

ФЕДЕРАЛЬНОЕ ГОСУДАРСТВЕННОЕ АВТОНОМНОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
**«БЕЛГОРОДСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ НАЦИОНАЛЬНЫЙ
ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ»**
(Н И У « Б е л Г У »)

ЮРИДИЧЕСКИЙ ИНСТИТУТ

Кафедра трудового и предпринимательского права

**ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ КООРДИНАЦИИ
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ**

Выпускная квалификационная работа
обучающейся по направлению подготовки 40.04.01 Юриспруденция
заочной формы обучения, группы 01001462
Филимоновой Ирины Юрьевны

Научный руководитель
доцент кафедры трудового и
предпринимательского права,
канд. юрид. наук
Митякина Н.М.

Рецензент
доцент кафедры гражданского права
и процесса,
канд. юрид. наук
Цуканова Е.Ю.

БЕЛГОРОД 2016

ОГЛАВЛЕНИЕ

Введение.....	3
Глава 1. Правовая характеристика координации предпринимательской деятельности.....	9
1.1. Понятие координации предпринимательской деятельности.....	9
1.2. Правовые модели координации предпринимательской деятельности.....	15
Глава 2. Отдельные формы координации предпринимательской деятельности	28
2.1. Координации предпринимательской деятельности в форме холдинга.....	28
2.2. Дистрибьюторский договор в системе координации предпринимательской деятельности	36
2.3. Договорная координация предпринимательской деятельности посредством коммерческой концессии (франчайзинга).....	48
Заключение.....	68
Список использованной литературы.....	71

ВВЕДЕНИЕ

Современная эпоха характеризуется ускорением развития коммерческих отношений. Вследствие происшедших в Российской Федерации глобально-исторических изменений значительно возросло количество участников предпринимательской деятельности, что требует от них овладения необходимой юридической и коммерческой техникой, среди приемов которой можно назвать координацию предпринимателями своей деятельности с целью освоения рынка, развития производства, наконец, повышения прибыли.

При этом мы привыкли рассматривать координацию предпринимательской деятельности исключительно в негативном аспекте как запрещенную антимонопольным законом, и большинство правовых исследований посвящено именно данному подходу. Однако координация предпринимательской деятельности составляет сущностное содержание всякой хозяйственной деятельности. Более того, эффективность процессов координации экономической деятельности в большинстве случаев способствует повышению, а не снижению конкурентоспособности хозяйствующих субъектов. Все это говорит о том, что рассмотрение вопросов законной и добросовестной координации предпринимательской деятельности актуально и своевременно.

В качестве **объекта** исследования выступают общественные отношения между предпринимателями, складывающиеся в процессе координации их деятельности с целью достижения максимального коммерческого результата.

Предметом исследования являются российские правовые нормы, регулирующие различные формы законной координации предпринимательской деятельности, материалы международных организаций, функционирующих в данной сфере.

Цель диссертационного исследования состоит в системном межотраслевом анализе координации предпринимательской деятельности как

актуального хозяйственно-правового явления. На основе выделенной цели в работе сформулированы следующие **задачи**:

1. рассмотреть сущность координации предпринимательской деятельности с правовых позиций,
2. сформулировать юридическое понятие координации предпринимательской деятельности,
3. выделить правовые модели координации предпринимательской деятельности,
4. проанализировать отдельные формы координации предпринимательской деятельности.

Теоретическую основу исследования составили труды российских и зарубежных авторов, посвященные как координации предпринимательской деятельности в целом, так и отдельным ее формам. В частности, в работе проводится анализ точек зрения К.М. Беликовой, М.И. Брагинского, Н.Г. Вилковой, В.В. Витрянского, А.Р. Горбунова, М.А. Егоровой, Т.В. Кашириной, Е.О. Кутина, К.Я. Портного, А.С. Райникова и других.

Нормативно-правовую базу исследования составили Конституция Российской Федерации, российское законодательство (например, Гражданский кодекс, Федеральный закон «О защите конкуренции», Федеральный закон «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации», Федеральный закон «Об акционерных обществах» и т.д.). В работе также используются рекомендательные акты международных организаций, в частности, Международной торговой палаты.

Эмпирическая основа работы представлена правоприменительной практикой (решениями и постановлениями судов различных уровней).

Методологическая основа исследования магистерской диссертации основана на общенаучных и частных методах познания: диалектическом методе, методе анализа и синтеза, историко-правовом, сравнительного правоведения, формально-юридическом, логическом, системном методах.

Научная новизна исследования заключается в межотраслевом подходе к анализу закрепленных в законе форм координации предпринимательской деятельности, в отличие от традиционных тем научных работ, рассматривающих незаконную координацию, представляющую собой нарушение антимонопольных требований.

Теоретическая и практическая значимость диссертации содержит возможность использовать предложения, сформулированные в работе, в правотворческой деятельности по совершенствованию законодательства в соответствующей области; применять авторские выводы для углубления дальнейших исследований обозначенной проблематики; использовать результаты данного исследования в учебном процессе в целях подготовки юридических кадров высшей школы; наконец, работа потенциально может быть интересна правоприменителям (прежде всего, судам).

Положения, выносимые на защиту:

1. Законодательная дефиниция координации экономической деятельности, приведенная в Законе «О защите конкуренции» отражает лишь негативный аспект данного явления, то есть незаконную координацию, что является оправданным для целей антимонопольного законодательства, но не для целей всего предпринимательского права. Однако, координация в предпринимательстве оказывает как негативное, так и позитивное влияние на действия хозяйствующих субъектов и в целом на конкуренцию и состояние экономики. Негативное воздействие является результатом антиконкурентных соглашений и иных антиконкурентных действий субъектов. Позитивное имеет место, если координационные действия законны. В связи с этим следует вывод, что координацию экономической (в том числе предпринимательской) деятельности необходимо понимать широко как процесс целенаправленного воздействия на деятельность координируемых хозяйствующих субъектов, при этом она не является правонарушением в смысле законодательства о защите конкуренции.

2. Основаниями частноправовой координации предпринимательской деятельности вне зависимости от содержания координационного правоотношения (корпоративное или обязательственное (договорное)) являются различные формы согласованных волеизъявлений свободных равных частноправовых субъектов, содержащие в себе властные полномочия, предоставляющие возможность координатору осуществлять управляющее воздействие на координируемых хозяйствующих субъектов. Поэтому правовой основой всех правовых форм координации предпринимательской деятельности является гражданско-правовой договор. В этой связи необходима точная правовая регламентация и законодательная легитимация ограничений принципа свободы договора в отношении сделок, правовые последствия которых могут нанести ущерб конкуренции.

3. Основываясь на положениях Гражданского кодекса, с учетом научных позиций, под холдингом в современном правовом поле следует понимать не являющуюся юридическим лицом совокупность юридических лиц, образованную в предпринимательских целях, где одно хозяйственное общество (товарищество), в силу преобладающего участия в уставном капитале, либо в соответствии с заключенным договором, либо иным образом имеет возможность управлять другим хозяйственным обществом (либо другими хозяйственными обществами) через определение принимаемых им (ими) решений

4. Дистрибьюторский договор относится к модели, так называемой, косвенной (опосредованной) координации, о чем свидетельствует в частности, обязанность дистрибьютора следовать указаниям поставщика, направленным на обеспечение надлежащего сбыта товаров либо на поддержание общественного мнения о нем или его узнаваемости.

При этом несмотря на весьма широкое распространение, в практике взаимодействия между иностранными производителями товара и его

импортерами дистрибьюторский договор не получил в России законодательной регламентации, что необходимо устранить.

5. Коммерческая концессия (франчайзинг) является формой косвенной координации. Это вытекает из обязанности пользователя исполнять инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том числе указаний, касающихся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав. О наличии координации свидетельствует и обязанность правообладателя по контролю за качеством товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора.

6. Франчайзинг следует рассматривать как договорный институт, имеющий элементы лицензионного соглашения и соглашения об исключительном сбыте. Этот смешанный по своей юридической природе договор позволяет сформировать систему предпринимательства в сфере производства и реализации товаров, работ и услуг и скоординировать усилия участников производства и реализации той либо иной продукции.

7. В договоре коммерческой концессии, предусмотренном в российском законодательстве, можно выделить характерные черты, отграничивающие его от других сходных правоотношений.

Во-первых, предметом договора коммерческой концессии являются исключительные права имущественного характера (комплекс исключительных прав).

Во-вторых, имущественно-правовые последствия исполнения договора заключаются в том, что пользователь, осуществляя самостоятельную предпринимательскую деятельность с использованием комплекса предоставленных правообладателем исключительных прав и совершая

определенные сделки с потребителями, самостоятельно приобретает права и несет обязанности по этим сделкам.

В-третьих, по договору коммерческой концессии стороной, обязанной выплачивать вознаграждение, является пользователь (должник).

В-четвертых, сторонами данного договора могут быть только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность.

Структура магистерской диссертации обусловлена целью и задачами, которые ставились при ее написании, и представляет собой: введение, две главы, состоящие из пяти параграфов, заключение и список использованной литературы.

Глава 1. Правовая характеристика координации предпринимательской деятельности

1.1. Понятие координации предпринимательской деятельности

В соответствии с п. 14. ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции»¹ координация экономической деятельности представляет собой согласование действий хозяйствующих субъектов третьим лицом, не входящим в одну группу лиц ни с одним из таких хозяйствующих субъектов и не осуществляющим деятельности на товарном рынке, на котором осуществляется согласование действий хозяйствующих субъектов.

Данная дефиниция практически дублируется п. 10 ст. 2 Протокола об общих принципах и правилах конкуренции (приложение N 19 к Договору о Евразийском экономическом союзе, ратифицированному Федеральным законом от 03.10.2014²).

Основным недостатком данной легитимной дефиниции является ее исключительная направленность на обеспечение потребностей антимонопольного регулирования. Практически определение координации экономической деятельности, содержащееся в Законе, содержит единственный критерий, полностью соответствующий ее экономико-правовой сущности - согласование действий. Согласование действий, действительно, определяет содержание (объект) координации экономической деятельности. Однако все остальные критерии координации экономической деятельности предназначены для «обслуживания» нужд антимонопольного законодательства.

При этом следует отметить, что координация экономической деятельности и координация предпринимательской деятельности являются синонимами по следующим основаниям. Субъектами координации

¹ Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 2006. N 31 (1 ч.). Ст. 3434.

² Федеральный закон от 03.10.2014 N 279-ФЗ «О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе» // Собрание законодательства РФ. 2014. N 40 (часть I). Ст. 5310.

экономической деятельности в соответствии с легитимной дефиницией могут являться только хозяйствующие субъекты. В соответствии с этим координация деятельности любых иных лиц, не соответствующих признакам лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность, признаки которой регламентированы абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ¹, (хозяйствующих субъектов) не относится к разновидности координации экономической деятельности. Отчасти это вполне объяснимо тем, что лица, не ведущие предпринимательской деятельности, не могут осуществлять экономическую деятельность, поскольку содержание последней значительно шире содержания предпринимательской деятельности. В соответствии с этим деятельность непрофессиональных непредпринимателей не может угрожать состоянию конкуренции. Однако гражданскому обороту известна, например, конструкция договора простого товарищества (гл. 55 ГК РФ²), которая не только большинством исследователей³, но и судебной практикой⁴ признается в качестве особой организационно-правовой формы совместной деятельности, направленной на координацию деятельности сторон договора простого товарищества. В торговом обороте действуют некоммерческие организации, координирующие действия иных некоммерческих организаций, представляющих интересы как производителей товаров (поставщиков), так и оптовых потребителей (ч. 1 ст. 12 Федерального закона «Об основах государственного регулирования торговой

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.

² Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

³ Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юрид. ин-та. Харьков, 1954. Вып. 5. С. 823; Кодификация российского гражданского права / Редкол. С.С. Алексеев и др. Екатеринбург, 2003. С. 265; Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2005. Т. 2. С. 658; Витрянский В.В. Некоторые итоги кодификации гражданско-правовых норм о гражданско-правовом договоре // Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. М., 2008; Веселкова Е.Е. Простое товарищество как организационно-правовая форма иностранных инвестиций // Законодательство и экономика. 2013. N 1. С. 31; Лаптев Г.А. Инвестиционное товарищество как частный случай простого товарищества // Гражданское право. 2013. N 4. С. 33.

⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 18 мая 2004 г. N Ф08-2062/2004-801А.

деятельности в Российской Федерации»¹), на деятельность которых также в соответствии с ч. 2 ст. 12 Закона распространяются требования антимонопольного законодательства, в частности нормы ст. ст. 11 - 13 Федерального закона «О защите конкуренции». Таким образом, субъектный критерий легитимной дефиниции координации экономической деятельности, ограничивающий ее только хозяйствующими субъектами рынка, не является дифференцирующим критерием координации экономической деятельности в целом, а необходим Закону о защите конкуренции лишь для формирования правового режима последствий осуществления координации экономической деятельности на рынке в целях создания благоприятного состояния конкурентной среды.

Легитимная дефиниция координации экономической деятельности ограничивает число случаев координации особым субъектным составом: согласование действий хозяйствующих субъектов должно осуществляться третьим лицом. Такое установление вполне закономерно с точки зрения конкурентного законодательства, потому что в случаях, когда координация действий хозяйствующих субъектов-конкурентов осуществляется одним из них (либо путем заключения горизонтальных соглашений с прямыми конкурентами, либо без их заключения путем совершения взаимовыгодных поступков), налицо образование фактического состава антиконкурентного действия либо в виде картеля (картельного соглашения), либо, соответственно, в виде согласованных действий. Вместе с тем, сознавая обоснованность такого правоустановления, необходимо заметить, что предпринимательскому обороту известны практические модели осуществления координации экономической деятельности вертикально-интегрированными субъектами, действующими как в рамках договорной, так и в пределах корпоративной вертикальной интеграции (например, промышленно-производственные объединения

¹ Федеральный закон от 28.12.2009 N 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2010. N 1. Ст. 2.

