосредственно самим правообладателем. С.С. Габоев считает, что продажа товаров пользователем является простой, если они были произведены правообладателем самостоятельно, который является профессионалом в своей среде.

¹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского. Статут. 2008. С. 666.

² Габоев С.С. Перспективы правового регулирования коммерческой концессии: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2008. С. 145-146.

Следовательно, в этом случае, субсидиарную ответственность для правообладателя, закрепленную ст. 1034 ГК РФ, целесообразнее было бы заменить на солидарную ответственность, которая, между прочим, соответствует ст. 14 Федерального закона от 7 февраля 1992 года № 2300-1 «О защите прав потребителей», исходя из которой, причиненный вред, вследствие недостатков товара по выбору потерпевшего, недостатков работы или услуги, должен быть возмещен исполнителем.

Таким образом, учитывая вышеизложенное, полагаем, что целесообразнее было бы установить солидарную ответственность правообладателя к пользователю по предъявляемым требованиям о несоответствии качества товаров, которые реализуются пользователем с использованием средств индивидуализации, а также результатов интеллектуальной деятельности, входящих в комплекс исключительных прав согласно договору коммерческой концессии, сохраняя при этом субсидиарную ответственность правообладателя относительно работ и услуг, выполняемых пользователем.

В этом случае, и пользователь, и правообладатель несут солидарную ответственность по требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя (аналогичная ситуация с лицензионным договором).

Глава 3. Заключение, исполнение и регистрация договора коммерческой концессии: особенности правового регулирования

3.1. Особенности правового регулирования заключения и исполнения договора коммерческой концессии

С учетом изменений, затронувших 54 главу ГК РФ, а также введением в действие части четвертой ГК РФ (вступила в силу с 1 января 2008 года, с учетом изменений, внесенных Федеральным законом от 30.12.2015 № 431-ФЗ, которые вступили в силу с 1 января 2017 года), считаем крайне актуальным рассмотреть особенности правового регулирования, возникающие при заключении и исполнении договора коммерческой концессии, а также более детально остановиться на регистрации договора коммерческой концессии во второй разделе данной главы.

Необходимо отметить, что наиболее интересным для рассмотрения являются правоотношения, которые осложнены иностранным элементом и требуют разрешения возникающих правовых коллизий.

Коллизионное право (collision/conflict law) в узком смысле следует понимать как совокупность коллизионных норм, закрепляющих путем разрешения или предотвращения юридических коллизий между законами различных государств, определяя при этом, право какого государства необходимо применять по отношению к конкретному правоотношению, одновременно являясь частью международного частного права¹.

Для того, чтобы выбрать право, применимое к договору коммерческой концессии, имеющему связь с каким-либо иностранным элементом, необходимо обратиться к положениям 68 главы ГК РФ, которая регламентирует применение права к имущественным и личным неимущественным отношениям.

Исходя из положений, указанных в ст. 1186 ГК РФ право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных

¹ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю., Юридическая энциклопедия. Издание 5-е, доп. и перераб. // Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 2006. 972 с.

граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, ГК РФ, а также других законов (ст. 3 ГК РФ) и обычаев, которые признаются на территории Российской Федерации.

Следует обратить внимание на то, что в случае, когда иностранное лицо выступает правообладателем по договору коммерческой концессии, совершенно очевидно возникают вопросы, которые необходимо рассмотреть на преддоговорной стадии во избежание дальнейших проблем.

Иностранный правообладатель, желающий открыть для себя Российский рынок, в первую очередь, сталкивается с дилеммой формы ведения бизнеса на данной территории. Будь то, открытие дочернего предприятия или предприятия с иностранными инвестициями, как формируется налогооблагаемая база, как распределяются дивиденды и другие вопросы, затрагивающие организацию классических бизнес-процессов на территории иностранного государства.

Для открытия новых рынков, правообладатель правомочен регистрировать новые юридические лица в иностранном государстве (включая их в свою сеть), а также заниматься инвестированием собственных средств в уже созданные проекты.

Важно понимать, что для создания юридических лиц, учредителями которых являются представители иностранных государств, на территории Российской Федерации действуют особый порядок, отраженный в Федеральном законе от 9 июля 1999 года № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» (далее – Федеральный закон № 160-ФЗ)¹.

¹ Федеральный закон от 9 июля 1999 года № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 12.07.1999. № 28. Ст. 3493.

В силу ст. 20 данного закона, для вновь созданных юридических лиц, которые представляют собой ничто иное, как коммерческие организации с иностранными инвестициями, обязательной является государственная регистрация, определяемая Федеральным законом от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»¹.

Следовательно, коммерческая организация, имеющая в своем активе иностранные инвестиции, будет являться созданной после внесения записи в Единый государственный реестр юридических лиц.

Отметим, что для создания общества с ограниченной ответственностью, имеющего в составе одного или нескольких иностранных учредителей, также необходимо руководствоваться Федеральным законом № 160-ФЗ.

Важно понимать, что наличие иностранных инвестиций никаким образом не снимает с организации обязанности по уплате налогов. Затрагивая вопрос выплаты дивидендов, непосредственно получения дохода, стоит привести ст. 7 НК РФ, которая для международных договоров, в которых одной из сторон является Российская Федерация, в случае противоречия нормам, закрепленным российским налоговым законодательством, устанавливает их легитимное применение.

Крайне внимательно необходимо отнестись к содержанию понятия «личный закон юридического лица», поскольку в соответствии с местом учреждения юридического лица, происходит определение его правоспособности (выступая с позиции одной из сторон по договору).

Заметим, что на основании личного закона юридического лица также определяются:

1. статус организации в качестве юридического лица;

¹ Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 13.08.2001. № 33 (часть I). Ст. 3431.

2. порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятие на себя гражданских обязанностей;

3. способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Необходимо подчеркнуть, что при заключении внешнеэкономических сделок, презюмируется факт владения стороной по договору информацией, которая содержится в государственном торговом реестре, по месту где юридическое лицо было зарегистрировано. Информация об иностранных юридических лицах необходимо искать в национальных торговых палатах, в которых также хранятся данные об объектах интеллектуальных прав, которые принадлежат этим лицам.

Из положения, закреплённого в ст. 1027 ГК РФ, мы выяснили, что право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя определяется по праву страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности.

Из нормы, закреплённой в ст. 1201 ГК РФ, мы видим, что физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя определяется по праву страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности.

Нормы трудового законодательства, которые установлены на территории Российской Федерации, а также иные акты, содержащие нормы трудового права имеют свое распространение на на весь спектр трудовых

правоотношений с участием как иностранных граждан, лиц без гражданства, так и организаций, учрежденных иностранными гражданами, лицами без гражданства и международных организаций, а также иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Налаживание деловых отношений с иностранным правообладателем обеспечивает импорт конкурентоспособных технических решений, эффективных способов по осуществлению деятельности предпринимателей в Российской Федерации. Что, несомненно, может послужить основой для создания и развития собственных интеллектуальных продуктов, посредством моделирования технологий, которые ранее были недоступны российскому рынку.

С одной стороны, практическая ценность таких понятий, как: «честное партнерство», «деловая репутация», прямым образом влияют на инвестиционную привлекательность страны для иностранных инвесторов, с другой, нельзя сбрасывать со счетов уровень правосознания общества, посредством которого также определяется качество инвестиционного климата – одна из приоритетных задач государства.

Одной из мер, являющейся гарантом для иностранного инвестора, а также коммерческой организации с иностранными инвестициями следует считать норму права, закрепленную в ст. 9 Федерального закона № 160-ФЗ, которая устанавливает 7-ми летний период «устойчивости» по отношению к законодательству, ухудшающему положение инвестора¹.

В связи с этим, видится логичным продолжить дискуссию, существующую в профессиональных кругах на тему введения для иностранного инвестора режима наибольшего благоприятствования (вместо существующего в настоящий момент национального режима, ст. 4, Федеральный закон № 160-ФЗ).

¹ Бадулина Е. Участие иностранных инвесторов в российских хозяйственных обществах: особенности, правовые аспекты, гарантии, проблемы // Финансовая газета. 2011. № 15. Апрель.

В силу ст. 1210 ГК РФ, у сторон существует возможность выбрать право, подлежащее применению, по соглашению между собой (в отношении прав и обязанностей по договору). Применимое право может быть распространено как на весь договор в целом, так и к отдельным его частям.

Если сторонами не было определено право, то в этом случае, применимое право будет определяться из нормы ст. 1211 ГК РФ.

Важно отметить, что проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации» (далее Проект ФЗ № 47538-6)¹, предложенный Э.П. Гавриловой, был отражен в Федеральном законе от 30.09.2013 № 260-ФЗ «О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации». Тем самым, поставив точку в вопросе определения применимого права как для пользователя, так и для правообладателя.

Договор коммерческой концессии, осложненный иностранным элементом, помимо уже рассмотренных норм коллизионного права, также может содержать нормы положений международных документов, которые традиционно применяются в схожем договоре «франчайзинга» за границей, однако не имеют силу международных договоров для Российской Федерации. К ним можно отнести:

1. Модельный закон о раскрытии информации о франшизе (Рим, УНИДРУА, 2002),
2. Руководство ВОИС по франчайзингу (THE WIPO Guide on Franchising, 1994),
3. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА, 1994) и другие.

¹ Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в 1 чтении 27.04.2012) // Интернет-ресурс. Режим доступа: <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru>

Для примера, рассмотрим Принципы международных коммерческих договоров – Принципы УНИДРУА (далее - Принципы). Так, в соответствии с этими Принципами:

1. их применение возможно по обоюдному соглашению сторон;
2. если стороны договорились, что из договор будет регулироваться следующими положениями: «*lex mercatoria*», а также «общими принципами права», либо аналогичными положениями – Принципы также будут использоваться;
3. будут применяться при невозможности установления соответствующей нормы применимого права;
4. могут быть использованы при толковании унифицированных правовых документов, носящих международный характер;
5. могут применяться для разработки модели национального или международного.

Вместе с этим, не стоит забывать о тщательном анализе и проверке международных норм, прежде чем их применять, во избежание противоречия национальному законодательству.

Так, например, ст. 1.2. Принципов, предусматривает свободу формы договора, в то время как положение ст. 1028 ГК РФ устанавливает обязательную письменную форму заключения договора, а также обязательную государственную регистрацию.

Аналогичным образом обстоит ситуация с договорами коммерческой концессии (когда предоставляется право на товарный знак), в которых присутствует иностранный элемент, имеющий регистрацию по Мадридской системе, логично возникает вопрос о необходимости соблюдения установленной ст. 1028 ГК РФ формы и государственной регистрации.

Отвечая на этот вопрос, необходимо обратить внимание на извещение, которое было направлено Генеральному директору ВОИС, в рамках процедуры, предусмотренной Правилom 20 bis (6) (b) Общей инструкции к Мадридскому соглашению и протоколу, тем самым определив, что

имеющаяся запись о лицензиях в Международном реестре не имеет силы на территории Российской Федерации.