сельскохозяйственных производителей, переработчиков, поставщиков и продавцов). При этом п. 14 ст. 4 Закона исключает именно такие формы координации экономической деятельности из содержания данной правовой категории. И здесь снова, как и в случае с субъектным критерием координируемых лиц, диапазон рыночных форм координации экономической деятельности существенно шире тех, которые определены дефиницией. Следует заметить, что буквальное толкование положения о неприменении дефиниции координации экономической деятельности к вертикальным соглашениям показывает, что Закон предполагает возможность осуществления подобной координации экономической деятельности в принципе, однако отрицает их значимость (по указанным выше причинам) для состояния конкурентной среды.

К самому «третьему лицу», осуществляющему координацию экономической деятельности, данная дефиниция также предъявляет ряд требований: 1) такое лицо не должно входить в группу лиц с координируемыми субъектами (иными словами, внутригрупповая координация экономической деятельности допустима); 2) оно не должно осуществлять никакой деятельности (ни аналогичной, ни неаналогичной координируемым лицам деятельности) на рынке, где действуют управляемые субъекты. Практически речь идет о том, что дефиниция категории «координация экономической деятельности» строится на формулировании негативных критериев ее определения, выраженных в виде установления системы ограничений для ее субъектного состава. Такая юридическая техника приводит к противоречивости восприятия данной правовой категории. С одной стороны, координация экономической деятельности, осуществляемая контролирующим лицом в группе лиц, не является правонарушением, а с другой стороны, если координация производится субъектом, осуществляющим деятельность на одном рынке с координируемыми, то такая координация содержит состав правонарушения. Судебная практика придерживается негативного подхода к

оценке координации экономической деятельности, презюмируя, что любая координация представляет собой разновидность правонарушения. В одном из случаев суд указал, что координация экономической деятельности хозяйствующих субъектов с третьим лицом - это особый вид антиконкурентного поведения, на который законодатель накладывает запрет, так как последствия такой координации фактически совпадают с осуществлением хозяйствующими субъектами согласованных действий, ограничивающих конкуренцию¹.

Именно этим недостатком легитимной дефиниции координации экономической деятельности объясняется необходимость исключения саморегулируемой организации из признаков допустимости координации ad hoc антимонопольного регулирования. Необходимо напомнить, что до принятия третьего антимонопольного пакета² в качестве координации экономической деятельности не признавались действия саморегулируемой организации по установлению для своих членов условий доступа на товарный рынок или выхода из товарного рынка, осуществляемые в соответствии с федеральными законами, при том, что саморегулируемая организация точно подпадала под ограничения, налагаемые на координатора дефиницией п. 14 ст. 4 Федерального закона «О защите конкуренции» (саморегулируемая организация была «третьим» лицом по отношению к своим членам и не осуществляла с ними хозяйственную деятельность на одном рынке). Однако практика ФАС России продемонстрировала, что часто саморегулируемые организации использовали данное правило в целях злоупотребления правом путем создания дополнительных барьеров для входа хозяйствующих субъектов на рынки, контролируемые саморегулируемой организацией (особенно в

¹ Постановление ФАС Уральского округа от 29.04.2011 N Ф09-1942/11-С1 по делу N А76-15244/2010-45-358 // СПС «КонсультантПлюс».

² Федеральный закон от 06.12.2011 N 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2011. N 50. Ст. 7343.

сферах обязательного саморегулирования), что послужило причиной для отмены такого правоустановления.

Вместе с тем, несмотря на то, что определение координации экономической деятельности через признание ее в качестве разновидности правонарушения является существенным недостатком закона, введение самого этого понятия в законодательство является, несомненно, оправданным в целях антимонопольного регулирования. Легитимация категории «координация экономической деятельности» является несомненной заслугой законодателя, поскольку даже через негативные признаки в данном определении раскрываются основные критерии координации экономической деятельности: 1) особый субъектный состав; 2) ее объект (согласование действий); 3) территориальный критерий (единство рынка); 4) форма координации экономической деятельности (не распространяется на вертикальные соглашения).

1.2. Правовые модели координации предпринимательской деятельности

Основания координации предпринимательской деятельности - это нормативные или индивидуальные средства-установления, определяющие форму и содержание действий субъектов координации предпринимательской деятельности. Под правовым средством-установлением понимается нормативный (норма права) или индивидуально-правовой (соглашение, договор) регулятор общественного отношения, содержащий в своей структуре программу данного отношения. Правовая природа основания координации предпринимательской деятельности определяет ее отраслевую принадлежность¹.

Норма права как общеобязательное средство-установление, исполняя роль основания координации предпринимательской деятельности, в своей диспозиции содержит властно-правовой механизм (представляющий собой комплекс властных компетенций), который может быть реализован исключительно в одностороннем порядке уполномоченным субъектом права. Основу реализации этого механизма составляет властное полномочие. В соответствии с этим такая норма права всегда имеет характер императивной нормы. Она не предполагает возможности изменения ни субъектного состава координационного правоотношения, ни содержания и состава властных полномочий уполномоченного субъекта. Отсутствие диспозитивной составляющей в таком общественном отношении не может позволить охарактеризовать его в качестве гражданско-правового. В данном случае имеет место общественное отношение типа «власть-подчинение», наиболее характерное для публичных отраслей права.

Индивидуально-правовой регулятор (соглашение, договор) выполняет функцию персонального средства-установления, не имеющего

¹ Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / К.М. Беликова, А.В. Габов, Д.А. Гаврилов и др.; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2015. 656 с.

общеобязательного характера. Его действие распространяется лишь на тот круг лиц, которые являются сторонами такого соглашения или третьими лицами, необходимость участия которых в координационном отношении определяется содержанием его основания (как сокредиторами (например, выгодоприобретателями), так и содолжниками).

Главная особенность основания координации предпринимательской деятельности заключается в том, что его содержание в обязательном порядке должно включать в себя условие об установлении властных полномочий координатора, в отсутствие которых фактическое осуществление согласования действий не представляется юридически обоснованным. Властные полномочия координатора устанавливаются в диспозитивном порядке путем согласования их всеми сторонами сделки, лежащей в основании координационного правоотношения.

Основным индивидуально-правовым средством установления частноправовых властных полномочий является гражданско-правовой договор, основу которого составляет двухстороннее волесогласование, выраженное в форме двухсторонней сделки. Специфика договора как основания любого обязательства состоит в том, что, несмотря на необходимость соответствия его содержания требованиям и ограничениям позитивного права, в нем, как ни в каком ином правовом средстве, наиболее ярко реализуется основной сквозной принцип гражданского права - диспозитивность. Пленум ВАС РФ указал, что «в случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней»¹. Принимая во внимание все регламентированные законом ограничения принципа свободы договора, стороны договора при его заключении тем не менее обладают практически неограниченным диапазоном возможностей

¹ Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014 (май). N 5.

включения в его содержание самых разнообразных условий, в том числе и условия о предоставлении одному из его субъектов того или иного объема властных полномочий.

Возможность одного частноправового субъекта оказывать властное воздействие на другого внешне представляется как нарушение принципа равенства участников гражданско-правового отношения (п. 1 ст. 1 ГК РФ). Однако, учитывая, что властные полномочия устанавливаются сторонами договора в согласованном между собой порядке, фактически создавая эффект «неравенства» в отношениях субъектов координационного обязательства, такое «неравенство» нельзя расценивать как нарушение принципа равенства, потому что его основу составляет гражданско-правовое соглашение, базирующееся на принципах диспозитивности и свободы договора. В итоге именно принципы равенства и диспозитивности создают основу для возможности формирования условий для возникновения модели частноправового управления.

В данном случае отсутствуют основания для признания такой сделки недействительной. Пленум ВАС РФ в своей правовой позиции по этому вопросу исходит из того, что в случаях, если норма не содержит явно выраженного запрета на установление соглашением сторон условия договора, отличного от предусмотренного в ней, и отсутствуют критерии императивности, то она должна рассматриваться как диспозитивная. В таком случае отличие условий договора от содержания данной нормы само по себе не может служить основанием для признания этого договора или отдельных его условий недействительными по статье 168 ГК РФ.

Если для договора характерна достаточно широкая вариативность условий, составляющих его содержание, то корпоративные акты, которые также могут определять содержание и состав властных полномочий между равными частноправовыми субъектами, в значительно большей степени находятся под ограничительным действием позитивного права. Корпоративное управление, так же как и управление, основанное на договоре, имеет в своем

основании совершенно определенную гражданско-правовую сделку, определяющую в первую очередь организационно-правовую форму корпорации. В качестве такой сделки в зависимости от вида формирующейся корпорации могут выступать различные виды гражданско-правовых соглашений.

В акционерном обществе в качестве такой сделки выступает договор, определяющий порядок осуществления ими совместной деятельности по созданию общества, размер уставного капитала общества, категории выпускаемых акций и порядок их размещения, а также иные условия, предусмотренные Законом об акционерных обществах¹ (п. 1 ст. 98 ГК РФ). В обществе с ограниченной ответственностью - договор об учреждении общества с ограниченной ответственностью, определяющий порядок осуществления ими совместной деятельности по учреждению общества, размер уставного капитала общества, размер их долей в уставном капитале общества и иные установленные Законом об обществах с ограниченной ответственностью² условия (п. 1 ст. 89 ГК РФ). Крестьянское (фермерское) хозяйство как юридическое лицо (ст. 86.1 ГК РФ) создается на основе соглашения о создании крестьянского (фермерского) хозяйства (ст. 23 ГК РФ и ст. 4 ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве»³). Товарищество на вере («коммандитное товарищество») создается и действует на основании учредительного договора (п. 1 ст. 83 ГК РФ), так же как и полное товарищество (п. 1 ст. 70 ГК РФ).

Особой формой соглашения следует считать решение об учреждении корпорации, которое принимается собранием учредителей, не только в хозяйственных обществах (см. п. 1 ст. 9 ФЗ об АО; п. 1 ст. 11 ФЗ об ООО), но

¹ Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // Собрание законодательства РФ. 1996. N 1. Ст. 1.

² Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Собрание законодательства РФ. 1998. N 7. Ст. 785.

³ Федеральный закон от 11.06.2003 N 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» // Собрание законодательства РФ. 16.06.2003. N 24. Ст. 2249.

также и в юридических лицах в форме партнерства (см. п. 1 ст. 8 ФЗ о хозяйственных партнерствах¹). Специальная форма согласования содержания и состава правомочий управления предусматривается в производственном и в потребительском кооперативе, устав которого, содержащий сведения о составе и компетенции органов управления кооперативом и порядке принятия ими решений, принимается путем совершения специфической процессуальной формы соглашения - голосования его членов, внесших паевые взносы (п. 2 ст. 108 ГК РФ и п. 2 ст. 116 ГК РФ). Общественные и профессиональные объединения граждан (общественные организации, ассоциации, союзы) формируются на основании декларативных документов, выработанных совместно их членами путем добровольного присоединения к содержащимся в них условиям. По существу, такие объединения необходимо считать основанными на договоре присоединения, заключенном в устной форме (хотя не исключается возможность, что в некоторых видах некоммерческих организаций с каждым их членом могут заключаться и письменные соглашения об их участии в деятельности некоммерческой корпорации).

Модель корпоративного управления различна для каждой отдельной организационно-правовой формы корпорации. Они отличаются по структуре властной вертикали, иерархии властного подчинения, количеству уровней корпоративного управления. Но в любой форме корпоративного управления его основу всегда составляет корпоративное правомочие управления, регламентированное абз. 1 п. 1 ст. 2 ГК РФ наряду с другим корпоративным правомочием - участия, составляющим содержание корпоративного отношения. Таким образом, в отличие от договорной координации предпринимательской деятельности, координация, основанная на корпоративных правомочиях участия и управления, реализуется в рамках не обязательственного, а корпоративного правоотношения.

¹ Федеральный закон от 03.12.2011 N 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // Собрание законодательства РФ. 2011. N 49 (ч. 5). Ст. 7058.

Формирование структуры корпоративного управления обладает важной особенностью: диспозитивность усмотрения членом будущей корпорации при ее образовании существенно ограничена правовыми моделями внутрикорпоративного управления, регламентированными в отношении той или иной организационно-правовой формы юридического лица действующим законодательством. Например, в обществе с ограниченной ответственностью императивно устанавливается двухуровневая структура корпоративного управления: 1) высшим органом общества является общее собрание участников общества (п. 1 ст. 32 ФЗ об ООО); 2) руководство текущей деятельностью общества осуществляется единоличным исполнительным органом общества (п. 4 ст. 32 ФЗ об ООО). Однако такой императивный порядок корпоративной структуры управления в обществе с ограниченной ответственностью может быть диспозитивно расширен по усмотрению его членов. Такое расширение возможно в двух направлениях: 1) в сторону изменения количества уровней управления; 2) в сторону изменения качества уровня управления.

В первом случае в обществе с ограниченной ответственностью число уровней управления может быть диспозитивно расширено его участниками за счет образования совета директоров (наблюдательного совета) общества (п. 2 ст. 32 ФЗ об ООО). При этом порядок образования и деятельности совета директоров (наблюдательного совета) общества, а также порядок прекращения полномочий членов совета директоров (наблюдательного совета) общества и компетенция председателя совета директоров (наблюдательного совета) общества определяются не императивно (законодательно), а диспозитивно, в соответствии с условиями, согласованными членами общества в его Уставе. Законодательно закрепляется лишь минимальный объем компетенций совета директоров (наблюдательного совета) общества, представляющий собой открытый перечень, который может быть диспозитивно дополнен членами общества путем включения необходимых компетенций данного органа в Устав общества.

Во втором случае в обществе с ограниченной ответственностью может быть изменена структура исполнительных органов управления. Руководство текущей деятельностью общества может осуществляться не только единоличным исполнительным органом общества, но также и совместно единоличным исполнительным органом общества и коллегиальным исполнительным органом общества. При этом ФЗ об ООО императивно регламентирует иерархию подчинения исполнительных органов общества, устанавливая обязательность их подотчетности общему собранию участников общества и совету директоров (наблюдательному совету) общества (п. 4 ст. 32 ФЗ об ООО).

Для акционерного общества условия формирования структуры корпоративного управления более жесткие, так как в акционерном обществе с числом акционеров более пятидесяти в обязательном порядке предусматривается трехуровневая структура корпоративного управления: 1) высшим органом управления акционерным обществом является общее собрание его акционеров (п. 1 ст. 103 ГК РФ); 2) органом второго уровня является совет директоров (наблюдательный совет) (п. 2 ст. 103 ГК РФ); 3) исполнительный орган общества (п. 3 ст. 103 ГК РФ) является органом управления третьего уровня. Открытые перечни компетенций высшего органа управления акционерным обществом и совета директоров акционерного общества могут быть в диспозитивном порядке расширены его акционерами, точно так же как и в диспозитивном порядке участниками акционерного общества может быть определена структура исполнительного органа общества, который может быть как коллегиальным (правление, дирекция), так и (или) единоличным (директор, генеральный директор).

В основе необходимости законодательного установления специальных ограничений и требований относительно структуры управления в коммерческих и некоммерческих корпорациях лежит политико-правовой интерес государства, который сводится к необходимости осуществления

контроля за организационно-правовой деятельностью юридических лиц, определяющей содержание их правового режима в гражданском обороте. Применительно к целям настоящего исследования приобретает значение возможность сторон координационного отношения в большей или в меньшей степени определять состав и содержание властных полномочий. Поэтому, например, иерархия управления в корпорации имеет определенные ограничения в отношении установления возможности оказания управляющего воздействия на хозяйственную деятельность самой корпорации. Это означает, в частности, что далеко не все решения, принимаемые высшими органами управления юридического лица, могут непосредственно отражаться на предпринимательской деятельности корпорации в хозяйственном обороте, осуществление которой не входит в управленческие компетенции высших органов управления, а составляет содержание полномочий исполнительных органов. С другой стороны, отдельные элементы деятельности исполнительных органов в соответствии с законом нуждаются в получении одобрения высшими органами общества (крупные сделки, сделки с заинтересованностью и т.п.). Законодательное формирование такой системы сдержек и противовесов в корпоративном управлении является необходимым условием стабильности гражданского оборота, а потому представляет собой необходимый элемент правовой политики государства по государственному регулированию предпринимательской деятельности.

Необходимо отметить, что в отношении свободы предпринимательских договоров практически отсутствуют политико-правовые основания для ограничения принципа свободы договора в отношении возможности установления частноправовыми субъектами властных полномочий, позволяющих одной из сторон такого договора требовать от другой исполнения своих руководящих указаний. Даже в таком «квазиюридическом» лице, как

инвестиционное товарищество¹, полномочия «управляющего товарища» (п. 3 ст. 4 ФЗ об инвестиционных товариществах²) юридико-технически сформулированы не как властные полномочия управления, а через установление в отношении его системы юридических обязываний. Это совершенно не случайно, потому что принцип свободы договора в комплексе с принципами диспозитивности и равенства участников гражданского оборота предполагают, что установление режима «гражданско-правового управления» между равными частноправовыми субъектами может быть реализовано только на основании их обоюдного свободного волеизъявления, то есть только путем закрепления состава и содержания властных полномочий в условиях договора.

Таким образом, основаниями частноправовой координации предпринимательской деятельности вне зависимости от содержания координационного правоотношения (корпоративное или обязательственное (договорное)) являются различные формы согласованных волеизъявлений свободных равных частноправовых субъектов, содержащие в себе властные полномочия, предоставляющие возможность координатору осуществлять управляющее воздействие на координируемых хозяйствующих субъектов.

Координация предпринимательской деятельности реализуется в рамках особого координационного (управленческого) правоотношения, программа которого определяется содержанием сделки, лежащей в основании этого отношения и определяющей условия координации. Содержанием этой сделки устанавливаются и основные элементы координационного отношения.

1. Субъектный состав отношения по координации предпринимательской деятельности детерминирует лица, принимающие в нем участие, и распределяет систему прав и обязанностей между ними.

2. Содержание властных полномочий и их субъектная принадлежность определяют объем управленческих компетенций координатора, возможные

¹ Лаптев Г.А. Отдельные характеристики инвестиционного товарищества, присущие юридическим лицам // Юрист. 2013. N 18. С. 35 - 38.

² Федеральный закон от 28.11.2011 N 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // Собрание законодательства РФ. 2011. N 49 (ч. I). Ст. 7013.

варианты и способы оказания управленческого воздействия (способы реализации властных полномочий, то есть содержание и форму односторонних действий координатора по координации деятельности координируемых субъектов), а также процессуальные условия осуществления властных полномочий координатором.

3. Содержание обязанностей координантов по исполнению распоряжений координатора с определением условий о сроках, порядке и процессуальных элементах их исполнения.

4. Меры ответственности за неисполнение предписаний координатора. Этот элемент содержания основания координации предпринимательской деятельности должен определяться в обязательном порядке, поскольку его наличие определяет эффективность согласования действий координируемых хозяйствующих субъектов и гарантирует достижение ими их экономических целей. Это означает, что в договорах, имеющих целью координацию предпринимательской деятельности (таких, как, например, дистрибьюторские соглашения), такое условие должно рассматриваться как существенное условие, так как оно является «необходимым для договоров данного вида». Содержание мер ответственности и их объем могут быть различными: от мер обязательственной защиты, предусмотренных гл. 25 ГК РФ, до мер дисциплинарного или организационного воздействия на нарушителей.

Координация предпринимательской деятельности может иметь различную направленность, содержание которой определяется не столько правовыми, сколько хозяйственными целями координации, а еще конкретнее - тем экономическим эффектом, который может быть достигнут в результате согласования действий хозяйствующих субъектов усилиями координатора.

Целесообразность действий по координации предпринимательской деятельности является одним из критериев категории «согласование действий». Содержание деятельности координатора по согласованию действий определяется конечной целью координации предпринимательской

деятельности, объектом воздействия которой всегда является хозяйственная деятельность координируемых субъектов. С точки зрения телеологии как учения о целях, в основе цели всегда лежит интерес, который на товарных рынках приобретает черты предпринимательской потребности.

Следует отличать правовую и неправовую (экономическую, хозяйственную) цели координации предпринимательской деятельности.

Неправовая цель координации предпринимательской деятельности преследует получение определенных экономических (хозяйственных) выгод из осуществления процесса согласования действий хозяйствующих субъектов. Собственно эта цель и определяет содержание последствий координации предпринимательской деятельности (так же как и содержание последствий заключения картельных соглашений и совершения согласованных действий). Совершенно не случайно, что в ст. ст. 11 и 11.1 Федерального закона «О защите конкуренции» устанавливается критерии антиконкурентных действий именно способом перечисления неблагоприятных экономических (а не правовых) последствий: 1) установление или поддержание цен (тарифов), скидок, надбавок (доплат) и (или) наценок; 2) повышение, снижение или поддержание цен на торгах; 3) раздел товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); 4) сокращение или прекращение производства товаров; 5) отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками); 6) манипулирование ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (мощности).

Координация предпринимательской деятельности необходима рынку как важный экономический инструмент оптимизации деятельности его участников. В очень большом числе случаев координация предпринимательской деятельности имеет положительный хозяйственный эффект. Но, к сожалению, положительный эффект для одних участников оборота может иметь

неблагоприятные последствия для других его участников. Поэтому и необходимо установление правовых ограничений и запретов, связанных с осуществлением такой координации предпринимательской деятельности.

Правовая цель координации предпринимательской деятельности определяет не хозяйственный эффект, получаемый от согласования действий хозяйствующих субъектов, а способ осуществления самой координации предпринимательской деятельности, а еще точнее - комплекс механизмов реализации прав и исполнения обязанностей, возникающих в процессе ее осуществления. По существу, правовая цель координации предпринимательской деятельности наряду с содержанием, формой и волеизъявлением представляет собой элемент фактического состава правообразующей сделки, лежащей в основании координационного правоотношения и детерминирующей правовую программу обязательства, которая включает в себя не только условия, устанавливающие и определяющие объем властных полномочий координатора и содержание обязанностей координантов, но, кроме этого, содержит гарантии надлежащего исполнения обязанностей сторон сделки, заключающиеся в установлении специальных механизмов принуждения или защиты. Другими словами, правовая цель координации предпринимательской деятельности определяется содержанием условий основания координационного отношения, в качестве которого в зависимости от правовой формы координации предпринимательской деятельности может выступать либо гражданско-правовой договор, либо корпоративный акт (учредительный договор, акционерное соглашение, устав общества, решение собрания и т.п.).

При определении модели координации предпринимательской деятельности содержание неправовой цели, как правило, детерминируется содержанием правовой цели. При этом между субъектами координационного отношения может возникать конфликт экономических интересов. По признаку

этого конфликта интересов координация предпринимательской деятельности может быть классифицирована как направленная на:

- а) удовлетворение интересов координатора (холдинги, группа лиц);
- б) удовлетворение интересов координантов (саморегулируемые организации, некоммерческие организации, союзы, ассоциации);
- в) удовлетворение интересов одновременно всех субъектов координации предпринимательской деятельности (дистрибьюция, франшиза, агентирование, вертикальная рыночная интеграция).

Цели и последствия координации предпринимательской деятельности не должны служить ориентирами для ее квалификации в качестве правонарушения. В одном из решений суд расценил координацию предпринимательской деятельности как правонарушение, указав на то, что целью или следствием согласования действий формально независимых субъектов является координация конкурентного поведения соответствующих лиц¹. Правонарушением в соответствии с ч. 5 ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции» является только такая координация предпринимательской деятельности, которая повлекла последствия, а не та, целью которой является согласование действий хозяйствующих субъектов. По этому пути идет и судебная практика². Отменяя решения судов нижестоящих инстанций, суд кассационной инстанции указал, что запрету подлежит только такая координация, которая приводит к последствиям, поименованным ст. 11 Федерального закона «О защите конкуренции», а не та, последствия которой негативно отражаются на состоянии конкуренции, как указали суды в отмененных судебных актах³.

¹ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.02.2011 N 09АП-34307/2010-АК по делу N А40-50830/10-144-209 // СПС «КонсультантПлюс».

² Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.04.2014 N 09АП-44802/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

³ Постановление ФАС Московского округа от 11.03.2011 N КА-А40/1320-11 по делу N А40-50033/10-130-237 // СПС «КонсультантПлюс».

Глава 2. Отдельные формы координации предпринимательской деятельности

2.1. Координации предпринимательской деятельности в форме холдинга

В правовой науке и практической деятельности нередки ситуации, когда субъекты познания (либо субъекты отношений) оперируют некими понятиями, являющимися общеупотребимыми в человеческой бытийности, но неурегулированными современным законодательством. Одним из таких терминов является знакомый широкому кругу лиц термин «холдинг». Все мы привыкли к употреблению этого понятия в публицистике, экономике, юридических исследованиях, так что порой забывается, что до сих пор нет легального подхода к этой научной и практической категории.

Впервые в новейшей истории понятие «холдинг» было упомянуто в Указе Президента Российской Федерации от 16 ноября 1992 года N 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий», которым утверждалось Временное положение о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества¹. Затем на протяжении 90-х годов прошлого века оно активно использовалось на практике. В частности, создавались различные холдинговые объединения, в том числе с участием государства. Так, например, были созданы лесопромышленные холдинговые компании², акционерная холдинговая компания «ГЛАВСТРОЙПРОМ»³, акционерная холдинговая

¹ Указ Президента РФ от 16.11.1992 N 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий» (вместе с «Временным положением о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества») // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. N 21. Ст. 1731.

² Постановление Правительства РФ от 21.12.1993 N 1311 «Об учреждении лесопромышленных холдинговых компаний» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. N 52. Ст. 5143.

³ Указ Президента РФ от 25.05.1998 N 589 «О создании акционерной холдинговой компании «ГЛАВСТРОЙПРОМ» // Собрание законодательства РФ. 1998. N 22. Ст. 2410.

компания «Главное всерегиональное строительное управление «Центр»¹.

В настоящее время искомое понятие на уровне федерального закона употребляется в Федеральном законе «О банках и банковской деятельности»², где применительно к банковской сфере под банковским холдингом признается не являющееся юридическим лицом объединение юридических лиц, включающее хотя бы одну кредитную организацию, находящуюся под контролем одного юридического лица, не являющегося кредитной организацией (головная организация банковского холдинга), а также (при их наличии) иные (не являющиеся кредитными организациями) юридические лица, находящиеся под контролем либо значительным влиянием головной организации банковского холдинга или входящие в банковские группы кредитных организаций - участников банковского холдинга, при условии, что доля банковской деятельности, определенная на основе методики Банка России, в деятельности банковского холдинга составляет не менее 40 процентов.

В Гражданском кодексе термин «холдинг» не употребляется, для раскрытия этого понятия наука использует известную кодексу конструкцию «основное хозяйственное товарищество или общество – дочернее хозяйственное общество». Согласно статье 67.3 ГК хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное товарищество или общество в силу преобладающего участия в его уставном капитале, либо в соответствии с заключенным между ними договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом.

Основываясь на данной конструкции, ученые предлагают следующие определения холдинга.