Соответственно, для товарных знаков, зарегистрированных в соответствии с Мадридским соглашением, которые передаются в рамках договора коммерческой концессии, также требуется государственная регистрация в Федеральной службе по интеллектуальной собственности, с учетом условий, изложенных в российском законодательстве¹.

Кроме этого, при заключении договора коммерческой концессии, необходимо иметь в виду положения международных договоров, которые могут иметь отличия с национальным законодательством. В случае, если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора (ст. 7 ГК РФ).

Так, например, это касается Сингапурского договора, который был принят в 2006 году (на основании Договора по товарным знакам - TLT), вступивший в силу для Российской Федерации – 18 декабря 2009 года.

В частности, в ст. 27 Сингапурского договора говорится о том, что Российская Федерация в отношении государствами-участниками Сингапурского договора и Договора по товарным знакам, вправе использовать только положения Сингапурского договора, а положения Договора по товарным знакам могут быть применимы только для стран-участников, подписавших этот договор и не являющихся участниками Сингапурского договора, одновременно.

Данный механизм был разработан, поскольку часть положений Сингапурского договора кардинальным образом отличаются от положений Договора о товарных знаках, а часть положений была взята практически без

¹ См. Информационное сообщение № 23/2002, размещенное на официальном сайте Роспатента в разделе «Мадридская система регистрации товарных знаков» // Интернет-ресурс. Режим доступа: http://www.rupto.ru/activities/inter/coop/wipo/madrid_system/messages/general/article_9?lang=en.

изменений, при этом, оба договора по-прежнему решают главную задачу – регулирования предоставления лицензий на товарные знаки¹.

Таким образом, необходимо подчеркнуть, что в соответствии со ст. 1028 ГК РФ договор коммерческой концессии должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы договора влечет его недействительность.

При этом, в случае предоставления права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии, договор подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При несоблюдении требования о государственной регистрации предоставление права использования считается несостоявшимся.

3.2. Особенности государственной регистрации договора коммерческой концессии

Исходя из положения, закрепленного в ст. 1028 ГК РФ, при отсутствии государственной регистрации, договор коммерческой концессии считается незаключенным. При этом, вопрос о необходимости государственной регистрации договора, в рамках которого осуществляется распоряжение исключительными правами на зарегистрированные результаты интеллектуальной деятельности, а также средства индивидуализации не вызывает серьезных разногласий, очевидно, что использование данного механизма, необходимо рассматривать как превентивную меру в борьбе с недобросовестными контрагентами, которые злоупотребляют правом.

Следует отметить, что в зарубежных странах отсутствует единая точка зрения по вопросу обязательной государственной регистрации данного договора.

¹ Орлова Е. Распоряжение исключительными правами на средства индивидуализации / М. ИНИЦ «ПАТЕНТ». 2011. С. 113-122.

При этом, большинство стран придерживается общей позиции по обязательной регистрации договоров, которые касаются отчуждения исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, однако, что касается лицензионных договоров (к которым относится договор коммерческой концессии – п.4 ст. 1027 ГК РФ), то подход к их регистрации различен.

В настоящий момент, выделяется четыре основных подхода по регистрации лицензионного договора:

1. обязательная регистрация;
2. по желанию сторон;
3. уведомительная регистрация;
4. смешанная форма.

Так, например, в США подлежат регистрации только лицензионные договоры на изобретения, созданные в рамках финансирования из средств федерального правительства.

Обязательная регистрация лицензионных договоров не предусмотрена в Германии, однако, она может быть осуществлена по желанию сторон. Важно заметить, что отсутствие государственной регистрации никак не влияет на действительность самого договора, в рамках которого передается комплекс исключительных прав, соответственно можно сделать вывод о декларативном значении рассматриваемой процедуры.

Регистрация лицензионных договоров обязательна в таких странах, как: Франция, Великобритания, Швейцария. В Японии процесс регистрации лицензионных договоров несколько отличается от общепринятого в европейских странах. В первую очередь, это касается высокой степени контроля за экспортом наукоемких изобретений и технологий, а при импорте, данный механизм направлен на соблюдение добросовестной конкуренции на внутреннем рынке Японии.

Право множества государств делает немаловажный акцент на защите национальных бизнесменов от условий, с помощью которых зарубежные

лицензиаты могут занять доминирующие позиции на рынке лицензиата, тем самым уменьшив доход последнего, а также устанавливает определенные возможности по продаже лицензий отечественных лицензиатов за рубеж с наибольшей выгодой¹.

В СССР, лицензионные договоры закреплялись в ст. 23 Закона СССР от 31 мая 1991 года № 2213-1 «Об изобретениях в СССР»². Лицензия могла носить как исключительный, так и неисключительный характер. Лицензионный договор подлежал обязательной государственной регистрации в Госпатенте СССР (ст. 9 Закона). Отсутствие государственной регистрации – означало недействительность лицензии.

В более раннем источнике, Положении о товарных знаках (утвержденном приказом Государственного комитета СССР по делам изобретений и открытий от 25 июня 1962 года № 144 а), также предусматривается обязательная государственная регистрация (в Комитете по делам изобретений и открытий при Совете Министров СССР), отсутствие данной регистрации – влечет недействительность договора.

При дальнейших изменениях законодательства, подход обязательной государственной регистрации лицензионного договора не изменялся, в настоящий момент, это положение закреплено части четвертой ГК РФ, ст. 1232.