Холдинг - форма предпринимательского объединения (промышленно-хозяйственный или финансовый комплекс), представляющая собой группу

¹ Указ Президента РФ от 25.05.1998 N 588 «О создании акционерной холдинговой компании «Главное всерегиональное строительное управление «Центр» // Собрание законодательства РФ. 1998. №22. Ст. 2409.

² Федеральный закон от 02.12.1990 N 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Собрание законодательства РФ. 1996. N 6. Ст. 492.

взаимосвязанных юридических лиц, в которой холдинговая компания (основное общество, головная компания) вправе управлять деятельностью других участников холдинговых отношений в силу преобладающего участия в их уставном капитале, либо в соответствии с договором, либо иным образом путем определения принимаемых такими обществами решений в целях выполнения общих задач и обеспечения эффективного функционирования всего холдинга¹.

Холдинг - это любой хозяйственный субъект, располагающий дочерним предприятием и имеющий возможности контролировать его деятельность².

Холдинг - это группа лиц, которая включает головную компанию (холдинговую компанию) и другие хозяйственные общества, в отношении которых головная компания имеет возможность определять решения, принимаемые ими³.

Холдинг - это группа лиц, которая включает головную компанию (холдинговую компанию) и коммерческие организации, чьи решения головная компания имеет возможность определять⁴.

Холдинг - структурированное объединение двух и более взаимосвязанных организаций, не обладающее статусом юридического лица, однако имеющее частичную правосубъектность и выступающее на различных рынках товаров и услуг в качестве единого, консолидированного субъекта⁵.

Примеры научных определений холдинга можно было бы продолжить, но уже из приведенных точек зрения видно, что они в основном строятся на отождествлении «холдинга» и отношений «основное общество (товарищество)

¹ Предпринимательское право России / Под ред. В.С. Белых. М., 2009. С. 166.

² Горбунов А.Р. Дочерние компании, филиалы, холдинги. Организационные структуры. Консолидированный баланс. Налоговое планирование. М.: Анкил, 1997. С. 24 - 25.

³ Портной К. Правовое положение холдингов в России: Науч.-практ. пособие. М.: Волтерс Клувер, 2004. С. 19.

⁴ Портной К.Я. Правовое положение холдингов в России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 7 - 8.

⁵ Кутин Е.О. Основания возникновения холдинговых отношений // Юрист. 2012. N 14. С. 27.

- дочернее общество».

С данным подходом в общем можно согласиться, так как в настоящее время положения статьи 67.3 ГК это единственное легальное закрепление зависимости между отдельными изначально независимыми юридическими лицами.

Поэтому, в определении холдинга следует учитывать некоторые нюансы. Так, в частности, на наш взгляд в нем необходимо отражать предпринимательский характер деятельности участников холдинга, ибо это образование изначально носит предпринимательский характер, ориентировано на увеличение возможности по извлечению прибыли посредством формирования единого управленческого центра. Кроме того, нормы статьи 67.3 ГК включают в участников упомянутых отношений исключительно хозяйственные товарищества и хозяйственные общества.

Еще одним аспектом, который должен быть, безусловно, отражен в искомом определении, является такая черта холдинговых отношений как их вертикальный характер, то есть управленческая составляющая влияния одной организации на другую. Здесь следует оговориться, что суть зависимости от головной компании других участников холдинга выражается именно термином «управление» (а не «согласование», «координация», «контроль» и др.), так как оно представляет собой «руководство», «подчинение». В этой связи напомним, что ФЗ «О банках и банковской деятельности» использует категорию «контроль», что представляется не совсем корректным, ибо контроль в классическом определении толкового словаря – это проверка и наблюдение с целью проверки¹.

Ну и для четкости правового статуса и правопонимания, необходимо указание на то, что холдинг не является юридическим лицом.

Таким образом, основываясь на положениях Гражданского кодекса, с учетом предложенных уточнений, под холдингом в современном правовом

¹ Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / Под ред. Чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 20-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1988. С. 237.

поле следует понимать не являющуюся юридическим лицом совокупность юридических лиц, образованную в предпринимательских целях, где одно хозяйственное общество (товарищество), в силу преобладающего участия в уставном капитале, либо в соответствии с заключенным договором, либо иным образом имеет возможность управлять другим хозяйственным обществом (либо другими хозяйственными обществами) через определение принимаемых им (ими) решений.

Представленные выше положения об основаниях возникновения холдингов предполагают довольно широкий набор инструментов, через которые может осуществляться координация экономической деятельности организаций, входящих в холдинг.

Если говорить о владении пакетами акций (долей), то здесь очевидно, что большинство инструментов координации основаны на тех правах участия в управлении, которое предоставляет владение соответствующей долей.

Что такое эта «соответствующая доля» - сказать в точности нельзя.

Совершенно очевидно, что такая доля определяется границей влияния на принятие управленческих решений органами управления организаций, входящих в холдинг.

К примеру, для акционерных обществ такая доля представляется очевидной, если она составляет 75 процентов плюс одна акция, поскольку такая доля позволяет принять любое решение высшего органа управления, а также сформировать иные органы из лиц, находящихся под своим полным контролем. Принципиально важно отметить, что и 20 процентов (о которых в части влияния говорят МСФО) может быть достаточно для признания такой доли существенной, т.к. если у остальных участников организации пакеты меньше и они не консолидированы, то и 20 процентов может быть достаточно для принятия необходимых решений. Однако применительно к холдингам, созданным на основании Временного положения о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные

общества, надо помнить, что при всей условности определения контрольного пакета, о нем говорится как о пакете, дающем безусловное право принятия или отклонения определенных решений на общем собрании его участников (акционеров, пайщиков) и в его органах управления. А таким пакетом является все-таки пакет из 75 процентов плюс одна акция.

При анализе размера доли нельзя избежать вопроса о том, как соотносятся с признаками холдинговых отношений, построенных на владении долей, положения ст. 67.3 ГК РФ. Данная статья дает определение дочернего хозяйственного общества, указывая в том числе что хозяйственное общество признается дочерним, если другое (основное) хозяйственное товарищество или общество в силу преобладающего участия в его уставном капитале имеет возможность определять решения, принимаемые таким обществом. Обратим внимание, что в этой формулировке не говорится, о решениях каких конкретно органов идет речь, т.е. можно предположить, что речь идет о любом органе такого юридического лица. Не говорится здесь и о том, о каких решениях конкретно идет речь. Таким образом, с нашей точки зрения можно предполагать, что такая возможность в части решений любых органов управления существует априори у лица, которое имеет долю участия в 75 процентов плюс один голос, а также у владельцев меньшего пакета, которые в силу различных обстоятельств могут (получили возможность) определять решения.

Координация экономической деятельности, основанной в холдинге на долевом участии (владении акциями или долями), осуществляется стандартными средствами корпоративного управления: осуществлением своих прав, установленных конкретными законами о хозяйственных обществах для владельца акции или соответствующего вида доли (долевого участия).

Однако имеются здесь и некоторые отличия, связанные с необходимостью формирования и реализации воли головной компании в решениях и действиях иных организаций, входящих в холдинг. Чаще всего для

этих целей в уставе головной компании и иных компаний вносятся корреспондирующие положения о возможности влияния решениями головной компании на решения и действия иных организаций, входящих в холдинг.

Помимо долевого участия холдинговые отношения могут возникнуть также из договора (договор же в определенных случаях может дополнять ранее указанные средства в том случае, если есть еще и долевое участие). Причем, договор признается способом установления холдинговых отношений только в части банковского холдинга.

Очевидно, что таким договором может быть предусмотренный статьей 67.2 ГК РФ корпоративный договор, т.е.:

- договор, согласно которому участники хозяйственного общества определили порядок и условия осуществления своих корпоративных (членских) прав, в соответствии с которым они обязуются осуществлять эти права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене или при наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств;

- договор кредиторов хозяйственного общества и иных третьих лиц с участниками хозяйственного общества, по которому последние в целях обеспечения охраняемого законом интереса таких третьих лиц обязуются осуществлять свои корпоративные права определенным образом или воздерживаться (отказаться) от их осуществления, в том числе голосовать определенным образом на общем собрании участников общества, согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли в его уставном капитале (акции) по определенной цене или при

наступлении определенных обстоятельств либо воздерживаться от отчуждения долей (акций) до наступления определенных обстоятельств.

Как видно, в рамках такого договора по существу основными средствами для реализации воли его участников применительно к органам управления хозяйственного общества могут выступать схожие с ранее описанными инструменты.

Еще одним средством координации экономической деятельности в рамках холдинга может быть установление в уставе организации холдинга положения о том, что головная компания холдинга вправе давать такой организации обязательные указания.

Такая возможность может быть установлена законом напрямую. К примеру, нам представляется, что указание в ст. 3 Федерального закона «О промышленной политике в Российской Федерации»¹ о том, что головная организация интегрированной структуры оборонно-промышленного комплекса имеет возможность определять решения, принимаемые остальными юридическими лицами, делает ненужным дублирование соответствующих положений в уставах организаций, входящих в соответствующую интегрированную структуру.

¹ Федеральный закон от 31.12.2014 N 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. N 1 (часть I). Ст. 41.

2.2. Дистрибьюторский договор в системе координации предпринимательской деятельности

Сбыт товаров, выполнение работ и оказание услуг в условиях жесткой конкурентной борьбы предполагают разработку хорошо спланированной стратегии выхода на тот либо иной сегмент рынка. Одним из элементов указанной стратегии является использование наиболее эффективных договорных механизмов, направленных на координацию коммерческих операций по реализации производимой продукции. К числу таких механизмов следует отнести те из них, которые помогают созданию гарантированного и отлаженного способа реализации производимой продукции путем формирования устойчивой сбытовой сети, способствуют установлению прочных хозяйственных связей, координации экономической деятельности сторон на определенный период времени и в конечном счете облегчают осуществление предпринимательской деятельности. Это происходит, в частности, с помощью дистрибьюторского договора.

Под дистрибуцией (*distribution* - лат. распределение) в юридическом смысле следует понимать посредническую деятельность, заключающуюся в продвижении продукции от ее производителей к конечным потребителям на определенной территории в сочетании с предпродажным и послепродажным сервисом такой продукции. По существу, дистрибуция представляет собой ключевой элемент системы управления продажами, в рамках которой происходит процесс распределения товаров в их определенном сегменте. В этом процессе принимают участие не только дистрибьюторы, но и агенты, дилеры, ретейлеры и иные участники распределения товаров производителя. Появлению дистрибуции как явления, главным образом в международном торговом обороте, способствовали многие факторы, прежде всего недостаточная гибкость юридических механизмов поручения, комиссии и агентирования, при использовании которых конечная прибыль производителя

продукции в значительной степени зависит не от его собственных действий, а от действий и возможностей, соответственно, поверенного, комиссионера и агента.

На практике выделяется несколько разновидностей дистрибьюции. По основанию взаимодействия с покупателем различают прямую и непрямую дистрибьюцию. В процессе прямой дистрибьюции осуществляется непосредственная продажа товара покупателю, а при непрямой дистрибьюции товар перепродается другим посредникам. По типу распределения выделяют массовую, селективную (избирательную) и исключительную дистрибьюцию. По географическому признаку дистрибьюция подразделяется на местную (региональную), национальную (в рамках одной страны) и транснациональную¹.

Одним из вариантов установления связей между дистрибьюторами и производителями товара является дистрибьюторский контракт или договор, который может носить как неисключительный, так и исключительный характер. Как отмечается в литературе, его преимуществом является возможность для экспортера осуществлять отгрузки отдельных партий товара по самостоятельным договорам международной купли-продажи, сразу получая за реализуемые товары выручку. Для агента (дистрибьютора) данная схема взаимоотношений также удобна, так как он получает возможность на более свободной основе строить свои отношения с внутренними потребителями, а также создавать сбытовую сеть в сотрудничестве со многими экспортерами, организуя предпродажную рекламу и послепродажный сервис с наименьшими издержками и формируя прибыль за счет разницы в ценах приобретения и продажи².

Несмотря на весьма широкое распространение, в практике взаимодействия между иностранными производителями товара и его

¹ http://www.marketch.ru/marketing_dictionary

² Договор о продвижении товаров. Дистрибьюторский договор // http://uristinfo.net/dogovornoe_pravo.

импортерами дистрибьюторский договор не получил законодательной регламентации в большинстве стран. Не является исключением в этом отношении и Россия. В отечественной правовой науке дистрибьюторский договор относится к непоименованным договорам торгово-распределительного характера¹, представляя собой разновидность коммерческой сделки, поскольку его участниками являются предприниматели.

Учитывая отсутствие международного правового регулирования дистрибьюторского договора, особого внимания заслуживают средства его негосударственного регулирования. В 1988 году Международной торговой палатой было принято Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений², а в 1993 году - Типовой дистрибьюторский контракт³. Анализ указанных документов проводился Н.Г. Вилковой, И.Н. Герчиковой, Е.В. Смирновой, С.В. Николукиным и др.⁴ Также стоит отметить еще один документ, посвященный в том числе дистрибьюторским договорам, - Принципы европейского права: коммерческое агентирование, франшиза и дистрибуция⁵, их анализировали М.А. Егорова⁶ и В.А. Маслова⁷.

Одним из недавних документов, в котором содержатся положения о дистрибьюторском договоре, являются Модельные правила европейского частного права⁸. Дистрибьюторскому договору посвящена отдельная глава 5

¹ Райников А.С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С.13.

² Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений. Публикация N 441 Е. Серия: «Издания Международной Торговой Палаты» / Пер. с англ. М.: Консалтбанкир, 1996.

³ Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация N 646 Е. Серия: «Издания международной торговой палаты». 2-е изд. на рус. и англ. яз. М.: Консалтбанкир, 2005.

⁴ Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002.

⁵ Принципы европейского договорного права: коммерческое агентирование, франшиза и дистрибуция // Коммерческое право. 2011. N 1.

⁶ Егорова М.А. Коммерческое право: учебник для вузов. М.: РАНХиГС при Президенте РФ, Статут, 2013. 640 с.

⁷ Маслова В.А. Организационная природа дистрибьюторского договора // Гражданское право. 2013. N 3. С. 26 - 30.

⁸ Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

«Дистрибуция» книги IV «Отдельные договоры и вытекающие из них права и обязанности».

Как указано в Руководстве и Типовом контракте, они подлежат применению к международным дистрибьюторским договорам и в принципе не предназначены для регулирования одноименных внутренних договоров. Что касается Модельных правил ЕЧП, то они предназначены для регулирования дистрибьюторских договоров, заключаемых в странах ЕС.

Четкого определения дистрибьюторского договора Руководство и Типовой контракт не содержат. Однако во введении к Руководству отмечено, что оно применяется к дистрибьюторским соглашениям, по которым перепродавец организует сбыт товаров производителя на определенной территории. Это соглашение, по которому дистрибьютор: а) обязуется приобретать и перепродавать от своего имени и за свой счет; б) принимает на себя организацию продаж на определенной территории; в) не создает обязательств для производителя.

Исходя из положений ст. 1 Типового контракта к дистрибьюторским соглашениям следует относить договор, по которому поставщик предоставляет, а дистрибьютор принимает на себя исключительное право на маркетинг (размещение) и продажу товаров, указанных в приложении к договору, на территории, определенной в приложении к договору.

Определение дистрибьюторского договора содержится в ст. IV.E.-5:101 Модельных правил ЕЧП: по этому договору одна сторона, поставщик, обязуется на постоянной основе поставлять другой стороне, дистрибьютору, продукт, а дистрибьютор обязуется покупать его либо принимать, оплачивать и продавать третьим лицам от своего имени и в своих интересах. Приведенная дефиниция не отличается от вышеприведенного определения.

Руководство в принципе может использоваться при составлении любых международных дистрибьюторских договоров, хотя здесь и содержится упоминание о том, что дистрибьютору часто предоставляется исключительное

право сбыта. Типовой контракт направлен на регулирование отношений с монопольным дистрибьютором-импортером, т.е. лицом, которое единолично осуществляет продвижение и сбыт товаров экспортера на закрепленной за ним территории.

Модельные правила ЕЧП достаточно четко определяют их сферу применения, выделяя три разновидности дистрибьюторских договоров: исключительный дистрибьюторский договор, избирательный дистрибьюторский договор и исключительный договор о закупках. Исключительный дистрибьюторский договор представляет собой договор, в силу которого поставщик обязуется осуществлять поставку продукции на определенной территории или для определенной группы потребителей только одному дистрибьютору (п. 2 ст. IV.Е.-5:101 Модельных правил ЕЧП). Избирательным дистрибьюторским договором является дистрибьюторский договор, по которому поставщик обязуется напрямую или опосредованно поставлять продукцию только дистрибьюторам, отвечающим определенному критерию (п. 3 ст. IV.Е.-5:101). Исключительный договор о закупках представляет собой соглашение, в силу которого дистрибьютор обязуется покупать, принимать и оплачивать продукцию только у определенного поставщика или указанного им лица (п. 4 ст. IV.Е.-5:101).

В литературе поддерживается позиция о том, что международный дистрибьюторский договор отнесен в Руководстве и Типовом контракте к организационным договорам¹. То же самое можно сказать в отношении ПАФД и Модельных правил ЕЧП.

Основными принципами, которыми стороны должны руководствоваться при исполнении обязательств по дистрибьюторскому договору, называются принципы добросовестности и честного ведения торговли (ст. 2.1 Типового контракта). В Руководстве упоминается принцип сотрудничества (раздел 12). Модельные принципы ЕЧП содержат целый ряд установок, в соответствии с

¹ Каширина Т.В. Дистрибьюторский договор и его место в системе договоров ГК РФ // Закон. 2011. N 6. С. 197.

которыми строятся частнопроводные отношения в Европе, однако в разделе, посвященном дистрибуции, довольно часто встречаются термины с прилагательным «разумный».

Как было установлено ранее, предметом дистрибуторского договора является организация сбыта дистрибутором товаров поставщика, определенных договором, на установленной договором территории. Таким образом, одним из ключевых условий, подлежащих отражению в договоре, является установление договорных товаров, продвижение и сбыт которых должен осуществлять дистрибутор. В Руководстве и Типовом контракте значительное внимание уделяется определению договорных товаров (п. 7.1 Руководства; ст. 1 Типового контракта). В Модельных правилах ЕЧП положений о договорных товарах не содержится, что представляется одним из их недостатков, поскольку условие о договорных товарах является, на наш взгляд, одним из существенных условий рассматриваемого договора.

Существенными условиями рассматриваемого договора являются определение в нем территории, на которой будет действовать дистрибутор (раздел 8 Руководства; ст. 12 Типового контракта), а также правила о продаже товаров за пределами договорной территории. Модельные правила ЕЧП подобных правил не содержат.

Нет в Модельных правилах ЕЧП условия о так называемой «неконкуренции» дистрибутора с поставщиком, которое включено в ст. 11.12 Руководства и п. 4.1 Типового контракта.

Организация продвижения и сбыта товаров поставщика предполагает согласование ими еще ряда условий, связанных с рекламой товаров, участием в выставках, ярмарках, условиями о поставках товаров, цене, объеме продаж, использованием интеллектуальной собственности и др.

Модельные правила ЕЧП не содержат специального положения об организации продаж (сбыта). Вместе с тем в обязанности дистрибутора входит обязанность сбывать продукт. Согласно ст. IV.Е.-5:301 дистрибутор,

действующий на основании избирательного дистрибьюторского договора или исключительного дистрибьюторского договора, должен, насколько это возможно, принимать разумные меры для того, чтобы содействовать распространению продуктов.

Важной обязанностью дистрибьютора является обязанность следовать указаниям поставщика в том, что касается сбыта товаров (п. 11.1 Руководства). В ст. IV.Е.-5:304 Модельных правил ЕЧП содержится положение об обязанности дистрибьютора, действующего на основании исключительного или избирательного договоров, следовать указаниям поставщика, направленным на обеспечение надлежащего сбыта товаров либо на поддержание общественного мнения о нем или его узнаваемости.

Одним из важных условий, подлежащих отражению в дистрибьюторском договоре, является обязанность по предоставлению информации, которая закреплена за обеими сторонами договора (пункты 11.10 и 12.5 Руководства; статьи 10 и 18 Типового контракта). В соответствии со ст. IV.Е.-5:202 Модельных правил ЕЧП поставщик во время исполнения договора должен предоставить информацию, в частности, о: а) характеристиках продукта; б) ценах и условиях поставки продукта; в) рекомендуемых цене и условиях перепродажи продукта потребителям; г) относящихся к делу связях между поставщиком и потребителями; д) рекламных кампаниях, имеющих отношение к делу. В свою очередь, дистрибьютор должен информировать о: а) заявленных или возможных притязаниях третьих лиц относительно интеллектуальных прав поставщика, б) фактах нарушения третьими лицами интеллектуальных прав поставщика (ст. IV.Е.-5:302).

Еще одним важным условием, которое желательно отразить в дистрибьюторском договоре, является условие о распределении между сторонами расходов на рекламу (пункты 11.5 и 11.6 Руководства; ст. 6 Типового контракта), однако подобных положений в Модельных правилах ЕЧП нет.

С положением о рекламе тесно связана обязанность поставщика передать дистрибьютору рекламные материалы о приобретаемых товарах (п. 12.6 Руководства; статьи 18 и 22 Типового контракта). В соответствии со ст. IV.Е.-5:204 Модельных правил ЕЧП поставщик обязан по разумной цене предоставить дистрибьютору все имеющиеся у него рекламные материалы, необходимые для надлежащего распространения и продвижения продукта. В отличие от Руководства и Типового контракта в Модельных правилах ЕЧП предусмотрена возмездная передача рекламных материалов.

В дистрибьюторском договоре необходимо отразить условие о поставках товаров дистрибьютору и ценах (п. 10.1 Руководства; ст. 7 Типового контракта). В Модельных правилах ЕЧП указанному вопросу посвящена ст. IV.Е.-5:201, согласно которой поставщик обязан поставить заказанный дистрибьютором продукт постольку, поскольку это осуществимо, а заказ является разумным. Кроме того, поставщик должен предоставить дистрибьютору в том числе информацию о ценах и условиях поставки продукта, а также рекомендуемых цене и условиях перепродажи продукта потребителям (ст. IV.Е.-5:202).

Важным также является определение объемов поставки и гарантируемого минимума продаж. Подобные положения содержит ст. 8 Типового контракта, согласно которой стороны ежегодно договариваются об объеме продаж на предстоящий год; стороны будут прилагать все усилия для достижения согласованного объема продаж, однако его невыполнение не является нарушением стороной договора, за исключением вины такой стороны. Кроме того, стороны могут договориться о гарантированном минимуме продаж и о последствиях его недостижения. Как отмечает Н.Г. Вилкова, в первом случае, когда речь идет об объемах продаж, в обязанности сторон входит приложение всех усилий для достижения согласованного объема продаж как конечной цели сделки, а его недостижение не рассматривается как нарушение одной из сторон договора. Указание на гарантированный минимум продаж во втором случае

означает принятие сторонами, прежде всего дистрибьютором, соответствующих обязательств¹. В п. 11.4 Руководства включено положение о возможном принятии дистрибьютором обязательства о минимуме закупок.

Подобных норм Модельные правила ЕЧП не содержат. Вместо этого в них есть правила об обязанностях сторон уведомить о снижении объемов поставок. Так, согласно ст. IV.E.-5:203 поставщик обязан в разумный срок предупредить дистрибьютора об ожидаемом снижении объема поставок до уровня значительно ниже того, который дистрибьютор мог обоснованно ожидать. Для целей применения этого положения предполагается, что поставщик должен предвидеть то, что мог бы предвидеть всякий разумный поставщик. Кроме того, в п. 3 ст. IV.E.-5:203 сказано: стороны не могут исключить применение этой статьи полностью или частично или изменить ее действие при заключении исключительного договора о закупках. Обязанность уведомления о снижении требуемых объемов поставки имеется и у дистрибьютора (ст. IV.E.-5:303 Модельных правил ЕЧП).

Условие о ценах, которыми должен руководствоваться дистрибьютор во время перепродажи товаров, получило отражение в Руководстве, Типовом контракте и Модельных правилах ЕЧП. В соответствии с последним документом поставщик должен предоставить дистрибьютору информацию относительно рекомендованных цен и условиях перепродажи продукта потребителям (ст. IV.E.-5:202).

Важным условием дистрибьюторского договора является условие о дистрибьюторских комиссионных (п. 12.8 Руководства). Интересно, что Руководство предусматривает возможность заключения смешанных агентско-дистрибьюторских соглашений. Положение о комиссионных, включая случаи, когда поставщик осуществляет так называемые прямые продажи, предусмотрено также в ст. 17 Типового контракта. Подобные положения отсутствуют в Модельных правилах ЕЧП.

¹ Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002. С. 394.

Дистрибьюторский договор должен содержать условие, предусматривающее использование товарных знаков поставщика и их защиту. Руководство и Типовой контракт утверждают достаточно подробные правила на этот счет (например, пункты 11.13 и 11.14 Руководства; ст. 13 Типового контракта). В Модельных правилах ЕЧП в отношении объектов промышленной собственности содержится лишь правило, согласно которому дистрибьютор обязан передать поставщику информацию, в частности, о: а) заявленных или возможных притязаниях третьих лиц относительно интеллектуальных прав поставщика; б) фактах нарушения третьими лицами интеллектуальных прав поставщика (ст. IV.Е.-5:302). Ничего о предоставлении права использования объектов промышленной собственности дистрибьютору в данном документе не говорится.

Относительно конфиденциальной информации соответствующие положения содержат п. 11.15 Руководства и ст. 14 Типового контракта. В Модельных правилах ЕЧП ничего о конфиденциальной информации не сказано.

В соответствии с п. 11.3 Руководства в дистрибьюторском договоре может быть предусмотрено условие, позволяющее дистрибьютору назначать субдистрибьюторов или агентов. Подобные правила содержатся и в Типовом контракте, однако в Модельных правилах ЕЧП они отсутствуют.

Дистрибьюторский договор может быть заключен на определенный либо на неопределенный срок. Обе разновидности указанного условия прописаны в пунктах 13.2 и 13.3 Руководства, а также в ст. 19 Типового контракта, включая правила о его досрочном расторжении. Отдельные положения в исследуемых документах предусмотрены в отношении выплаты компенсации в случае прекращения дистрибьюторского договора (раздел 14 Руководства, ст. 21 Типового контракта).

При формулировании условий международного дистрибьюторского договора необходимо разрешить вопросы относительно юрисдикции и

применимого к договору права по вопросам, в нем не урегулированным. В соответствии с разделом 16 Руководства в контракте всегда следует предусматривать применимое к нему право, однако выбор какого-либо определенного права не обязательно препятствует применению общепринятых или императивных норм права страны дистрибьютора, особенно в том случае, когда спор рассматривается судом страны дистрибьютора. Споры разбираются государственными судами данной страны либо арбитражем.

В Типовом контракте предлагается два варианта выбора применимого к дистрибьюторскому договору права. В соответствии с одним из них вопросы, возникающие из данного договора, которые в явно выраженной или подразумеваемой форме нельзя разрешить, используя положения, содержащиеся в самом контракте, регулируются: а) общепризнанными в международной торговле принципами права, применимыми к международным дистрибьюторским контрактам; б) соответствующими торговыми обычаями и в) Принципами международных коммерческих договоров УНИДРУА¹. Альтернативным вариантом является избрание в качестве применимого права национального права какого-либо государства. При этом в соответствии с п. 24.2 Типового контракта подлежат учету нормы права страны места нахождения коммерческого предприятия дистрибьютора, которые регулируют соответствующие отношения, даже если к контракту применимо иностранное право. Модельные правила ЕЧП подобных положений о подлежащем применению праве не содержат.