На наш взгляд, договор коммерческой концессии нельзя назвать разновидностью лицензионного договора, поскольку, представляет собой не что иное, как один из существующих способов распоряжения исключительными правами, которые содержат в себе права на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности.

Одними из первых правил, затрагивающих регистрации договоров (1995 г.), была предусмотрена проверка Комитетом по патентным и

¹ Буй Минь Там. Правовое регулирование передачи технологий во Вьетнаме. М., 2004. С. 43-45.

² Закон СССР от 31 мая 1991 года № 2213-1 «Об изобретениях в СССР» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 25. Ст. 703.

товарным знакам документов, которые были представлены для регистрации договоров, на соответствие установленному законодательству того периода времени. В более поздних правилах регистрации договоров (2003 г.), законодателем была предусмотрена менее тщательная проверка предоставленных документов: только наличие предоставленных документов, которые должны соответствовать определенным требованиям, в отличие от соответствия предоставленных документов установленным требованиям законодательства в целом.

В данный момент времени, в соответствии с действующим законодательством, проверка осуществляется непосредственно соответствию условиям регистрации. Данная тенденция, направлена, в первую очередь, на упрощение процедуры, позволяет сократить сроки регистрации, а также повторяет зарубежный опыт, отраженный в международном законодательстве¹.

Частью четвертой ГК РФ (ст. 1232, ст. 1233) в российском законодательстве был закреплен договор залога исключительного права на средство индивидуализации и результат интеллектуальной деятельности, который представляет собой самостоятельный вид договора по распоряжению исключительным правом как на средство индивидуализации, так и на результат интеллектуальной деятельности².

Принимая во внимание международный опыт государственной регистрации лицензионных договоров, следует понять, существует ли возможность предоставления исключительного права на использование комплекса интеллектуальных прав, передаваемого в рамках договора коммерческой концессии.

¹ Клишина И.В. Изменения законодательства, касающиеся условий государственной регистрации договоров в отношении объектов интеллектуальной собственности // Сборник тезисов XVI научно-практической конференции Роспатента 11 октября 2012.

² Клишина И.В. Заключение договора о залоге исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Патенты и лицензии. 2012. № 6. С. 59-70.

Ввиду того, что в российском праве договор коммерческой концессии законодательно был закреплен с момента введения в действие части второй ГК РФ (1996 г.), целесообразнее изначально рассмотреть вопрос государственной регистрации лицензионного договора, а уже затем выделить присущие признаки договора об исключительной лицензии.

В профессиональном сообществе нередко возникает вопрос, касающийся возможности предоставления нескольких исключительных лицензий в отношении одного средства индивидуализации или результата интеллектуальной деятельности, кроме этого, существует мнение, что в российском законодательстве не предусмотрено параллельное предоставление как исключительных, так и неисключительных прав, содержащих в себе правомочия по использованию в отношении одного предмета лицензионного договора.

В связи с этим, необходимо четко прослеживать различие между предметом и объектом договора, поскольку очень часто приходится сталкиваться со сложностью определения объема отчуждаемых (предоставляемых) прав¹.

Норма права, закрепленная в п. 3 ст. 1237 ГК РФ, в которой говорится о возможных различных способах использования лицензионных договоров в отношении определенного средства индивидуализации или результата интеллектуальной деятельности части их использования может применяться по аналогии по отношению к договору коммерческой концессии. Так, в рамках комплекса исключительных прав, предоставляемых по договору коммерческой концессии (в который входят результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации), правообладатель имеет право предусмотреть различные условия использования с разными пользователями.

Отсюда следует, что в отношении одного и того же зарегистрированного комплекса исключительных прав правообладателем

¹ Джермакян В.Ю.. Возможна ли частичная уступка патента? // ООО «Юридическая фирма Городисский и Партнеры». Интернет-ресурс. Режим доступа: <http://www.gorodissky.ru>

могут быть предоставлены отнюдь не равнозначные права по отношению к пользователям.

В том случае, если договор совершен в надлежащей форме, но стороны (или одна из сторон) уклоняется от его регистрации (в силу п. 2 ст. 165 ГК РФ), суд правомочен вынести решение о принудительной регистрации указанного договора, которое служит основанием для государственной регистрации¹.

Сведения, которые предоставляются для регистрации договоров коммерческой концессии и субконцессии, изменения к ним, а также порядок подачи соответствующих заявлений указан в Приказе Минэкономразвития России от 10 июня 2016 № 371².

В соответствии с п. 13 Административного регламента, касающегося государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности при наличии установленных требований Роспатента пакета документов должна осуществляться в срок, не превышающий 45 рабочих дней. При этом, Административным регламентом установлен перечень оснований для отказа:

1. отсутствие заявления;
2. заявление представлено не на русском языке;
3. заявление не поддается прочтению;

¹ Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 26 марта 2009 года № 5 // Вестник ВАС РФ. 2009. № 6. Июнь.

² Приказ Минэкономразвития России от 10.06.2016 № 371 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации распоряжения по договору исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для электронных вычислительных машин, базу данных» (Зарегистрировано в Минюсте России 14.07.2016 № 42849) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 15.07.2016.

4. в заявлении не содержится информация о номере документа, удостоверяющего исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности;

5. заявление, представленное в электронной форме, содержит нарушения правил использования электронной подписи.

Кроме этого, в случае если заявителем был получен отказ в регистрации договора по приведённым выше причинам, согласно рассматриваемому Административному регламенту, заявителю следует подавать новое заявление, прикладывая необходимый перечень документов, срок рассмотрения которого также ограничен 45-ю рабочими днями, отрицательно сказываясь на быстроте и оперативности введения в гражданский оборот исключительных прав на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности.

Во время подачи заявления о государственной регистрации договора коммерческой концессии (лицензионного договора) крайне важно определить, имеет ли место быть переход исключительного права на средство индивидуализации или результат интеллектуальной деятельности без договора, например, в результате правопреемства, чтобы одновременно подать необходимые документы и не ждать 45 рабочих дней от государственного органа их запроса (к таким документам можно отнести: свидетельство о праве на наследство или разделительный баланс).

В случае, если государственная регистрация отсутствует, переход исключительного права, в соответствии с п. 6 ст. 1232 ГК РФ, следует считать несостоявшимся. Важно понимать, что момент перехода права не устанавливается фактом государственной регистрации. Особенно ярко это можно проследить на процессе перехода права в соответствии с передаточным актом. Предположим, что передача права осуществляется на вновь созданное юридическое лицо, соответственно заявление о регистрации

данного перехода может быть подано только после подтвержденной внесенной записи в Едином государственном реестре юридических лиц¹.

Обязанность правообладателя об уведомлении Федеральной службы по интеллектуальной собственности (Роспатент) изменений, которые относятся к государственной регистрации товарных знаков, а также знаков обслуживания установлена в ст. 1505 ГК РФ. При этом, данного рода обязанность не предусмотрена для объектов патентного права, в то время как обязанность по первоначальной государственной регистрации перехода исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации имеется (п. 6 ст. 1232 ГК РФ).

Тем не менее, сведения об изменении записей в государственных реестрах, которые касаются объектов патентного права публикуются в официальном бюллетени Роспатента. Соответственно, можно сделать вывод, что в отличие договора коммерческой концессии, где изменения подлежат государственной регистрации в силу закона, изменения сведений, касающихся объектов патентного права относительно государственной регистрации, носят императивный характер и зависят исключительно от желания патентообладателя.

Заметим, что в ГК РФ не закреплены меры правового воздействия в случае, если требования о государственной регистрации изменений договора коммерческой концессии не соблюдаются. Данное расхождение может повлечь за собой определенную правовую неясность, поэтому некоторыми специалистами предлагается установления санкции, аналогичные требованию о государственной регистрации договора коммерческой концессии – признания договора ничтожным (п. 1 ст. 1028 ГК РФ).

При этом, по-прежнему остается незатронутым вопрос о том, изменения какого характера подлежат обязательной государственной регистрации - в 54 главе ГК РФ об этом ничего не сказано.

¹ Добрынин О.В. Особенности государственной регистрации перехода исключительного права без договора // Патенты и лицензии. 2008. № 12. С 24-31.

В п. 1 ст. 1036 ГК РФ закреплено, что изменения в договор коммерческой концессии могут быть внесены в соответствии с главой 29 ГК РФ, которая регламентирует условия изменения и расторжения договора, однако не содержит специальной нормы, которая могла бы быть применима к договору коммерческой концессии. Следовательно, нам ничего не остается сделать, как обратиться к ст. 432 ГК РФ (Основные положения о заключении договора) и производить государственную регистрацию изменений в договоре коммерческой концессии при внесении изменений в существенные условия договора коммерческой концессии (предмет договора, объем передаваемых прав, условие о размере вознаграждения и форма, в которой оно выплачивается), а также в иные условия, которые стороны самостоятельно определили, как существенные.

Наряду с государственной регистрацией договора коммерческой концессии, это правило аналогичным образом применимо и к договору коммерческой субконцессии, а также его изменениям.

Однако, на практике имеют место быть ситуации, для которых отсутствует специальное регулирование, в частности по поводу услуг государственной регистрации договоров о распоряжении исключительным правом, предоставляемых Роспатентом.

В качестве примера, рассмотрим изменение договора, которое направлено на продление срока его действия.

Так, в настоящий момент, существует заблаговременный порядок подачи заявления для продления лицензионного договора. В пользу лица, который подает заявление (заявитель) должна решаться ситуация, при которой соответствующий пакет документов бы направлен вовремя (согласно дате проставления почтового штемпеля), однако, в силу технических обстоятельств, был доставлен в Роспатент позднее срока действия договора (в соответствии с п. 2 чт. 194 ГК РФ).

Несколько иное решение имеют вопросы, связанные с возможным отзывом в одностороннем порядке договора о распоряжении

исключительным правом, а также договора коммерческой концессии с этапа прохождения государственной регистрации.

Так, в силу п. 3 ст. 165 ГК РФ, если имеет место быть уклонение одной из сторон договора от регистрации сделки, совершенной в надлежащей форме и требующей государственной регистрации, суд имеет право вынести решение о регистрации такой сделки (при наличии требования второй стороны).

Кроме этого, суд имеет право понудить заключить договор для стороны, которая уклоняется от заключения договора (при этом, для которой заключение договора является обязательным в силу закона), в том случае, если вторая сторона обращается в суд с соответствующим требованием (п. 1 ст. 421 ГК РФ).

Вышесказанное, говорит нам о том, что в случае наличия спора, решение о регистрации договора будет принимать не Роспатент, а суд. Данная позиция отражена в судебной практике¹, а также раскрывается в Рекомендациях, касающихся регистрации договоров о распоряжении исключительным правом².