В целом нужно отметить: Модельные правила ЕЧП (глава «Дистрибуция») посвящены лишь особенностям правового регулирования дистрибьюторских договоров, это означает, что все остальные вопросы, связанные с их заключением и исполнением, должны решаться в соответствии с общими нормами этого документа. Приводя определения трех разновидностей дистрибьюторских договоров, Модельные правила ЕЧП по сути регулируют

¹ Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год) // Закон. 1995. N 12.

только две из них, оставляя практически за пределами своего внимания исключительный договор о закупках. Модельные правила ЕЧП не регламентируют вопросы, связанные с предоставлением поставщиком дистрибьютору прав на объекты интеллектуальной собственности (товарные знаки). Модельные правила ЕЧП постоянно оперируют термином «разумный» и связанными с ним дефинициями: разумный заказ, разумный срок, разумная цена, разумные меры, разумные указания, разумные пределы. В частности, дистрибьютор, действующий на основании исключительного или избирательного дистрибьюторских договоров, обязан следовать разумным указаниям поставщика, направленным на обеспечение надлежащего сбыта продукции либо на поддержание общественного мнения о нем или его узнаваемости. Нужно отметить, что термин «разумность» содержится в Книге I «Общие положения» Модельных правил ЕЧП. Согласно ст. I-1:104 «Разумность» разумность должна быть установлена объективно, с учетом природы и цели совершаемого действия, обстоятельств дела, а также соответствующих обычаев и сложившейся практики. В целом в отсутствие определения терминов, связанных с разумностью, в том числе упомянутого выше термина «разумные указания», судьям предоставлено широкое усмотрение при рассмотрении споров, вытекающих из подобных договоров.

2.3. Договорная координация предпринимательской деятельности посредством коммерческой концессии (франчайзинга)

В практике мировой и зарубежной торговли хорошо известны договорные механизмы, которые опосредуют схемы выхода на рынок с использованием принципов юридической и хозяйственной монополии в осуществлении деятельности на договорной территории с предоставлением исключительного права на проведение определенных коммерческих операций.

В литературе отмечается, что корни подобных форм предпринимательской деятельности обнаруживают себя в Англии в начале XIX века¹. В то время многие владельцы мелких пивных, испытывавшие денежные затруднения, стали обращаться за финансовой поддержкой к владельцам пивоваренных заводов, обязуясь приобретать их продукцию только у определенных поставщиков. В середине XIX века аналогичные процессы, но уже в иной сфере деятельности, начали происходить в США. Фирмы McCormick Co и Singer Co, занимавшиеся производством сельскохозяйственной техники и швейных машинок, соответственно, имели сеть сбытовых агентов, в задачу которых, помимо продажи продукции компаний, входило обучение пользователей приемам работы на новом оборудовании.

Основы действующей в настоящее время системы договорных механизмов сбыта товаров, работ и услуг заложили американские автомобилестроительные фирмы в начале позапрошлого столетия. Они обеспечивали обучение ремонту и обслуживанию своих изделий независимых агентов по сбыту, которые получали вознаграждение за увеличение объемов продаж и рост доходов от обслуживания ранее проданных автомобилей.

¹ Нэнси Черч. Знакомьтесь - франшизинг // Проблемы теории и практики управления. 1991. N 13. С. 113 - 117; Разумнова И.И. «Франчайзинг» - система реализации товаров и услуг // США: экономика, политика, идеология. 1988. N 4. С. 22 - 29.

Среди предшественников новой формы предпринимательства называют также фирмы, владеющие определенными секретными рецептурами, например Соса-Сола, и кооперативы в области розничной торговли.

Наиболее широкое распространение новые системы сбыта получили в 80-х годах прошлого столетия, поскольку наблюдался быстрый рост числа мелких собственников, желающих заключить контракты с крупными фирмами-поставщиками.

Договорные формы скоординированного сбыта, получившие известность во всем мире, нашли свое применение и в России. Пионерами освоения отечественного рынка являются такие известные компании, как «Рэнк Ксерокс», «Макдональдс», «Пицца-Хат», «Нефто Аджип», «Баскин Роббинс» и некоторые другие. Именно они приложили немало усилий для насыщения российского рынка товарами и услугами зарубежного происхождения.

Первой российской фирмой, обратившейся к подобной форме предпринимательства, является фирма «Дока» из г. Тольятти, которая специализировалась на производстве мини-пекарен и оборудования для изготовления хрустящего картофеля.

Очевидно, что право на существование имеют самые разнообразные формы отношений по сбыту товаров, работ и услуг, в которых используется широкий спектр юридических приемов и механизмов, способствующих развитию взаимовыгодных предпринимательских связей.

Наиболее широко данные приемы и механизмы реализуются в конструкциях договоров об исключительном сбыте, лицензионных соглашениях и договорах о франчайзинге.

Давая краткую характеристику некоторым из них, следует подчеркнуть, что все они являются соглашениями, включающими условия по регламентации отношений, связанных как с основным предметом сделки, так и с множеством дополнительных условий, касающихся предоставления технических, коммерческих, инжиниринговых, консультационных и т.п. услуг.

Договор об исключительном сбыте, именуемый иначе как договор о предоставлении исключительных прав продажи (*exclusive dealing agreement*) или как договор на исключительное размещение товаров (*distribution agreement*), представляет собой соглашение, по которому продавец - промышленная или торговая фирма предоставляет покупателю - оптовой фирме единоличные права на торговлю товарами определенного вида на установленной территории, а покупатель избирает продавца единственным субъектом поставки этих товаров. При этом покупатель обязуется прилагать всевозможные усилия для продвижения товаров продавца на рынке, как правило, среди розничных торговцев или индивидуальных потребителей. Все коммерческие риски продвижения товара возлагаются на покупателя, который в данном случае довольствуется прибылью, определяемой как разница между продажной и покупной ценами товара. Продавца обычно не интересует ход реализации товара, поскольку покупатель не находится в положении агента. Однако продавец не может игнорировать такие аспекты продвижения товара, как спрос на него, рыночная конъюнктура, вопросы рекламирования товара, а в ряде случаев и вопросы правовой охраны объектов интеллектуальной собственности продавца. Последние, как правило, в рамках конструкции исключительного сбыта не представляются покупателю для целей использования в предпринимательской деятельности. Продавец может прямо включить в условия договора пункт, запрещающий покупателю производить, копировать или имитировать товар, изготовленный с использованием запатентованного изобретения, полезной модели или промышленного образца. Специалисты определяют подобный тип договора как договор о коммерческой концессии (*contract de concession commercial*)¹.

Соглашение о франчайзинге (*contract of franchising*) представляет собой разновидность лицензионного соглашения, по которому лицензиат франшизы

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев. М.: Международные отношения, 1993. С. 381.

функционирует под фирменным наименованием лицензиара, выплачивая последнему определенное вознаграждение.

Принято различать три типа франшизы, а именно:

- сбытовые франшизы (сбытовой франчайзинг);
- франшизы на обслуживание (франчайзинг на обслуживание);
- производственные франшизы (производственный франчайзинг)¹.

Сбытовой франчайзинг заключается в том, что изготовитель - лицензиар франшизы передает право продажи товара на строго определенной территории. В свою очередь, приобретатель права обязуется закупать данные изделия исключительно у изготовителя - лицензиара.

Франчайзинг на обслуживание заключается в предоставлении лицензиату некоторого пакета услуг, в частности секретов и методов сервисного обслуживания, методов сбыта, знаков обслуживания и т.п.

Производственный франчайзинг заключается в предоставлении лицензиату права на производство товаров, которое осуществляется на основе технических решений, охраняемых патентами, а затем реализуемых с использованием товарного знака лицензиара.

Перечисленные выше типы франчайзинга часто сочетаются с признаками договора об исключительном сбыте. При этом могут наблюдаться самые различные модификации соглашений, но с условием сохранения одного из ключевых элементов франчайзинга, а именно права лицензиара на контроль деятельности лицензиата франшизы в целях обеспечения надлежащей поддержки качества и стандартов товара (работ, услуг), продаваемого под обозначением лицензиара.

В зависимости от сферы деятельности лиц, участвующих во франчайзинге, выделяют следующие семь типов франчайзинговых систем:

- производство - производство;
- производство - оптовая торговля;

¹ Регламент Комиссии (ЕС) от 30 ноября 1988 г. N 4087/88 о применении статьи 85(3) Римского договора к отдельным видам франшизных соглашений.

- производство - розничная торговля;
- оптовая торговля - оптовая торговля;
- оптовая торговля - розничная торговля;
- розничная торговля - розничная торговля;
- предприятие обслуживания - предприятие обслуживания¹.

В зависимости от размера первоначальных затрат выделяют три вида франчайзинга:

- рабочий;
- коммерческий;
- инвестиционный².

В целом франчайзинг можно, а исходя из современной практики коммерческого оборота - и нужно рассматривать как договорный институт, имеющий элементы лицензионного соглашения и соглашения об исключительном сбыте. Этот смешанный по своей юридической природе договор позволяет сформировать систему предпринимательства в сфере производства и реализации товаров, работ и услуг и скоординировать усилия участников производства и реализации той либо иной продукции.

В Принципах, определениях и модельных правилах европейского частного права договор франчайзинга рассматривается как соглашение, в силу которого одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (франчайзи) право осуществлять за вознаграждение предпринимательскую деятельность (франчайзинг) в рамках франчайзинговой сети с целью предоставления определенного продукта в интересах и от имени франчайзи, а франчайзи имеет право и обязан использовать фирменное наименование и товарный знак, иные права интеллектуальной собственности, ноу-хау и способ организации деятельности франчайзера.

¹ Сирополис Н.К. Управление малым бизнесом. М., 1997. С. 144 - 145.

² Стэнворт Д., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе. М.: Аудит, 1996. С. 22.

Институт франчайзинга имеет достаточно широкое применение в ряде зарубежных стран, например в США, но он нормативно не регламентирован в российском национальном законодательстве.

Наиболее близким к соглашениям о франчайзинге является сравнительно новый для российского гражданского правопорядка и коммерческого оборота договор коммерческой концессии.

Традиционно понятие «концессия» (от лат. *concessio* - разрешение) в российском юридическом обиходе употреблялось в смысле договора, заключенного государством с частным предпринимателем, как правило, иностранной фирмой, на осуществление определенной деятельности, связанной с недропользованием или эксплуатацией промышленных предприятий. Сегодня ему придан совершенно иной смысл.

В соответствии со ст. 1027 ГК РФ¹ по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (*ноу-хау*).

Как следует из приведенного определения, договор коммерческой концессии является возмездным, взаимным и консенсуальным. Он может быть срочным или бессрочным.

Поскольку указанный договор регламентирован нормами действующего законодательства в качестве самостоятельного, его не следует относить к разновидности смешанных договоров.

Несмотря на то что действующее законодательство выделяет договор коммерческой концессии в качестве самостоятельного, нельзя не отметить

¹ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. N 5. Ст. 410.

известное, хотя и отдаленное родство указанного договора с рядом других гражданско-правовых договоров, например таких, как договоры поручения, комиссии, агентские договоры, договоры простого товарищества, лицензионные договоры.

Всех их сближает возможность опосредования сходных общественных отношений по сбыту продукции, оказанию посреднических услуг, которое зиждется на принципах сотрудничества сторон, стремящихся к достижению общей цели. Однако юридическое содержание договорных отношений в названных видах соглашений различно. В чем проявляется это различие?

Во-первых, в предмете договора. Ядром предмета договора коммерческой концессии являются исключительные права имущественного характера (комплекс исключительных прав), в то время как предметом договора простого товарищества является соединение вкладов товарищей и их совместные действия для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели (п. 1 ст. 1041 ГК РФ), предметом агентирования - юридические и иные действия (п. 1 ст. 1005 ГК РФ), предметом комиссии - совершение одной или нескольких сделок (п. 1 ст. 990 ГК РФ), предметом поручения - определенные юридические действия (п. 1 ст. 971 ГК РФ).

Во-вторых, в имущественно-правовых последствиях исполнения договора. Пользователь, осуществляя без поручения самостоятельную предпринимательскую деятельность с использованием комплекса предоставленных правообладателем исключительных прав и совершая определенные сделки с потребителями, самостоятельно приобретает права и несет обязанности по этим сделкам. В договоре поручения права и обязанности по сделке, совершенной поверенным, возникают непосредственно у доверителя. Поскольку по договору комиссии сделки совершаются комиссионером от своего имени по поручению и за счет комитента, имущественные последствия таких сделок для последнего очевидны. Похоже строятся отношения между агентом и принципалом в агентском договоре.

В-третьих, в составе сторон, обязанных выплачивать вознаграждение. По договору коммерческой концессии стороной, обязанной выплачивать вознаграждение, является пользователь (должник). По договору комиссии, агентскому договору стороной, обязанной выплачивать вознаграждение, является комитент или принципал (кредиторы). В случаях, предусмотренных законом, иными правовыми актами или договором поручения, аналогичная обязанность возлагается и на доверителя. По договору простого товарищества товарищи, объединенные общим интересом, действуют для целей извлечения прибыли, а прибыль, полученная в результате такой деятельности, распределяется пропорционально стоимости вкладов.

В-четвертых, в статусе сторон договора. По договору коммерческой концессии как правообладатель, так и пользователь должны являться лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность. Для сторон договоров комиссии, поручения, агентирования, совместной деятельности законодатель подобного требования не устанавливает.

Договор коммерческой концессии имеет много сходных черт с лицензионным договором, что не отвергает и ряда принципиальных отличий между ними. Наиболее значимыми из этих отличий являются следующие.

Предметом лицензионного договора является право на использование или исключительное право на использование охраняемого результата интеллектуальной деятельности, в том числе средства индивидуализации продукции, за исключением коллективных знаков и наименований мест происхождения товаров, в то время как предметом договора коммерческой концессии должен быть комплекс исключительных прав, включающих в обязательном порядке право на товарный знак или знак обслуживания.

Следующим отличием лицензионного договора от договора коммерческой концессии является наличие требования законодателя об использовании предоставленного комплекса исключительных прав в

предпринимательской деятельности пользователя. Подобное требование для лицензионных договоров не установлено.

И наконец, третье отличие состоит в возможности передачи по лицензионному договору прав на использование охраняемого результата интеллектуальной деятельности, объем которых может быть и неисключительным.

В то же время согласно п. 4 ст. 1027 к договору коммерческой концессии, соответственно, применяются правила раздела VII ГК РФ о лицензионном договоре, если это не противоречит существу договора коммерческой концессии.

К элементам договора коммерческой концессии относятся его стороны, предмет, цена договора, срок, форма и содержание, т.е. права и обязанности сторон.

Сторонами договора коммерческой концессии являются правообладатель и пользователь. В роли правообладателя могут выступать лица, обладающие на момент заключения договора исключительным правом на товарный знак и (или) коммерческое обозначение и другими исключительными правами на результаты интеллектуальной деятельности. К их числу относятся коммерческие организации по российскому законодательству, а также иностранные юридические лица и иностранцы - индивидуальные предприниматели, обладающие соответствующим комплексом исключительных прав. В роли пользователя могут выступать как коммерческие организации, так и индивидуальные предприниматели.

Предмет договора коммерческой концессии представляет собой право использования совокупности исключительных прав в сочетании с ноу-хау, деловой репутацией и коммерческим опытом, принадлежащих на момент заключения договора правообладателю. Предмет договора коммерческой

концессии является сложным образованием и включает в себя ряд обязательных и факультативных элементов¹.

К обязательным элементам, входящим в состав предмета договора по смыслу п. 1 ст. 1027 ГК РФ, относится исключительное право на использование товарного знака или знака обслуживания.

К факультативным элементам, входящим в состав предмета договора коммерческой концессии по смыслу п. 2 ст. 1027 ГК РФ, относятся деловая репутация и коммерческий опыт правообладателя. Кроме того, в качестве факультативных элементов могут выступать любые исключительные права имущественного характера, наличие которых в сочетании с исключительным правом на товарный знак превысит минимальный объем (не менее двух разновидностей прав исключительного характера) требуемого по закону комплекса исключительных прав.

В отличие от правил, закрепленных в Принципах европейского частного права, правила действующего российского законодательства исключают из предмета договора коммерческой концессии право на использование в предпринимательской деятельности пользователя фирменного наименования правообладателя. Кроме того, российская модель отношений между правообладателем и пользователем содержит в высшей степени ошибочное положение, предусматривающее передачу пользователю исключительного права на ноу-хау без передачи самого ноу-хау. Это нежизнеспособная модель. Совершенно иначе урегулированы отношения по поводу ноу-хау между франчайзером и франчайзи в Принципах европейского частного права. Согласно разд. 2 книги 4 указанных Принципов в период действия договорных отношений франчайзер обязан передавать франчайзи знания и опыт (ноу-хау), необходимые для ведения дел. При этом стороны не вправе исключить применение данного правила полностью или частично или изменить его действие. Из приведенной формулировки следует, что, во-первых, франчайзи

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.: Статут, 2004. С. 990, 1005 - 1013.

передается не право, а знания и опыт, и, во-вторых, процесс передачи носит длящийся характер, поскольку знания и опыт франчайзера не являются постоянной величиной и могут меняться в период договорных отношений.

Цена договора коммерческой концессии как одно из существенных условий является не менее сложно определяемым элементом данного соглашения, чем его предмет. Оценка стоимости предоставляемого комплекса исключительных прав может зависеть от множества факторов, основными из которых принято считать: затраты правообладателя на получение правовой охраны объекта интеллектуальной собственности; затраты на разработку товарного знака, изобретения, промышленного образца и др.; затраты на рекламу объекта интеллектуальной собственности; срок действия охранного документа на момент заключения договора; стоимость страхования объекта интеллектуальной собственности; уровень правовой охраны объектов промышленной собственности (блок патентов, семейство аналогов, одиночный патент на базовое решение, одиночный патент на развивающее или второстепенное решение и т.п.).

В то же время пакет услуг, предоставляемый правообладателем, требует от него дополнительных затрат, которые связаны с выбором места сбыта товара (работ, услуг), получением соответствующих разрешений от уполномоченных на их выдачу органов, надзором за процессом сбыта продукции, разработкой программ обучения персонала пользователя и организацией обучения, обеспечением документацией и средствами труда.

Все множество факторов, влияющих на цену договора, в конечном счете выражается в интегрированном критерии, именуемом вознаграждением. Его формы могут быть самыми различными. Наиболее распространенной формой расчетов с правообладателем является выплата ему первоначального вознаграждения (аккордной суммы). В течение срока действия договора коммерческой концессии пользователь, как правило, выплачивает

правообладателю роялти, которые определяются как процент от продаж, надбавки к оптовой цене.

В ст. 1030 ГК РФ содержатся некоторые рекомендательные варианты способа расчетов пользователя с правообладателем. Так, вознаграждение по договору коммерческой концессии может выплачиваться пользователем правообладателю в форме фиксированных разовых и (или) периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи, или в иной форме, предусмотренной договором.

Срок договора коммерческой концессии устанавливается по взаимному согласию сторон. Законом допускается заключать договор на срок или без указания срока. В юридической литературе высказываются различные точки зрения на принадлежность данного элемента договора к существенным условиям последнего.

Так, В.В. Витрянский отмечает: «В качестве существенного условия по признаку необходимости для договоров данного типа может быть названо условие о сроке действия договора коммерческой концессии»¹. И.В. Никифоров, равно как и А.А. Иванов, не считает, что срок относится к существенным условиям договора коммерческой концессии².

На наш взгляд, срок в договоре коммерческой концессии не является его существенным условием.

Требования, предъявляемые к форме договора коммерческой концессии, содержатся в ст. 1028 ГК РФ. Указанный договор должен быть заключен в письменной форме, т.е. путем составления одного документа, подписанного сторонами, либо путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, электронной или иной связи, позволяющей

¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2004. С. 1012.

² Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2009. Т. 2. С. 739; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть 2 (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Статут, 2006. С. 890.

достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору. Несоблюдение письменной формы влечет его недействительность. Такой договор считается ничтожным.

Наряду с письменной формой совершения договора коммерческой концессии установлена норма о необходимости регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности предоставления права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав. При несоблюдении этого требования предоставление права использования считается несостоявшимся.

Содержание договора коммерческой концессии образуют права и обязанности сторон. При этом права и обязанности взаимно присутствуют как у правообладателя, так и у пользователя.

Обязанности правообладателя по договору коммерческой концессии в виде открытого их перечня сформулированы законодателем в ст. 1031 ГК РФ.

Основной обязанностью правообладателя, которая возлагается на него по закону, является передача пользователю технической и коммерческой документации и предоставление иной информации, необходимой пользователю для осуществления прав, предоставляемых ему по договору, а также инструктаж пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав. Указанная обязанность, между тем, носит сугубо служебный характер, поскольку обслуживает акт предоставления пользователю комплекса исключительных прав, осуществление которых было бы затруднено без дополнительной информации. Поскольку природа договора коммерческой концессии предполагает взаимные согласованные действия сторон и дух сотрудничества, объем передаваемой документации и предоставляемой информации не может являться строго фиксированной величиной. Он может меняться в зависимости от конкретных обстоятельств и этапов исполнения договора. Очевидно, что «дозировкой» экономической, технической и

коммерческой информации должен заниматься правообладатель. При этом для всех видов предоставляемой пользователю информации, а также объема передаваемых сведений должен быть присущ принцип единства их целевого назначения, который означает, что информация передается пользователю только для достижения тех целей, которые преследует конкретный договор. С другой стороны, правообладатель не может располагать всем объемом экономической и коммерческой информации, требуемой для освоения какого-либо локального рынка, на котором предстоит действовать пользователю. Поэтому и сам правообладатель заинтересован в том, чтобы привлечь к продвижению своей продукции лиц, обладающих большим, чем он, объемом информации о конкретном локальном рынке, условиях спроса на нем, о репутации правообладателя и т.п.

Обязанности правообладателя, носящие диспозитивный характер, определены законодателем в п. 2 ст. 1031 ГК РФ. Если договором коммерческой концессии не предусмотрено иное, правообладатель обязан обеспечить государственную регистрацию договора коммерческой концессии.

Указанная обязанность не требует от правообладателя ведения дел по регистрации договора, а предусматривает осуществление мер обеспечительного характера, например уплаты пошлины или регистрационного сбора.

В договоре коммерческой концессии может быть установлена обязанность правообладателя по оказанию пользователю постоянного технического и консультативного содействия, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников. Фактическое содействие консультативного и обучающего характера со стороны правообладателя означает, по существу, не только повышение профессионального уровня работников пользователя, но и инвестиции в подготовку новых пользователей, т.е. в специфический человеческий капитал.

По договору коммерческой концессии правообладатель может быть обязан осуществить контроль качества товаров (работ, услуг), производимых

(выполняемых, оказываемых) пользователем по условиям договора. Указанная обязанность призвана стимулировать правообладателя к поддержке надлежащего качества сбытовых сетей. Речь, по существу, идет о создании некой системы внутренней сертификации, в рамках которой и осуществляется контроль качества.

Обязанности пользователя по договору коммерческой концессии определены законодателем в ст. 1032 ГК РФ главным образом императивно. Основной обязанностью пользователя является использование при осуществлении предусмотренной договором деятельности товарного знака, знака обслуживания или иного средства индивидуализации правообладателя указанным в договоре образом. Характер и особенности деятельности пользователя во многом зависят от объема предоставленного по договору комплекса исключительных прав и сферы предпринимательской деятельности реципиента указанного комплекса.

Следующей обязанностью пользователя является обеспечение соответствия качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем. Указанная обязанность перекликается с обязанностью правообладателя по контролю за качеством товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии, а также с правилом п. 2 ст. 1489 ГК РФ, согласно которому лицензиат обязан обеспечить соответствие качества производимых или реализуемых им товаров, на которых он помещает лицензионный товарный знак, требованиям к качеству, устанавливаемым лицензиаром. В качестве обязанности пользователя законодатель называет и соблюдение последним инструкций и указаний правообладателя, направленных на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем,

в том числе указаний, касающихся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав. Данная обязанность, если пренебречь весьма запутанной и противоречивой ее формулировкой в абз. 4 ст. 1032 ГК РФ, есть не что иное, как обязанность по поддержанию единого фирменного стиля с правообладателем. Что касается собственно формулировки указанной обязанности, то достаточно сложно себе представить, что законодатель имеет в виду под характером, способами и условиями использования комплекса исключительных прав, а также коммерческими помещениями, используемыми при осуществлении этих прав. К тому же правила внешнего и внутреннего оформления помещений подчинены требованиям, закрепленным в нормах специального законодательства.

В числе обязанностей пользователя фигурирует и оказание покупателям (заказчикам) всех дополнительных услуг, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя. Указанная обязанность дополняет обязанность пользователя по обеспечению надлежащего качества производимой им по договору коммерческой концессии продукции. Ее исполнение преследует цель соблюдения единых стандартов качества, принятых в системе внутренней сертификации продукции правообладателя.

К императивным обязанностям пользователя отнесен запрет на разглашение секретов производства правообладателя и другой полученной от него конфиденциальной коммерческой информации. Секреты производства, или ноу-хау, представляют собой информацию, составляющую коммерческую тайну. Раскрывая указанную обязанность в договоре коммерческой концессии, стороны должны детально определиться со сведениями, которые они отнесли в разряд секретов производства, и возложить на пользователя дополнительное обязательство по введению в отношении этих сведений режима коммерческой тайны. При этом стороны не вправе вводить режим коммерческой тайны по

отношению к сведениям, перечень которых закреплен в ст. 5 Федерального закона «О коммерческой тайне»¹. Что касается иной конфиденциальной коммерческой информации, то и в этом отношении стороны должны опираться на нормы действующего законодательства, в частности ст. 10 Федерального закона «О коммерческой тайне».

Следующей обязанностью пользователя является предоставление оговоренного количества субконцессий. Указанная обязанность носит диспозитивный характер и перекликается с правилом, содержащимся в предложении 2 п. 1 ст. 1029 ГК РФ, согласно которому в договоре коммерческой концессии может быть предусмотрена обязанность пользователя предоставить в течение определенного срока определенному числу лиц право пользования комплексом исключительных прав или частью этого комплекса на условиях субконцессии.

И наконец, последняя из сформулированных законодателем в ст. 1032 ГК РФ обязанностей пользователя заключается в информировании покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии.

Пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, по истечении срока договора коммерческой концессии имеет преимущественное право на заключение договора на новый срок.

При заключении договора коммерческой концессии на новый срок условия договора могут быть изменены по соглашению сторон.

Если правообладатель отказал пользователю в заключении договора коммерческой концессии на новый срок, но в течение года со дня истечения срока договора с ним заключил с другим лицом договор коммерческой концессии, по которому предоставлены те же права, какие были предоставлены

¹ Федеральный закон от 29.07.2004 N 98-ФЗ «О коммерческой тайне» // Собрание законодательства РФ. 2004. N 32. Ст. 3283.

пользователю по прекратившемуся договору, на тех же условиях, пользователь вправе потребовать по своему выбору в суде перевода на себя прав и обязанностей по заключенному договору и возмещения убытков, причиненных отказом возобновить с ним договор коммерческой концессии, или только возмещения таких убытков.

Ограничение прав сторон по договору коммерческой концессии. Примерный перечень ограничений прав сторон по договору коммерческой концессии сформулирован законодателем в п. 1 ст. 1033 ГК РФ в форме негативных обязательств, имеющих содержанием воздержание от совершения определенных действий. Установленные ограничения касаются главным образом пользователя, поскольку последний является фигурой, способной совершать недобросовестные конкурентные действия, реализуя в сфере своей предпринимательской деятельности комплекс исключительных прав, предоставленных правообладателем. Согласно указанной статье договором коммерческой концессии могут быть предусмотрены ограничения прав сторон по этому договору, в частности, могут быть предусмотрены:

- обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;

- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

- отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;

- обязательство пользователя реализовывать, в том числе перепродавать, произведенные и (или) закупленные товары, выполнять работы или оказывать услуги с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав по установленным правообладателем ценам, а равно обязательство пользователя не осуществлять реализацию аналогичных товаров, выполнение аналогичных работ или оказание аналогичных услуг с использованием товарных знаков или коммерческих обозначений других правообладателей;

- обязательство пользователя продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно в пределах определенной территории;

- обязательство пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

При этом условия договора коммерческой концессии, предусматривающие обязательство пользователя продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения, место жительства на определенной договором территории, являются ничтожными.

Ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

Обязательства сторон не совершать определенных действий носят диспозитивный характер и включаются в условия договора по их усмотрению.

Коммерческая субконцессия. В числе прав пользователя, которыми он наделяется по договору коммерческой концессии, может быть предусмотрено право разрешать другим лицам использование предоставленного ему комплекса исключительных прав или части этого комплекса на условиях субконцессии, согласованных с правообладателем либо определенных в договоре

коммерческой концессии. Указанное право по смыслу абз. 7 ст. 1032 ГК РФ трансформировано в обязанность пользователя, которая носит диспозитивный характер. Юридический смысл коммерческой субконцессии состоит в возложении на пользователя дополнительных функций, исполнение которых порождает мультиплицирующий эффект продвижения фирменной продукции на рынке.

Заключение

1. Законодательная дефиниция координации экономической деятельности, приведенная в Законе «О защите конкуренции» отражает лишь негативный аспект данного явления, то есть незаконную координацию, что является оправданным для целей антимонопольного законодательства, но не для целей всего предпринимательского права. Однако, координация в предпринимательстве оказывает как негативное, так и позитивное влияние на действия хозяйствующих субъектов и в целом на конкуренцию и состояние экономики. Негативное воздействие является результатом антиконкурентных соглашений и иных антиконкурентных действий субъектов. Позитивное имеет место, если координационные действия законны. В связи с этим следует вывод, что координацию экономической (в том числе предпринимательской) деятельности необходимо понимать широко как процесс целенаправленного воздействия на деятельность координируемых хозяйствующих субъектов, при этом она не является правонарушением в смысле законодательства о защите конкуренции.

2. Основаниями частноправовой координации предпринимательской деятельности вне зависимости от содержания координационного правоотношения (корпоративное или обязательственное (договорное)) являются различные формы согласованных волеизъявлений свободных равных частноправовых субъектов, содержащие в себе властные полномочия, предоставляющие возможность координатору осуществлять управляющее воздействие на координируемых хозяйствующих субъектов. Поэтому правовой основой всех правовых форм координации предпринимательской деятельности является гражданско-правовой договор. В этой связи необходима точная правовая регламентация и законодательная легитимация ограничений принципа свободы договора в отношении сделок, правовые последствия которых могут нанести ущерб конкуренции.

3. Основываясь на положениях Гражданского кодекса, с учетом научных позиций, под холдингом в современном правовом поле следует понимать не являющуюся юридическим лицом совокупность юридических лиц, образованную в предпринимательских целях, где одно хозяйственное общество (товарищество), в силу преобладающего участия в уставном капитале, либо в соответствии с заключенным договором, либо иным образом имеет возможность управлять другим хозяйственным обществом (либо другими хозяйственными обществами) через определение принимаемых им (ими) решений

4. Дистрибьюторский договор относится к модели, так называемой, косвенной (опосредованной) координации, о чем свидетельствует в частности, обязанность дистрибьютора следовать указаниям поставщика, направленным на обеспечение надлежащего сбыта товаров либо на поддержание общественного мнения о нем или его узнаваемости.

При этом несмотря на весьма широкое распространение, в практике взаимодействия между иностранными производителями товара и его импортерами дистрибьюторский договор не получил в России законодательной регламентации, что необходимо устранить.

5. Коммерческая концессия (франчайзинг) является формой косвенной координации. Это вытекает из обязанности пользователя исполнять инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том числе указаний, касающихся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав. О наличии координации свидетельствует и обязанность правообладателя по контролю за качеством товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора.

6. Франчайзинг следует рассматривать как договорный институт, имеющий элементы лицензионного соглашения и соглашения об исключительном сбыте. Этот смешанный по своей юридической природе договор позволяет сформировать систему предпринимательства в сфере производства и реализации товаров, работ и услуг и скоординировать усилия участников производства и реализации той либо иной продукции.

7. В договоре коммерческой концессии, предусмотренном в российском законодательстве, можно выделить характерные черты, отграничивающие его от других сходных правоотношений.

Во-первых, предметом договора коммерческой концессии являются исключительные права имущественного характера (комплекс исключительных прав).

Во-вторых, имущественно-правовые последствия исполнения договора заключаются в том, что пользователь, осуществляя самостоятельную предпринимательскую деятельность с использованием комплекса предоставленных правообладателем исключительных прав и совершая определенные сделки с потребителями, самостоятельно приобретает права и несет обязанности по этим сделкам.

В-третьих, по договору коммерческой концессии стороной, обязанной выплачивать вознаграждение, является пользователь (должник).

В-четвертых, сторонами данного договора могут быть только лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность.

Список использованной литературы

1. Нормативные правовые акты федерального уровня

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. // Российская газета от 25 декабря 1993 г.
2. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 N 14-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. N 5. Ст. 410.
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 N 51-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1994. N 32. Ст. 3301.
4. Федеральный закон от 31.12.2014 N 488-ФЗ «О промышленной политике в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2015. N 1 (часть I). Ст. 41.
5. Федеральный закон от 03.10.2014 N 279-ФЗ «О ратификации Договора о Евразийском экономическом союзе» // Собрание законодательства РФ. 2014. N 40 (часть I). Ст. 5310.
6. Федеральный закон от 06.12.2011 N 401-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О защите конкуренции» и отдельные законодательные акты Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2011. N 50. Ст. 7343.
7. Федеральный закон от 03.12.2011 N 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» // Собрание законодательства РФ. 2011. N 49 (ч. 5). Ст. 7058.
8. Федеральный закон от 28.11.2011 N 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе» // Собрание законодательства РФ. 2011. N 49 (ч. I). Ст. 7013.
9. Федеральный закон от 28.12.2009 N 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2010. N 1. Ст. 2.
10. Федеральный закон от 26.07.2006 N 135-ФЗ «О защите конкуренции» // Собрание законодательства РФ. 2006. N 31 (1 ч.). Ст. 3434.

11. Федеральный закон от 29.07.2004 N 98-ФЗ «О коммерческой тайне» // Собрание законодательства РФ. 2004. N 32. Ст. 3283.
12. Федеральный закон от 11.06.2003 N 74-ФЗ «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» // Собрание законодательства РФ. 16.06.2003. N 24. Ст. 2249.
13. Федеральный закон от 08.02.1998 N 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // Собрание законодательства РФ. 1998. N 7. Ст. 785.
14. Федеральный закон от 26.12.1995 N 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // Собрание законодательства РФ. 1996. N 1. Ст. 1.
15. Федеральный закон от 02.12.1990 N 395-1 «О банках и банковской деятельности» // Собрание законодательства РФ. 1996. N 6. Ст. 492.
16. Указ Президента РФ от 16.11.1992 N 1392 «О мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий» (вместе с «Временным положением о холдинговых компаниях, создаваемых при преобразовании государственных предприятий в акционерные общества») // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1992. N 21. Ст. 1731.
17. Указ Президента РФ от 25.05.1998 N 588 «О создании акционерной холдинговой компании «Главное всерегиональное строительное управление «Центр» // Собрание законодательства РФ. 1998. №22. Ст. 2409.
18. Указ Президента РФ от 25.05.1998 N 589 «О создании акционерной холдинговой компании «ГЛАВСТРОЙПРОМ» // Собрание законодательства РФ. 1998. N 22. Ст. 2410.
19. Постановление Правительства РФ от 21.12.1993 N 1311 «Об учреждении лесопромышленных холдинговых компаний» // Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1993. N 52. Ст. 5143.

2. Материалы правоприменительной практики

2.1. Акты Высшего Арбитражного Суда РФ

20. Постановление Пленума ВАС РФ от 14.03.2014 N 16 «О свободе договора и ее пределах» // Вестник ВАС РФ. 2014 (май). N 5.

2.2. Акты иных судебных инстанций

21. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.04.2014 N 09АП-44802/2013 // СПС «КонсультантПлюс».

22. Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 17.02.2011 N 09АП-34307/2010-АК по делу N А40-50830/10-144-209 // СПС «КонсультантПлюс».

23. Постановление ФАС Московского округа от 11.03.2011 N КА-А40/1320-11 по делу N А40-50033/10-130-237 // СПС «КонсультантПлюс».

24. Постановление ФАС Уральского округа от 29.04.2011 N Ф09-1942/11-С1 по делу N А76-15244/2010-45-358 // СПС «КонсультантПлюс».

25. Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 18 мая 2004 г. N Ф08-2062/2004-801А.

2.3. Материалы иных правоприменительных органов

26. Модельные правила европейского частного права / Пер. с англ.; науч. ред. Н.Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013 // СПС «КонсультантПлюс».

27. Регламент Комиссии (ЕС) от 30 ноября 1988 г. N 4087/88 о применении статьи 85(3) Римского договора к отдельным видам франшизных соглашений.

28. Руководство по составлению международных дистрибьюторских соглашений. Публикация N 441 Е. Серия: «Издания Международной Торговой Палаты» / Пер. с англ. М.: Консалтбанкир, 1996.

29. Принципы европейского договорного права: коммерческое агентирование, франшиза и дистрибуция // Коммерческое право. 2011. N 1.

30. Типовой дистрибьюторский контракт МТП. Монопольный импортер-дистрибьютор. Публикация N 646 Е. Серия: «Издания международной торговой палаты». 2-е изд. на рус. и англ. яз. М.: Консалтбанкир, 2005.

31. Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) (1994 год) // Закон. 1995. N 12.

3. Научная и учебная литература

32. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2004.

33. Веселкова Е.Е. Простое товарищество как организационно-правовая форма иностранных инвестиций // Законодательство и экономика. 2013. N 1.

34. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002.

35. Витрянский В.В. Некоторые итоги кодификации гражданско-правовых норм о гражданско-правовом договоре // Кодификация российского частного права / Под ред. Д.А. Медведева. М., 2008.

36. Горбунов А.Р. Дочерние компании, филиалы, холдинги. Организационные структуры. Консолидированный баланс. Налоговое планирование. М.: Анкил, 1997.

37. Гордон М.В. Система договоров в советском гражданском праве // Ученые записки Харьковского юрид. ин-та. Харьков, 1954.

38. Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Отв. ред. Е.А. Васильев. М.: Международные отношения, 1993.

39. Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2005.
40. Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева. М., 2009.
41. Егорова М.А. Коммерческое право: учебник для вузов. М.: РАНХиГС при Президенте РФ, Статут, 2013. 640 с.
42. Каширина Т.В. Дистрибьюторский договор и его место в системе договоров ГК РФ // Закон. 2011. N 6.
43. Кодификация российского гражданского права / Редкол. С.С. Алексеев и др. Екатеринбург, 2003.
44. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть 2 (постатейный) / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М.: Статут, 2006.
45. Координация экономической деятельности в российском правовом пространстве: монография / К.М. Беликова, А.В. Габов, Д.А. Гаврилов и др.; отв. ред. М.А. Егорова. М.: Юстицинформ, 2015. 656 с.
46. Кутин Е.О. Основания возникновения холдинговых отношений // Юрист. 2012. N 14.
47. Лаптев Г.А. Инвестиционное товарищество как частный случай простого товарищества // Гражданское право. 2013. N 4.
48. Лаптев Г.А. Отдельные характеристики инвестиционного товарищества, присущие юридическим лицам // Юрист. 2013. N 18.
49. Маслова В.А. Организационная природа дистрибьюторского договора // Гражданское право. 2013. N 3.
50. Нэнси Черч. Знакомьтесь - франшизинг // Проблемы теории и практики управления. 1991. N 13.
51. Ожегов С.И. Словарь русского языка: Ок. 57000 слов / Под ред. Чл.-корр. АН СССР Н.Ю. Шведовой. – 20-е изд., стереотип. М.: Рус. яз., 1988.

52. Портной К. Правовое положение холдингов в России: Науч.-практ. пособие. М.: Волтерс Клувер, 2004.
53. Портной К.Я. Правовое положение холдингов в России: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.
54. Предпринимательское право России / Под ред. В.С. Белых. М., 2009.
55. Разумнова И.И. «Франчайзинг» - система реализации товаров и услуг // США: экономика, политика, идеология. 1988. N 4.
56. Райников А.С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009.
57. Сирополис Н.К. Управление малым бизнесом. М., 1997.
58. Стэнворт Д., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе. М.: Аудит, 1996.

4. Интернет-ресурсы

59. http://www.marketch.ru/marketing_dictionary
60. Договор о продвижении товаров. Дистрибьюторский договор // http://uristinfo.net/dogovornoe_pravo.