При этом, не совсем корректным является подход, при котором, одна из сторон направляет заявление об отзыве в Роспатент, не уведомляя об этом другую сторону. Кроме этого, у заявителя существует возможность получить все экземпляры договора коммерческой концессии, что автоматически лишает вторую сторону доказательств в суде при добросовестном исполнении ранее согласованных обязательств по договору (пример: оплата периодических платежей за предоставление права использования средства индивидуализации или результата интеллектуальной деятельности).

¹ Сычев А.Е. Практика рассмотрения судом споров, связанных с оспариванием договоров в отношении объектов промышленной собственности // Сборник тезисов XVI научно-практической конференции Роспатента 11 октября 2012. Москва. 2012.

² Рекомендации по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, утвержденные приказом Роспатента от 29 декабря 2009. № 186 // Интернет-ресурс. Режим доступа: http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/otchety/otchet_2009_g1.

Ввиду того, что одним из основных условий договора коммерческой концессии является предоставление права на использование товарного знака (знака обслуживания), а также принимая во внимание практическую необходимость снижения бюрократических барьеров при обращении уже зарегистрированных средств индивидуализации и результатов интеллектуальной деятельности в гражданском обороте, имеет место быть введение уведомительного характера государственной регистрации предоставления права для знака обслуживания, товарного знака по договору коммерческой концессии.

Поскольку пользователю, по договору коммерческой концессии, передаются права на средства индивидуализации и результаты интеллектуальной деятельности, то уведомительный порядок регистрации предоставления права использования, логично предоставить на уже зарегистрированные результаты интеллектуальной деятельности (в частности, регламентированном лицензионным договором).

В связи с этим, возникает предложение по внесению для договора коммерческой концессии положения о начале действия с момента его заключения, если сторонами не предусмотрено иное.

Следовательно, указанный выше порядок распространяется и на последующие изменения условий договора (как для лицензионного договора, так и для договора коммерческой концессии) в соответствии со ст. 452 ГК РФ. С момента заключения сторонами соглашения о внесении изменений в условия договора, данные изменения вступают в действие, если сторонами не предусмотрено иное.

Таким образом, для реализации вышесказанных положений, потребуется приведение в соответствие положений главы 54 и части четвертой ГК РФ. При этом, видится очевидным сохранение обязательной государственной регистрации залога, отчуждения и перехода исключительного права на средства индивидуализации и результат интеллектуальной деятельности без договора к другим лицам, а также

оставление без изменений положения о том, что именно в момент государственной регистрации отчуждения исключительного права на средство индивидуализации и результат интеллектуальной деятельности – непосредственно происходит переход этого права.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Как мы выяснили, вопросы, связанные с распоряжением правами на средства индивидуализации, а также результаты интеллектуальной деятельности достаточно широко отражены в гражданском законодательстве. Однако, существует определенное количество правовых пробелов, которые необходимо устранить.

При этом, важно понимать, что процесс развития предпринимательства, в основе которого лежит договор коммерческой концессии (включая случаи, когда и правообладателем выступает не иностранная компания, а российское юридическое лицо), очень тесно связан с правоприменительной практикой.

Также необходимо отметить, что не стоит останавливаться на регулировании и развитии национального рынка франчайзинга, не обращая внимания на возможности, которые предоставляются Российской Федерации за ее пределами. Поскольку большинство документов, разработанных международными организациями носят скорее рекомендательный, нежели обязательный характер, однако созданы целой отраслью франчайзинга для установления понятных правил игры, как для пользователя – при выборе франшизы с открытыми финансовыми показателями, так и для правообладателя – при отборе достойного и надежного франчайзи.

В результате исследования сделаны следующие теоретические выводы и практические рекомендации:

1. Для унификации законодательства и в связи с получением широкой распространенности понятия «франчайзинг», представляется целесообразным в главе 54 и части четвертой ГК РФ произвести замену трудного для понимания понятия «договор коммерческой концессии» на термин «франчайзинг».

2. Предлагается из п. 2 ст. 1027 ГК РФ исключить термин «деловая репутация», которая предоставляется к использованию в определенном объеме, при этом предусмотреть для пользователя права по защите деловой

репутации правообладателя, что позволит должным образом устранить проблему защиты деловой репутации юридического лица – правообладателя, поскольку последний, в конструкции договора коммерческой концессии может о соответствующем нарушении никогда не узнать.

3. Обоснована необходимость дополнения главы 54 ГК РФ статьей, которая бы содержала информацию о минимальных требованиях к объему коммерческого опыта правообладателя – для того, чтобы пользователь мог разумно и сбалансировано выбирать партнера, опираясь на реальные количественные показатели, во избежание проблемы завышенных ожиданий со стороны пользователя, а также ограничив правообладателей, не имеющих достаточных компетенций для осуществления деятельности на рассматриваемом рынке.

4. В случае, если правообладатель не предоставил полностью или в части информацию, которая должна была быть передана пользователю (техническая, коммерческая, иная – необходимая для ведения бизнеса, с учетом его специфики), следует предусмотреть в ст. 1037 ГК РФ возможность одностороннего отказа от исполнения договора полностью или в его части для пользователя, с учетом выплаты суммы неполученной прибыли со стороны правообладателя, что позволит устранить недобросовестность правообладателя в части предоставления информации, которую он обязан был представить.

5. Представляется целесообразным смягчить норму, закрепленную в п. 3 ст. 1037 ГК РФ, в качестве санкции указав выплату правообладателем установленного вознаграждения пользователю, соразмерно стоимости прекратившегося права, тем самым сохранив договор коммерческой концессии в части переданных прав, продолжающих свое действие.

6. В главу 54 ГК РФ и часть четвертую ГК РФ ввести положения, закрепляющие для договора франчайзинга и лицензионного договора (по распоряжению правами, охраняемыми на территории Российской Федерации) период вступления – момент их заключения (если по

соглашению сторон не установлен иной срок), а также предусмотреть обязанность для правообладателя обязанность по информированию федерального органа исполнительной власти о любых изменениях, касающихся результата интеллектуальной деятельности. Что позволит устранить проблему правовой неопределенности момента вступления в силу соответствующих договоров.

Учитывая вышесказанное, считаем договор коммерческой концессии (франчайзинг) достаточно актуальным и понятным инструментом для ведения бизнеса. В случае принятия указанных изменений в действующее законодательство, инструмент франчайзинга можно будет рассматривать как наиболее привлекательное средство для осуществления хозяйственной деятельности с ограниченным уровнем риска.

СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

Нормативные правовые акты:

1. Конституция Российской Федерации (принята всенародным голосованием 12.12.1993) (с учетом поправок, внесенных Законами РФ о поправках к Конституции РФ от 30.12.2008 № 6-ФКЗ, от 30.12.2008 № 7-ФКЗ, от 05.02.2014 № 2-ФКЗ, от 21.07.2014 № 11-ФКЗ) // СЗ РФ. 04.08.2014. № 31. Ст. 4398.
2. Бернская Конвенция по охране литературных и художественных произведений от 09.09.1886 (ред. от 28.09.1979) // Бюллетень международных договоров. 2003. № 9.
3. Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС), принятое 15.04.94 г. // Авторское право и смежные права. Закон, конвенции, договоры и соглашения / Сост. С.А. Судариков. Минск, 1998. 160 с.
4. Федеральный закон от 18 июля 2011 года № 216-ФЗ «О внесении изменений в часть вторую Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2011. № 30 (часть 1). Ст. 4564.
5. Федеральный закон от 18 декабря 2006 года № 231-ФЗ «О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации» // СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5497.
6. Федеральный закон от 21 июня 2005 года № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» // СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.
7. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 2001. № 33 (часть I). Ст. 3431.
8. Федеральный закон от 9 июля 1999 года № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.
9. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ // СЗ РФ. 29.01.1996. № 5. Ст. 410.

10. Приказ Минэкономразвития России от 10.06.2016 № 371 «Об утверждении Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации распоряжения по договору исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для электронных вычислительных машин, базу данных» (Зарегистрировано в Минюсте России 14.07.2016 № 42849) // Официальный интернет-портал правовой информации <http://www.pravo.gov.ru>, 15.07.2016.

11. Приказ Министерства промышленности и торговли РФ от 31 марта 2011 г. № 422 «Об утверждении стратегии развития торговли в РФ на 2011-2015 годы и период до 2020 г.» // Опубликован не был. Электронный ресурс. Режим доступа: // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

12. Проект Федерального закона № 47538-6 «О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Федерации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» (ред., принятая ГД ФС РФ в 1 чтении 27.04.2012) // Интернет-ресурс. Режим доступа: <http://www.komitet2-10.km.duma.gov.ru>

13. Закон СССР от 31 мая 1991 года № 2213-1 «Об изобретениях в СССР» // Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 25. Ст. 703.

Книги и журнальные публикации отечественных и зарубежных авторов

14. Абрамова Е.Н., Аверченко Н.Н., Арсланов К.М. Гражданское право: учеб. в 3 т. Т.2 / Под ред. А.П. Сергеева. М.: РГ-Пресс, 2013.

15. Бадулина Е. Участие иностранных инвесторов в российских хозяйственных обществах: особенности, правовые аспекты, гарантии, проблемы // Финансовая газета. 2011. № 15. Апрель.

16. Багдасарян А.Ф. Гражданско-правовые проблемы заключения

договора коммерческой концессии (франчайзинга) в России: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2008.

17. Белов Л.П. Международное предпринимательское право: Практическое пособие. М., 2001.

18. Бобков С.А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2004.

19. Борисова А.Б. Дистрибьюторский договор // Журнал российского права. 2005. № 3.

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

21. Буй Минь Там. Правовое регулирование передачи технологий во Вьетнаме. М., 2004. 166 с.

22. Бурцева А.А. Социально ориентированные некоммерческие организации – гражданско-правовое регулирование их статуса и деятельности: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2012.

23. Варданын М.Л. Франчайзинг как форма привлечения иностранных инвестиций в предпринимательской деятельности // Закон. 2006. Сентябрь.

24. Васильев Е.А., Зайцева В.В. Костин А.А., и др. Гражданское торговое право капиталистических государств. М., 1992.

25. Волкова Ю., Коршунов А. Какие перемены ждут договор франчайзинга: Со вступлением в силу части 4 ГК РФ изменится регулирование отношений коммерческой концессии // Экономика и жизнь. 2007. № 19 (май).

26. Волынкина М. Содержание исключительного права: теоретический аспект // Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права. 2012. № 1.
27. Габоев С.С. Перспективы правового регулирования коммерческой концессии: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2008.
28. Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право: курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садилов. М., 1997.
29. Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 2 / Под ред. С.А. Степанова. М.: Проспект, 2015. С. 415-416.
30. Гражданское право: учебник в 3 т. Т. 2 / Под ред. А. П. Сергеева. М.: Велби, 2015. С. 734. Гражданское право: учебник в 4 т. Т.4 / Под ред. Е.А. Суханова. М.: М.: Волтерс Клувер, 2016. С. 36.
31. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Под ред. Е.А. Васильева. М., 1993.
32. Джермакян В.Ю.. Возможна ли частичная уступка патента? // ООО «Юридическая фирма Городисский и Партнеры». Интернет-ресурс. Режим доступа: <http://www.gorodissky.ru>
33. Добрынин О.В. Особенности государственной регистрации перехода исключительного права без договора // Патенты и лицензии. 2008. № 12.
34. Евдокимова В.Н. Правовое регулирование передачи технологии в отношении объектов исключительной собственности: диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. М., 2000.
35. Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе РФ // Хозяйство и право. 1997. № 12.
36. Еремин А.А. Франчайзинг и договор коммерческой концессии: теория и практика применения: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2015.
37. Ивкович Б., Павич М., Лукович Е., Хаджини Г. Концессия по ВОТ модели. Белград, 1999.

38. Информация о межрегиональном семинаре «Франчайзинг в малом бизнесе» // Российское предпринимательство. М., 2002. № 10.
39. Информационное сообщение № 23/2002, размещенное на официальном сайте Роспатента в разделе «Мадридская система регистрации товарных знаков» // Интернет-ресурс. Режим доступа: http://www.rupto.ru/activities/inter/coop/wipo/madrid_system/messages/general/article_9?lang=en.
40. Кванина В.В. Коммерческое обозначение и вуз // Юрист Вуза. 2012. № 3.
41. Клишина И.В. Изменения законодательства, касающиеся условий государственной регистрации договоров в отношении объектов интеллектуальной собственности // Сборник тезисов XVI научно-практической конференции Роспатента 11 октября 2012. Москва. 2012.
42. Клишина И.В. Заключение договора о залоге исключительного права на объекты интеллектуальной собственности // Патенты и лицензии. 2012. № 6.
43. Ковалев В.В. Финансовая отчетность и ее анализ (балансоведение). М.: Проспект, 2004. С
44. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского. Статут. 2008.
45. Клочун Т. Проблемы правового регулирования отношений, объектом которых выступают коммерческие обозначения // Хозяйство и право. 2007. № 4.
46. Материалы международной конференции «Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле в сфере услуг». М., 2002. № 11.
47. Орлова Е. Распоряжение исключительными правами на средства индивидуализации. М.: ИНИЦ «ПАТЕНТ», 2011.
48. Панюкова В.В. Секрет франчайзингового договора // Торговое право. 2012. № 7.

49. Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2000.
50. Пыльцев Ю.А. Договор коммерческой концессии: что нового? // Патенты и лицензии. 2008. № 1.
51. Рекомендации по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, утвержденные приказом Роспатента от 29 декабря 2009. № 186. // Интернет-ресурс. Режим доступа: http://www1.fips.ru/wps/wcm/connect/content_ru/ru/otchety/otchet_2009_g1.
52. Руководство по заключению внешнеторговых контрактов. М., 1992.
53. Современный толковый словарь русского языка / Гл. ред. С.А. Кузнецов. СПб: «Норинт», 2001.
54. Соколов Г.А. Договор коммерческой концессии по гражданскому законодательству Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. М., 2007.
55. Сосна С.А. Новое в гражданском праве: франчайзинг // Государство и право. 1997. № 7.
56. Сычев. А.Е. Практика рассмотрения судом споров, связанных с оспариванием договоров в отношении объектов промышленной собственности // Сборник тезисов XVI научно-практической конференции Роспатента 11 октября 2012.
57. Табастаева Ю. Франчайзинг в России: правовое регулирование и актуальная судебная практика // Хозяйство и право. 2007. № 7.
58. Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю., Юридическая энциклопедия. Издание 5-е, доп. и перераб. / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М.: 2006.
59. Трахтенгерц Л.А. Договор коммерческой концессии (Новая концепция) // Хозяйство и право. 2007. № 4.
60. Тынель Л., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. М., 2000.

61. Шарифов В.С. Франчайзинг в механизме развития российского нефтяного рынка. М., 1998.

62. Юридический энциклопедический словарь / Гл. Ред. О.Е. Кутафин. М.: Большая российская энциклопедия. Москва: Большая Российская Энциклопедия, 2002.

63. Ющенко П.А. Правовое регулирование коммерческой концессии и франчайзинга в России и за рубежом: автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Казань. 2009.

64. Franchising in Europe. N.Y., 1992 P.145.

Материалы судебной практики

65. Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 25 апреля 1995 года № 6 «О внесении изменений и дополнений в некоторые постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации»// Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

66. Постановление Пленума Высшего Арбитражного суда Российской Федерации от 26 марта 2009 года № 5 // Вестник ВАС РФ. № 6. Июнь. 2009.

67. Определение Верховного Суда Российской Федерации от 26 августа 2015 года № 304-ЭС15-5828 по делу № А45-13334/2014 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

68. Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 7 апреля 2005 года № Ф09-716/05ГК // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

69. Постановление Федерального Арбитражного суда Уральского округа от 24 марта 2008 года по делу А60-14399/2007 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

70. Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 24 августа 2009 года № А64-6977/2008 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

71. Постановление Федерального арбитражного суда Северо - Кавказского округа от 21 июля 2010 года № А20-1683/2009 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

72. Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 06 сентября 2012 года № А08-6373/2011 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».

73. Решение Арбитражного суда Новосибирской области от 14 декабря 2015 года по делу А45-13334/2014 // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс».