

**Министерство экономического развития и торговли
Российской Федерации**

**Российский государственный
торгово-экономический университет**

На правах рукописи

Бобков Станислав Александрович

**Правовое регулирование коммерческой концессии
в Российской Федерации**

Специальность 12.00.03 - гражданское право; предпринимательское право;
семейное право; международное частное право

Диссертация на соискание ученой степени
кандидата юридических наук

Научный руководитель:
кандидат юридических наук,
доцент Зинчук Э.А.

Москва - 2004

План работы:

Введение	4
I. Коммерческая концессия: теоретический и исторический анализ	20
1.1. Коммерческая концессия, франчайзинг, франшиза: соотношение понятий	-
1.2. История возникновения и развития коммерческой концессии	33
1.3. Сущность коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности	39
II. Правовое регулирование коммерческой концессии: становление и развитие	61
2.1. Основные направления и тенденции правового регулирования коммерческой концессии в иностранных государствах	-
2.2. Коммерческая концессия в современном российском законодательстве	79
III. Договор коммерческой концессии: проблемы и противоречия законодательного регулирования	90
3.1. Понятие и характеристика договора коммерческой концессии	-
3.2. Содержание договора коммерческой концессии	148
3.3. Срок действия, изменение и прекращение договора коммерческой концессии	163
Заключение	179
Список использованных источников (нормативных правовых актов и литературы) ...	184
Приложения:	
Приложение № 1 – Схемы	193
Приложение № 2 – Таблица изменений в нормы ГК РФ, регулирующие коммерческую концессию, предлагаемых автором	194

Приложение № 3 – Модельный закон УНИДРУА о раскрытии информации о франшизе (в переводе автора)	197
Приложение № 4 – Типовой договор коммерческой концессии, разработанный автором	203

Введение

В недавнее время наше государство в ходе кардинальных политико-экономических реформ осуществило переход от административной, планово-распределительной экономики к экономике рыночной. Это повлекло за собой существенные изменения в производственных, финансовых и прочих экономических отношениях между субъектами народного хозяйства. Российская Федерация становится неотъемлемой частью единого мирового экономического пространства, интегрируясь в такие международные образования как Европейский Союз, Всемирная торговая организация.

В экономике России стали появляться и развиваться методы и способы ведения предпринимательской деятельности, ранее возникшие и успешно практикующиеся в иностранных государствах. Одним из таких способов является ведение бизнеса¹ по схеме коммерческой концессии (или франчайзинга)². В самых общих чертах коммерческая концессия – это вид взаимоотношений субъектов предпринимательской деятельности, в рамках которых одна сторона (правообладатель) предоставляет другой стороне (пользователю) за вознаграждение право использовать в деятельности последнего на условиях, согласованных сторонами, комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, а именно: право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие объекты исключительных прав (например, на изобретения, промышленные образцы, полезные модели, товарные знаки и знаки обслуживания, объекты авторских прав и т.п.).

Изменения экономических, производственных отношений – “базиса” неотвратимо влекут за собой изменения правовой “надстройки”, регламентирующей данные отношения. С одной стороны, правовая надстройка является выражением существующих в государстве и обществе

¹ Бизнес – любая организованная законная деятельность, главной целью которой является получение прибыли // Коммерческая концессия (франчайзинг). Учебное пособие / И.П. Янушкевич – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000, С. 9.

² Более подробно о соотношении приведенных терминов см. параграф 1.1. настоящей работы.

экономических отношений. С другой стороны, правовая система в государстве должна служить становлению, укреплению и развитию сильной, устойчивой экономической системы, способной обеспечивать повседневные потребности граждан данного государства.

Успех развития экономики во многом зависит от законодательного регулирования. Рыночная экономика, несмотря на ее многие положительные черты, не способна автоматически регулировать все экономические и социальные процессы в интересах всего общества и отдельных граждан. Она не обеспечивает социально справедливого распределения дохода, не гарантирует права на труд и поддержки незащищенных слоев населения³.

Для оптимального сочетания интересов участников рынка, государства и потребителей необходимо сбалансированное правовое регулирование, направленное в целом на развитие экономики государства.

Актуальность темы исследования. Коммерческая концессия как способ осуществления предпринимательской деятельности чрезвычайно выгодна для обеих сторон договора. Правообладателю она позволяет с минимальными издержками стремительно расширить бизнес и увеличить долю своего присутствия на рынке. Пользователю коммерческая концессия предоставляет возможность открыть собственное дело по заранее разработанной и апробированной технологии, с повышенной вероятностью того, что вновь открываемое предприятие окажется успешным и не потерпит крах.

Эти выводы подтверждает и опыт иностранных государств. Так, по данным фирмы “Mr. Doors Home Inc.” в США после пяти лет деятельности на рынке выживают 23 процента частных предприятий, а после десяти лет их остается лишь 18, в то время как среди предприятий, работающих по системе франчайзинга, через пять лет распадается только 8 предприятий из 100, а через 10 лет – 10 из 100⁴.

³ Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 42.

⁴ Новосельцев О.В. Оценка коммерческой концессии. // Хозяйство и право, 2000 г., № 3, С. 99.

В США, где франчайзинг переживает настоящий бум, объем продаж по системе франчайзинга составляет порядка одного триллиона долларов, при этом 40% розничных продаж приходится на франчайзинг. В Великобритании оборот в сфере франчайзинга за 1999 год составил 8,9 млрд. фунтов стерлингов, доля франчайзинга в секторе розничной торговли находилась на уровне 29,4%, 90% всех франшиз отмечали прибыльность своего бизнеса. Оборот франчайзинговой системы в Германии в 1997 году находился на уровне 17452 млн. долларов США и 18700 – в 1998 году. По данным на 1998 г. Емкость франчайзингового рынка во Франции оценивалась в 32,5 миллиарда долларов США. В Италии даже в ситуации экономической стагнации франчайзинг стал одним из немногочисленных секторов, продемонстрировавших положительные тенденции в динамике роста⁵.

Коммерческая концессия представляет собой уникальную возможность становления и развития предпринимательства, особенно для малого и среднего бизнеса, который является основой экономики в развитых государствах. Таким образом, развитие коммерческой концессии в Российской Федерации может способствовать укреплению российской экономики в целом.

Коммерческая концессия является относительно новым для России способом осуществления предпринимательской деятельности. Практика применения правовых норм, регулирующих коммерческую концессию, обнажает ряд проблем и указывает на несовершенство законодательства в данной области. Несмотря на экономическую эффективность, “привлекательность” коммерческой концессии, а также на то, что законодательная база для развития коммерческой концессии в России появилась еще в 1996 г. (с введением в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации), коммерческая концессия в России развивается достаточно умеренными темпами. И одной из главных причин низкой динамики развития коммерческой концессии в России, по мнению

⁵ Мировая практика развития франчайзинга. Опыт франчайзинга в странах Европы и США. // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 24-26.

ряда ведущих специалистов и практиков в данной области, являются недостатки правового регулирования.

В теории современного российского гражданского права также существует ряд проблем, противоречий и вопросов, касающихся правового регулирования коммерческой концессии.

Таким образом, актуальность темы исследования определяется:

- во-первых, высокой эффективностью коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности и его значением для развития экономики государства в целом. Это, в свою очередь, обуславливает необходимость становления, развития данного способа в предпринимательской практике в России и его поддержку со стороны государства;
- во-вторых, несовершенством правового регулирования коммерческой концессии,
- в-третьих, необходимостью в разрешении существующих противоречий и в выработке новых теоретических положений и практических рекомендаций в рамках темы исследования.

Вышеизложенные соображения предопределили выбор темы диссертации.

Степень научной разработанности темы исследования. Тема настоящей работы ранее поднималась в научных исследованиях. Наибольшее внимание в них было уделено изучению договора коммерческой концессии. В частности, вопросам правового регулирования договора коммерческой концессии посвящены научные труды таких видных российских цивилистов, как М.И. Брагинский, В.В. Витрянский, А.П. Сергеев, Е.А. Суханов, Б.И. Пугинский.

Заслуживают внимания и научные работы Л.Ю. Василевской, А.А. Иванова, И.В. Рыковой, Л.А. Трахтенгерц, посвященные проблемам правового регулирования коммерческой концессии в России.

В 2000 г. Н.В. Месяшной была защищена диссертационная работа на соискание степени кандидата юридических наук “Вопросы правового регулирования франчайзинга в России”, в которой был исследован процесс развития отношений льготного предпринимательства (франчайзинга – авт.) в России, опосредованных договором коммерческой концессии. В 2003 г. О.А. Орлова защитила диссертацию на соискание степени кандидата юридических наук “Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству”, предметом которой является правовая конструкция договора коммерческой концессии, закрепленная в главе 54 Гражданского кодекса РФ, а также нормы зарубежного законодательства в области франчайзинга и практика их применения.

Однако, в имеющихся трудах о коммерческой концессии, несмотря на их безусловную научную ценность, не в полной мере решены отдельные теоретические и практические задачи, существующие в рамках темы исследования. В частности, по мнению автора, мало внимания было уделено анализу экономической сущности коммерческой концессии, не был изучен вопрос о необходимости наличия специального правового регулирования общественных отношений коммерческой концессии. Недостаточно проанализирована правоприменительная практика в сфере коммерческой концессии, а также предложения по совершенствованию правового регулирования коммерческой концессии и замечания, поступающие от специалистов и предпринимателей в данной области. Кроме того, в теоретических положениях о коммерческой концессии продолжают существовать отдельные проблемы и противоречия.

Цель исследования – на основе комплексного, всестороннего анализа коммерческой концессии как многоаспектной категории:

- устранить существующие противоречия в определении понятия коммерческой концессии,
- разрешить ряд теоретических вопросов: о возможности передачи прав на фирменное наименование по договору коммерческой концессии, о правовом статусе коммерческого обозначения, сущности охраняемой

коммерческой информации, месте договора коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров,

- определить роль специального правового регулирования отношений коммерческой концессии и сформулировать основные задачи и принципы такого регулирования,
- разработать обоснованные предложения по совершенствованию законодательства о коммерческой концессии и практические рекомендации для предпринимателей, использующих в своей деятельности коммерческую концессию.

Цель исследования предопределила постановку следующих **задач исследования:**

- разработка и обоснование терминологического и понятийного аппарата в рамках исследуемой темы: выявление содержания терминов и соотношения соответствующих им понятий;
- изучение истории возникновения коммерческой концессии;
- определение экономической сущности коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности;
- исследование основных направлений и тенденций правового регулирования коммерческой концессии в иностранных экономически развитых государствах;
- анализ действующего законодательства РФ о коммерческой концессии.

На основе проведенных исследований разработать:

- а) новые научно-теоретические положения и устранить существующие теоретические противоречия, касающиеся коммерческой концессии,
- б) предложения по совершенствованию правового регулирования коммерческой концессии и улучшению правоприменительной практики в данной сфере,
- в) практические рекомендации по использованию субъектами коммерческой концессии действующих правовых норм и по оптимизации договорного регулирования отношений субъектов коммерческой концессии.

Объект исследования – общественные отношения, возникающие в предпринимательской деятельности, осуществляемой с применением коммерческой концессии.

Предмет исследования – коммерческая концессия как многоаспектная категория; правовые нормы, регулирующие коммерческую концессию, проблемы их применения и совершенствования.

Теоретическая база исследования. Кроме научных работ М.И. Брагинского, В.В. Витрянского, А.П. Сергеева, Е.А. Суханова, Б.И. Пугинского, Л.Ю. Василевской, А.А. Иванова, Н.В. Месяшной, О.А. Орловой, И.В. Рыковой, Л.А. Трахтенгерц, диссертантом использовались научные труды как дореволюционных цивилистов: А.И. Каминки, Д.И. Мейера, Г.Ф. Шершеневича, так и современных российских правоведов: В.А. Дозорцева, И.А. Зенина, В.О. Калятина, О.Н. Садикова, Ю.К. Толстого, и других. Также в работе использованы труды российских практиков в области франчайзинга: В.В. Довганя, Председателя совета директоров Российской ассоциации франчайзинга А.З. Майлера, О.В. Новосельцева. В процессе подготовки диссертации были изучены и специализированные издания о франчайзинге зарубежных авторов: М. Мендельсона, П. и Д. Бороjana, Дж. Кинча и Дж. Хейза, Дж. Стенворта и Б. Хейза.

При написании диссертационной работы автор использовал действующее законодательство РФ, судебную практику (постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ, постановления Федеральных арбитражных судов) и другие специализированные материалы, предоставленные автору Российской ассоциацией франчайзинга.

Методологическая основа исследования. Методологическую основу исследования составляют как общенаучные методы (диалектический метод познания, статистический и социологический методы, сравнение, анализ, синтез, дедукция, индукция, классификация), так и методы, характерные для юриспруденции, как самостоятельной отрасли знания (историко-правовой метод, сравнительный правовой анализ, аналогия права).

Научная новизна исследования состоит в комплексном изучении коммерческой концессии как многоаспектной категории. При этом автором была изучена экономическая сущность отношений коммерческой концессии, на основе чего выработаны новые теоретические положения, а также практические предложения и рекомендации по совершенствованию правового регулирования коммерческой концессии.

Новизна работы проявляется в следующих **основных научно-теоретических выводах, выносимых на защиту:**

1. Коммерческую концессию как категорию необходимо рассматривать в четырех аспектах, а именно как:

- а) способ осуществления предпринимательской деятельности,
- б) совокупность общественных отношений, возникающих в сфере предпринимательства;
- в) двустороннюю гражданско-правовую сделку – договор коммерческой концессии;
- г) институт российского гражданского права.

2. Понятие “коммерческая концессия” (использованное в российском законодательстве) и понятие “франчайзинг” (известное в зарубежной практике предпринимательской деятельности) не являются синонимами, а соотносятся, соответственно, как видовое и родовое понятия. Коммерческая концессия является аналогом одной из разновидностей франчайзинга – франчайзинга бизнес-формата. В настоящее время в мировой практике осуществления предпринимательской деятельности наиболее широко распространен именно данный вид франчайзинга. Общие положения, касающиеся франчайзинга, применимы и к коммерческой концессии.

3. Коммерческая концессия как способ осуществления предпринимательской деятельности не только предоставляет определенные преимущества всем участникам, вовлеченным в отношения коммерческой концессии, и благотворно влияет на экономику государства в целом, но и обладает недостатками, вследствие чего становится возможным наступление негативных последствий. В связи с этим представляется, что отношения,

возникающие в связи с применением коммерческой концессии, должны быть урегулированы нормами права. Правовое регулирование коммерческой концессии должно, с одной стороны, позволять наиболее эффективно использовать преимущества коммерческой концессии и извлекать из указанных отношений максимальную пользу для всех вовлеченных в них участников, а с другой стороны - нейтрализовать недостатки коммерческой концессии.

4. Правовое регулирование коммерческой концессии может осуществляться как общими правовыми нормами различных отраслей права, так и специальными нормами, посвященными регулированию именно коммерческой концессии. Специальное законодательство о франчайзинге зарубежных государств направлено, в основном, на защиту прав и законных интересов потенциальных франчайзи (в русскоязычной терминологии – пользователей), которые фактически выступают в качестве инвесторов, а в ряде случаев – и на охрану публичных интересов – например, на защиту конкуренции при заключении франчайзинговых соглашений.

5. История показывает, что франчайзинг появляется вне зависимости от наличия, либо отсутствия специального правового регулирования, там, где для этого созрели экономические условия и что успешное развитие франчайзинга возможно, в принципе, в государствах, не имеющих специального законодательства о франчайзинге. Однако практика свидетельствует, что наличие специального правового регулирования коммерческой концессии обеспечивает более эффективную защиту как прав и законных интересов субъектов, вовлеченных в отношения коммерческой концессии, так и публичных интересов, а также способствует предотвращению нарушений и злоупотреблений в сфере коммерческой концессии.

6. Российская Федерация относится к числу стран, имеющих специальное законодательство о коммерческой концессии. В российском гражданском праве сформировался новый самостоятельный институт

коммерческой концессии, однако отдельные нормы данного института требуют изменений.

Представляется, что при совершенствовании специального правового регулирования коммерческой концессии в России необходимо:

- осуществлять ясное и четкое регулирование, согласованное (в том числе с точки зрения терминологии) с действующим законодательством РФ и его основными принципами;
- поддерживать разумный и справедливый баланс частных интересов сторон договора коммерческой концессии: с одной стороны - правообладателя и, с другой стороны, пользователя;
- поддерживать разумный и справедливый баланс, с одной стороны - частных интересов предпринимателей, использующих в своей деятельности схему коммерческой концессии и, с другой стороны - публичных интересов;
- учитывать практику правового регулирования франчайзинга в экономически развитых зарубежных государствах, поскольку они имеют обширный опыт, накопленный в процессе такого регулирования, и для успешной интеграции Российской Федерации в единое мировое экономическое пространство.

7. Договор коммерческой концессии является самостоятельным видом гражданско-правовых договоров. Одним из наиболее значимых критериев, позволяющих отграничить договор коммерческой концессии от других видов договоров, является особая цель договора коммерческой концессии - предоставление пользователю разработанной правообладателем технологии ведения предпринимательской деятельности по реализации товаров (работ, услуг), включая права на использование принадлежащих правообладателю средств индивидуализации участников гражданского оборота и других объектов исключительных прав, в обмен на долю в доходах, получаемых пользователем от использования такой технологии.

8. По договору коммерческой концессии передается право на фирменное наименование, а не само фирменное наименование, поскольку фирменное наименование неотчуждаемо от владеющего им субъекта, за

исключением случаев реорганизации субъекта. При этом по договору коммерческой концессии обычно передается право на вспомогательную часть фирменного наименования, то есть оригинальное название, индивидуализирующее субъекта, указываемое после основной части фирменного наименования (организационно-правовой формы юридического лица).

9. Под охраняемой коммерческой информацией, права на использование которой передаются по договору коммерческой концессии, подразумевается информация, составляющая коммерческую (служебную) тайну. Одной из разновидностей коммерческой (служебной) тайны являются секреты промысла (ноу-хау), которые в подавляющем большинстве случаев и передаются по договору коммерческой концессии.

Содержание охраняемой коммерческой информации, права на которую передаются по договору коммерческой концессии, составляют способы и методы осуществления предпринимательской деятельности (продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг), разработанные правообладателем и направленные на оптимизацию деятельности, относительно гарантированное извлечение прибыли и достижение максимального эффекта от осуществления данного вида деятельности.

10. Регистрация договора коммерческой концессии является необходимой процедурой, поскольку в рамках регистрации проверяется правосубъектность сторон, принадлежность правообладателю объектов исключительных прав, права на использование которых передаются по договору коммерческой концессии. Регистрация договора коммерческой концессии минимизирует возможность возникновения в последующем споров и разногласий между сторонами договора, причинения сторонам серьезных убытков и в конечном итоге отвечает интересам самих сторон договора. Кроме того, регистрация договоров коммерческой концессии направлена и на защиту публичных интересов. Она является превентивной мерой, направленной на недопущение заключения договоров коммерческой концессии, условия которых противоречат императивным нормам

законодательства РФ. В частности, регистрация позволяет предотвратить заключение договоров коммерческой концессии ненадлежащими субъектами, введение потребителей в заблуждение и другие подобные нарушения.

Новизна работы проявляется также в следующих **практических предложениях и рекомендациях** автора по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики в сфере коммерческой концессии, выработанных по итогам исследования:

1. Несмотря на то, что в действующем законодательстве РФ содержится указание на коммерческое обозначение как на самостоятельный объект исключительных прав, в законодательстве отсутствуют нормы, регламентирующие его правовой режим. В российском законодательстве уже содержатся правовые нормы, направленные на защиту исключительных прав как на средства индивидуализации субъектов – юридических лиц (фирменные наименования), так и на средства индивидуализации продукции, выполняемых работ и услуг (товарные знаки и знаки обслуживания). С другой стороны, в международных конвенциях по вопросам защиты прав на интеллектуальную собственность, в которых участвует Российская Федерация, не содержатся нормы, обязывающие стран-участниц вводить правовую охрану коммерческих обозначений.

Во избежание терминологической несогласованности и правовых конфликтов между субъектами гражданского оборота, следует отказаться от понятия коммерческого обозначения и внести соответствующие изменения в соответствующие нормативные правовые акты.

2. Учитывая зарубежную практику правового регулирования франчайзинга, неопределенность правового режима коммерческих обозначений, а также возможные проблемы при защите исключительных прав на фирменное наименование, необходимо скорректировать положения об обязательных объектах, права на использование которых передаются по договору коммерческой концессии, и внести в законодательство соответствующие изменения. При этом в качестве договоров коммерческой

концессии следует рассматривать договоры, в соответствии с условиями которых правообладателем пользователю передаются права на фирменное наименование и (или) товарный знак (знак обслуживания) и охраняемую коммерческую информацию.

3. С целью обеспечения охраны коммерческой информации правообладателя, права на использование которой передаются пользователю, представляется целесообразным предусматривать в договоре коммерческой концессии:

- обязательства пользователя по включению в трудовые договоры со всеми своими сотрудниками условий о неразглашении охраняемой коммерческой информации,

- положения о неустойке в конкретном размере за незаконное разглашение такой информации по вине пользователя (в связи с проблематичностью доказывания размера ущерба, причиненного незаконным разглашением информации).

4. Необходимо исключить из обязанностей правообладателя по договору коммерческой концессии предоставление лицензий пользователю и их оформление в установленном порядке. Данная обязанность:

- во-первых, дублирует обязанность правообладателя по регистрации договора на передачу объектов промышленной собственности в Российском агентстве по патентам и товарным знакам (либо лишается смысла в случае, когда обязанность по регистрации договора – т.е. оформление лицензии в установленном порядке, возложена на пользователя) и,

- во-вторых, ввиду неудачной формулировки влечет смешение понятий “лицензия на право использования объекта промышленной собственности” и “лицензия – разрешение государства на право осуществления определенного вида деятельности”.

5. Предлагается снять запрет на закрепление права правообладателя определять цену товаров (работ, услуг), реализуемых пользователем по договору коммерческой концессии. Указанный запрет необоснованно (так как данное условие по общему правилу не причиняет ущерба конкуренции)

ограничивает волю сторон на формулирование взаимоприемлемых условий договора коммерческой концессии. Кроме того, на практике данный запрет можно обойти заключением между правообладателем и пользователем договора комиссии, по которому правообладатель-комитент будет вправе диктовать условие о цене пользователю-комиссионеру.

6. Необходимо установить обязанность правообладателя по раскрытию перед потенциальными пользователями до подписания договора коммерческой концессии определенной информации и закрепить перечень такой информации в соответствии с рекомендациями, сформулированными в Модельном законе о раскрытии информации о франшизе (Model franchise disclosure law), который был разработан экспертами Международного института унификации частного права (УНИДРУА) в 2002 г.

В условиях, когда законом не закреплены обязанности правообладателя по предоставлению потенциальным пользователям информации, пользователю желательно самостоятельно до заключения договора коммерческой концессии затребовать такие сведения от правообладателя с целью принятия взвешенного решения о целесообразности заключения договора коммерческой концессии.

7. Необходимо предусмотреть, что ответственность правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю (субсидиарная, либо солидарная), может наступать только в случае предъявления таких требований со стороны потребителей (т.е. граждан, приобретающих товары, работы, услуги для личных нужд, не связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности). Также необходимо закрепить право правообладателя на предъявление регрессных требований к пользователю в случае удовлетворения обоснованных претензий потребителей товаров (работ, услуг) пользователя.

8. Условие о вознаграждении по договору коммерческой концессии является существенным условием договора. В связи с тем, что законодатель предусматривает лишь возможные варианты установления вознаграждения по договору коммерческой концессии (ст. 1030 ГК РФ), условия о порядке

исчисления и уплаты вознаграждения должны быть наиболее полно и точно определены сторонами в договоре.

9. Право пользователя на заключение договора коммерческой концессии на новый срок на тех же условиях является необоснованным ущемлением интересов правообладателя. Более справедливым представляется предусмотреть, что пользователь (при условии надлежащего исполнения им своих обязательств по предыдущему договору) имеет при прочих равных условиях преимущественное перед другими лицами по окончании срока действия договора коммерческой концессии заключить договор на новый срок.

Такое изменение, конечно же, в меньшей степени учитывает интересы добросовестного пользователя, который является более слабой стороной в договоре коммерческой концессии. Однако при этом расширяется возможность для сторон самостоятельно регулировать данный вопрос в договоре коммерческой концессии (в соответствии с основным методом цивилистики – диспозитивным).

Научная и практическая значимость диссертационной работы.

Основные выводы и положения диссертации позволяют более глубоко осмыслить коммерческую концессию как многоаспектную категорию. Результаты работы могут быть использованы в преподавательской работе по курсам “Гражданское право”, “Предпринимательское право”, “Торговое право”.

Предложения по изменению нормативных правовых актов о коммерческой концессии, содержащиеся в работе, могут быть использованы в деятельности органов государственной власти для совершенствования правового регулирования общественных отношений в сфере коммерческой концессии и для улучшения правоприменительной практики.

Практические рекомендации, изложенные в настоящей диссертации, могут быть использованы субъектами предпринимательской деятельности с целью наиболее оптимального применения действующих правовых норм о коммерческой концессии, а также для юридической регламентации

отношений сторон. В частности, автором в процессе исследования была разработана типовая форма договора коммерческой концессии.

Апробация результатов исследования. Содержание, основные положения и выводы диссертации были одобрены на заседаниях кафедры коммерческого права Российского государственного торгово-экономического университета, на международных научных и научно-практических конференциях в Российском государственном торгово-экономическом университете в г. Москве.

Результаты исследования были апробированы автором настоящего исследования в процессе исполнения им должностных обязанностей руководителя юридической службы организации, осуществляющей создание российской межрегиональной сети розничных книготорговых организаций. Отдельные организации сети являются юридически независимыми субъектами, отношения с которыми строятся с использованием коммерческой концессии. Результаты исследования внедряются при юридическом оформлении отношений с указанными субъектами.

Структура работы predetermined изложенными выше целью и задачами исследования.

Работа состоит из введения, трех глав, разделенных на восемь параграфов, заключения, библиографии, а также приложений, наглядно демонстрирующих отдельные выводы и результаты исследования.

Глава I. Коммерческая концессия: теоретический и исторический анализ

1.1. Коммерческая концессия, франчайзинг, франшиза: соотношение понятий

Для проведения полного и достоверного исследования коммерческой концессии начать необходимо с определения используемых терминов, выявления содержания соответствующих им понятий, а также с определения соотношения используемых понятий.

Термин “концессия” является заимствованным из иностранного языка (от лат. *concessio* – разрешение, уступка⁶). Несмотря на наличие в ГК РФ названия 54 главы – “Коммерческая концессия”, легальное определение коммерческой концессии в действующем законодательстве отсутствует. При этом пункт 1 ст. 1027 ГК РФ дает определение **договора** коммерческой концессии – “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 исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д.”.

Однако, учитывая то, что в ст. 1027 ГК РФ содержатся все существенные признаки договора коммерческой концессии, а также указание на элементы договора – объект, субъектов, возможный срок и т.д., возможно

⁶ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1998, с. 316.

вывести определение коммерческой концессии, базирующееся на положениях ГК РФ.

Под коммерческой концессией в соответствии с действующим законодательством РФ понимается **способ осуществления предпринимательской деятельности**, в рамках которого одна сторона – правообладатель, являющаяся профессиональным предпринимателем (коммерческой организацией, либо индивидуальным предпринимателем), предоставляет другой стороне – пользователю, также являющейся профессиональным предпринимателем, на условиях заключенного между ними договора право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащий правообладателю, обязательными элементами которого являются право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение и права на охраняемую коммерческую информацию, а факультативными элементами могут являться права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д., таким образом, правообладатель, по сути, предоставляет пользователю право использовать деловую репутацию и коммерческий опыт правообладателя.

Таким образом, автор предлагает определять коммерческую концессию в первую очередь как **способ** осуществления предпринимательской деятельности. Вот что пишет по данному поводу С.И. Ненашев в своей статье “Технологии франчайзинга: условия и принципы его успешного применения”: “Франчайзинг – термин не столько правовой, сколько функциональный, поэтому подразумеваемые им отношения рождаются в недрах бизнеса, а не в нормотворческих лабораториях. Франчайзинг появляется там, где созрели для этого экономические условия. ... Отсутствие прямых законов может лишь создавать некоторые сложности для франчайзинга, но не в силах остановить его развитие. Законодательство всегда появляется позже события”⁷.

⁷ Сборник. Материалы международной конференции “Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле и сфере услуг”. - М.: 2002, С. 17.

Но коммерческую концессию можно рассматривать еще в трех аспектах, а именно как:

- совокупность общественных отношений, возникающих в ходе осуществления предпринимательской деятельности означенным выше способом;
- двустороннюю гражданско-правовую сделку – договор коммерческой концессии;
- институт российского гражданского права⁸ - обособленная группа юридических норм, регулирующих однородные общественные отношения и входящих в соответствующую отрасль права⁹.

Учитывая то, что данный способ осуществления предпринимательской деятельности является заимствованным из практики предпринимательской деятельности зарубежных государств¹⁰ теоретический интерес и практическую значимость представляет собой сопоставление понятия “коммерческая концессия” с прочими понятиями, используемыми в международной практике и научно-популярной литературе применительно к этому способу. Таковым являются, в частности, понятия “франчайзинг”, “франшиза” и “льготное предпринимательство”.

О. Новосельцев в своей работе “Оценка коммерческой концессии”¹¹ излагает следующие определения и соотношение понятий: “Термин “франчайзинг” образован от английского “franchising” – право, привилегия, а “франшиза” - от французского “franchise” – льгота, привилегия. По своей сути эти термины равнозначны и различия в их наименовании обусловлены особенностями транскрипции терминов при переводе на русский язык англоязычной и франкоязычной литературы. В частности, “Торговый экономический и финансовый словарь” Ив Бернара и Жан-Клода Колли, переиздаваемый во Франции на протяжении 20 лет, дает понятию “франчайзинг” такое определение: “контракт, по которому предприятие за

⁸ Об этом см. более подробно параграф 2.2. настоящей работы.

⁹ Большой юридический словарь, с. 254.

¹⁰ Об истории возникновения коммерческой концессии более подробно см. параграф 1.2. настоящей работы.

¹¹ О. Новосельцев. Оценка коммерческой концессии. // “Хозяйство и право”, 2000 г., № 3, с. 99.

вознаграждение предоставляет другим самостоятельным предприятиям право на использование его фирменного имени и его торговой марки для продажи товаров и услуг”. По сложившейся в России практике понятие “франчайзинг” используется преимущественно для обозначения определенной системы организации рыночных отношений в целом, понятие “франшиза” - для определения договорных отношений (договора) между конкретными партнерами при реализации на практике этой системы отношений”.

Некоторые авторы склонны считать, что понятия “коммерческая концессия” и “франчайзинг” являются синонимами. Такое мнение излагает О. Новосельцев: “По своему содержанию термины “франчайзинг” и “франшиза” соответствуют содержанию определенных в главе 54 Гражданского кодекса РФ терминов “коммерческая концессия” и “договор коммерческой концессии”¹². Аналогичная позиция изложена и Л.Ю. Василевской: “Термин “коммерческая концессия” является по существу синонимом вошедших в международную практику терминов “франшиза” и “франчайзинг”¹³.

Другие авторы высказывают противоположное мнение. Так, И. Рыкова в своей статье “Дистрибьюторы и концессионеры” излагает точку зрения, в соответствии с которой “несмотря на некие общие признаки коммерческой концессии с франчайзингом, коммерческая концессия в общепринятом в международном сообществе понятии франчайзингом не является”¹⁴. Н.В. Месяшная в своей работе также не склонна ставить знак равенства между понятиями “коммерческая концессия” и “франчайзинг”: показательны в этом смысле сформулированные ей тезисы о том, что “договор франчайзинга отличается от договора коммерческой концессии”¹⁵ и “понятие

¹² О. Новосельцев. Указ. соч., С. 100.

¹³ Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 397.

¹⁴ Газета “Бизнес Адвокат” № 19 (139) октябрь 2002, С. 14.

¹⁵ Месяшная Н.В. Вопросы правового регулирования франчайзинга в России. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. – М.: 2000, С. 19.

“коммерческая концессия” уже, чем понятие “франчайзинг”¹⁶ (однако, Н.В. Месяшная не привела аргументов в подтверждение своих выводов).

Очевидно, что взгляды специалистов на соотношение вышеупомянутых понятий достаточно противоречивы. Однако четкое уяснение их соотношения представляется совершенно необходимым, т.к. неправильное понимание и использование терминов может привести к ошибочным выводам в исследовании, возникновению логических ошибок (например, подмена тезиса). Данный вопрос представляет также практическую ценность, особенно, учитывая то, что в настоящее время бурно развиваются международные контакты субъектов предпринимательской деятельности и неправильное истолкование и понимание используемых сторонами терминов и понятий может привести к возникновению споров и разногласий, судебных споров и как следствие – к экономическому ущербу для деятельности обеих сторон.

Для установления соотношения значений терминов “коммерческая концессия” и “франчайзинг” необходимо сопоставить понятия, соответствующие данным терминам, т.е. конкретное смысловое содержание, вкладываемое в них. Поскольку определение и существенные признаки коммерческой концессии были сформулированы автором выше, необходимо определить, какое смысловое содержание вкладывается в термин “франчайзинг”.

Обратимся к работе одного из наиболее авторитетных исследователей в области франчайзинга – М. Мендельсону. Во-первых, данный автор употребляет в качестве синонимов термины “франчайзинг” и “льготное предпринимательство”¹⁷. Данные термины в качестве синонимов использует и Н.В. Месяшная¹⁸. Учитывая то, что “franchise” в переводе с английского означает “привилегия, льгота или особое право”¹⁹ использование данных терминов в качестве синонимов представляется обоснованным.

¹⁶ Там же, С. 20.

¹⁷ Мартин Мендельсон. Руководство по франчайзингу. - М.: “Сибли Интернэшнл, Инк.”, 1995.

¹⁸ Месяшная Н.В. Указ. соч., С. 10.

¹⁹ Большой англо-русский словарь. Том I. – М.: “Русский язык”, 1987.

Однако вернемся к смысловому наполнению термина “франчайзинг”. Так, М. Мендельсон дает франчайзингу следующую характеристику: франчайзинг - это не отрасль промышленности; это метод продажи товаров и услуг, применение которого практически безгранично. К **характерным чертам** системы льготного предпринимательства можно отнести следующие:

1. Право собственности одной организации на торговую марку, фирменную услугу, идею, технологический процесс, патент или специализированное оборудование, а также связанные с ними репутацию, деловые связи и ноу-хау.

2. Продажа прав (лицензии) этой организацией другому лицу (предприятию), разрешающих использовать ее торговую марку, фирменную услугу, идею, процесс, патент или оборудование, а также имидж и ноу-хау.

3. Включение в договор по продаже лицензии прав на регулирование и контроль за работой лицензируемого предприятия (управляя которым лицензиат использует свои права).

4. Оплата организацией, приобретшей лицензию, единовременных выплат и других форм компенсации в обмен на приобретенные права и за любые услуги, которые лицензиар предоставляет лицензиату.

Международная ассоциация франчайзинга дает франчайзингу следующее определение. Франчайзинг (franchise operation) – это контрактные взаимоотношения между франчайзером и предприятием-оператором, в рамках которых франчайзер предлагает или обязуется поддерживать такие области функционирования предприятия, как ноу-хау и обучение; при этом оператор ведет дело, используя общую торговую марку и технологию, владельцем которых является франчайзер, он же и контролирует их, и при этом оператор инвестирует существенную долю предприятия за счет собственных средств²⁰. Существует также определение франчайзинга, данное Британской ассоциацией франчайзинга (БАФ). Франчайзинг – это контрактная лицензия, предоставленная одним лицом (франчайзером) другому (предпринимателю), которая:

а) позволяет или требует от предпринимателя вести определенный бизнес в течение срока контракта о льготном предпринимательстве под именем или используя имя, принадлежащее или ассоциируемое с головной фирмой;

б) обязывает головную фирму осуществлять постоянный контроль на весь период соглашения за тем, как оператор ведет бизнес, который является объектом системы франчайзинга;

в) обязывает головную фирму обеспечить оператора поддержкой в ведении бизнеса, который является объектом франчайзинга (в области организации льготного предпринимательства, обучения персонала, сбыта, управления и т.д.);

г) требует, чтобы оператор регулярно в период действия соглашения выплачивал головной фирме все оговоренные в контракте платежи: и единовременно первоначальную оплату за право участвовать на рынке от ее имени, и фиксированные текущие платежи и отчисления²¹.

Учитывая приведенные выше характеристики и определения понятия франчайзинга, на первый взгляд становится очевидным, что понятие “франчайзинг” совпадает с понятием “коммерческая концессия”.

Однако, для более подробного изучения понятия “франчайзинг” в международном понимании полезным будет изучить классификацию франчайзинга, приведенную в работе Дональда и Патрика Борояна “Преимущества франчайзинга”²². Указанные авторы выделяют три вида франчайзинга: товарный франчайзинг, франчайзинг бизнес-формата и конверсионный франчайзинг. Данные виды франчайзинга возникали последовательно в приведенном ниже порядке. Рассмотрим их более подробно.

1. Товарный франчайзинг. Первой организацией, использовавшей товарный франчайзинг в его классической форме стала Компания швейных

²⁰ М. Мендельсон. Указ. соч., С. 13-14.

²¹ Там же, С. 17-18.

²² The Franchise Advantage. Make it work for you. By Donald D. Boroian and Patrick J. Boroian, Chicago, IL : Prism Creative Groups, 1987, P. 28-29, 34.

машин Зингера. В 1850-х годах Зингер организовал сеть продавцов-дилеров, которые платили Зингеру за право распространять швейные машины Зингера на определенной территории.

Организации в сфере автомобильной, топливной промышленности и производители безалкогольных напитков обратились к товарному франчайзингу в конце 19 – начале 20 века, поскольку они нуждались в каналах распространения собственной продукции. Они не могли себе позволить приобретать и строить производственные здания, нанимать персонал, обеспечивать доставку продукции на дальние расстояния, приобретать торговое оборудование. Вместо этого они продавали франшизы людям, которые желали взять на себя ответственность – финансовую и управленческую – по созданию сетей сбыта их продукции. Такие франшизы (предоставляющие исключительное право продавать продукцию на определенной территории или в определенном месторасположении) успешно стимулировали рост сетей сбыта.

Таким образом, товарный франчайзинг – это способ осуществления предпринимательской деятельности, в рамках которого одна сторона предоставляет другой стороне **исключительное право на распространение своей продукции на определенной территории**. Товарный франчайзинг являлся первым возникшим видом франчайзинга.

2. По окончании Второй Мировой войны франчайзинг эволюционировал: вместо ориентации на конкретный продукт возникла ориентация на способ обслуживания клиентов. Вместо обычного предоставления права распространять или продавать продукт на определенной территории, франчайзеры²³ бизнес-формата продавали право адаптировать всю систему ведения бизнеса (бизнес-концепцию), начиная с вывески и рекламы и заканчивая рецептами и униформой персонала. Часто такие права приобретали и лица, ранее не имевшие опыта в бизнесе. Несмотря на то, что некоторые франчайзеры бизнес-формата требовали от

²³ В русскоязычной терминологии - правообладатель.

своих франчайзи²⁴ приобретать у них определенные товары и комплектующие, **основным источником дохода для них стала продажа их собственной проверенной системы ведения бизнеса.**

Именно франчайзинг бизнес-формата был успешно использован Реем Кроком при построении всемирно известной сети ресторанов быстрого питания “McDonald’s”.

Как видно, в рамках франчайзинга бизнес-формата франчайзер предоставляет франчайзи не только и не столько право продавать (распространять) определенный товар (услуги), сколько предоставляет ему право использовать в своей деятельности разработанную и апробированную франчайзером систему ведения бизнеса, средства индивидуализации субъектов предпринимательской деятельности, товаров, работ и услуг, а также осуществляет текущую поддержку пользователя и осуществляет контроль за пользователем.

Франчайзинг бизнес-формата характеризуется наличием непрерывных взаимоотношений в сфере бизнеса между франчайзером и франчайзи, которые включают в себя не только предоставление товаров, услуг и товарного знака, но еще и предоставление собственно определенного формата ведения бизнеса, который включает в себя маркетинговую стратегию и план, программу обучения, инструкции и стандарты, контроль качества и поддержание постоянных двусторонних связей. Франчайзинг бизнес-формата обучает франчайзи как преуспеть в бизнесе²⁵.

3. Третий и наиболее поздно возникший вид франчайзинга – конверсионный франчайзинг. Данный вид франчайзинга появился в конце 70-х годов двадцатого века. Его сущность вытекает из названия “конверсионный” – франчайзи преобразовываются (конвертируются) из независимых предприятий, либо небольших сетей в единую линию бизнеса франчайзера. Данный вид франчайзинга успешно проявил себя в двух видах предпринимательской деятельности: торговля недвижимостью и домашний

²⁴ В русскоязычной терминологии – пользователь.

дизайн/ремонт. В рамках данного вида предприятия объединяются под единым именем и используют единую рекламную политику, программы обучения.

При более пристальном изучении франчайзинга на примере приведенной выше классификации, становится очевидным, что утверждения отдельных авторов о том, что понятие “франчайзинг” по своему смысловому содержанию шире понятия “коммерческая концессия”, имеют под собой серьезные основания.

Представляется, что понятие “коммерческая концессия” является синонимом понятия “франчайзинг бизнес-формата”, но с определенными оговорками: в настоящее время договором коммерческой концессии признается лишь договор, в соответствии с которым передаются права на использование следующих объектов: право на фирменное наименование и (или) коммерческого обозначения и охраняемая коммерческая информация.

Таким образом, понятия “франчайзинг” (в общемировом понимании) и “коммерческая концессия” (в определении, вытекающим из норм ГК РФ) соотносятся, соответственно, как родовое и видовое. Проще говоря, всякая коммерческая концессия – франчайзинг, но не каждый случай использования франчайзинга – коммерческая концессия.

Так, например, товарный франчайзинг **как способ осуществления предпринимательской деятельности** может быть **опосредован** договором поставки с особыми условиями, а конверсионный франчайзинг – лицензионным договором об использовании товарного знака и договором о совместной деятельности. В свете этого представляются несостоятельными предложения некоторых авторов назвать главу 54 ГК РФ “Франчайзинг”, а не “Коммерческая концессия”²⁶ или “поставить знак равенства между франчайзингом и коммерческой концессией” и серьезно переработать гл. 54 ГК РФ²⁷. Также представляется, что вообще не следует перегружать

²⁵ Kinch, John E. with Hayes, John P. Franchising: The inside Story. – Wilmington, TriMark Publishing Co. Inc., 1986, P.P. 33-35

²⁶ Месяшная Н.В. Указ. соч., С. 20.

²⁷ И. Рыкова. Особенности национального франчайзинга. “Бизнес-адвокат”, № 11 2002 г., С. 12.

нормативные правовые акты иностранными труднопроизносимыми терминами. Здесь можно привести пример с использованием на протяжении определенного времени термина “контракт” как синонима термина “трудовой договор” в трудовом праве. Почти десятилетняя практика (в том числе судебная) применения понятий “трудовой договор” и “контракт” как синонимов позволила сегодня отказаться от термина “контракт”, что с позиций терминологической чистоты закона вполне оправданно²⁸.

Итак, понятия “коммерческая концессия” и “франчайзинг” не являются синонимами, однако применение термина “франчайзинг” к термину “коммерческая концессия” обоснованно как применение родового понятия к видовому.

Данный тезис находит косвенное подтверждение в работе М.И. Брагинского и В.В. Витрянского²⁹: “понятие “коммерческая концессия” было использовано при подготовке ГК **как наиболее соответствующее**³⁰ по смыслу английскому “franchising”.

Поскольку коммерческая концессия является одной из разновидностей франчайзинга, с точки зрения формальной логики, не все, относящееся к франчайзингу, имеет отношение и к коммерческой концессии. Здесь хотелось бы сделать важную оговорку. Далее в настоящей работе приводятся положения, касающиеся истории возникновения франчайзинга, экономической сущности, преимуществ и недостатков франчайзинга. Все положения, касающиеся истории возникновения и экономической сущности франчайзинга, имеют отношение и к коммерческой концессии, как одной из его основных разновидностей. Данное утверждение тем более обоснованно, учитывая то, что в настоящее время во всем мире наиболее широко используется именно франчайзинг бизнес-формата, по сути - аналог коммерческой концессии.

²⁸ Л. Чиканова. Трудовой договор. “Хозяйство и право”, № 5 2002 г., С. 11.

²⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. –М.: “Статут”, 2002, С. 959.

³⁰ Выделено мной – Авт.

Можно также сказать, что понятия “франчайзинг” и “коммерческая концессия” с точки зрения формальной логики соотносятся как понятия “договор купли-продажи” и “договор поставки”, соответственно, как родовое и видовое понятия. При этом общие правила договора купли-продажи применяются к договору поставки. Поскольку понятие “коммерческая концессия” (в соответствии с российским законодательством) является наиболее близким к понятию “франчайзинг”, в разделе, посвященном правовому регулированию коммерческой концессии за рубежом, анализируется правовое регулирование франчайзинга.

Выше уже была указана трактовка, которую дает О. Новосельцев понятию “франшиза” - это договор между сторонами, регулирующий их обязательства по осуществлению деятельности в форме франчайзинга. Означенная позиция представляется спорной. Учитывая то, что английское слово “franchise” переводится как “льгота, привилегия, особое право”, а также то, что в работах некоторых зарубежных авторов, посвященных франчайзингу, встречается словосочетание “продавать франшизу”³¹, т.е. на возмездной основе предоставлять льготу, привилегию, особое право, представляется, что понятие “франшиза” наиболее правильно будет трактовать как право на использование комплекса исключительных прав (в т.ч. ноу-хау, фирменное наименование, товарный знак и другие объекты исключительных прав), принадлежащего франчайзеру и передаваемого им в соответствии с договором франчайзинга в пользование франчайзи.

Подтверждением данной позиции является определение франшизы, приведенное в Модельном законе о раскрытии информации о франшизе (Model franchise disclosure law), разработанном экспертами Международного института унификации частного права (УНИДРУА) в 2002 г.³². В соответствии с данным определением франшиза (franchise) – это совокупность прав, передаваемая одной стороной (франчайзером) другой стороне (франчайзи), которая при этом уполномочивает франчайзи, а также

³¹ См., например, Boroian and Patrick J. Boroian, Указ. соч., Р. 28, 124.

при этом налагает на франчайзи обязательства в обмен на прямую, либо косвенную финансовую компенсацию заниматься бизнесом по продаже товаров (работ, услуг) за свой собственный счет, но по системе, разработанной франчайзером, которая включает в себя ноу-хау, содействие со стороны франчайзера, а также предписывает основные методы, которыми должен вестись данный франчайзинговый бизнес, включает в себя серьезный непрерывный контроль со стороны франчайзера, а также включает в себя права на использование товарного знака, знака обслуживания, фирменного наименования, либо логотипа, принадлежащего франчайзеру.

Учитывая сложность применения терминов, заимствованных из иностранных языков, хотелось бы отметить, что необходимо различать понятие “франшиза”, используемый в значении договора коммерческой концессии и понятие “франшиза”, применяемый в страховом праве (франшиза – одно из условий страхования – освобождает страховщика от возмещения убытков, не превышающих определенную величину³³).

Также одной из возможных ошибок может стать смешение понятий “договор коммерческой концессии” и “концессионный договор”. Понятие “коммерческая концессия” не имеет ничего общего с концессионными и иными аналогичными соглашениями. Как известно, под концессионным договором обычно подразумевается договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору исключительное право на осуществление определенной деятельности и передает иностранному инвестору право собственности на продукцию и доход, полученные в результате такой деятельности. В российском законодательстве для регулирования соответствующих правоотношений используется соглашение о разделе продукции, которое отличается от концессионного договора тем, что продукция, полученная в результате осуществления деятельности, разрешенной государством

³² Данный документ доступен для ознакомления в сети Интернет на официальном сайте Международной Ассоциации Франчайзинга (International Franchise Association (IFA) по адресу: <http://www.franchise.org>.

³³ Большой юридический словарь, с. 744.

инвестору, распределяется между государством и инвестором на условиях, установленных соглашением о разделе продукции³⁴.

Следует отметить, что точное определение и разграничение понятий представляет собой не только теоретический, но и практический интерес. Так, Д. Дьяченко в своей работе “Фатальный успех концессии”³⁵, посвященной **коммерческой концессии** утверждает, что “Налоговый кодекс РФ (ст. 18) систему налогообложения при выполнении договоров концессии относит к специальным налоговым режимам”. Однако, абз. 3 ст. 18 Налогового кодекса РФ гласит, что к специальным налоговым режимам относятся: “... система налогообложения при выполнении **договоров концессии и соглашений о разделе продукции**”. Представляется, что в данном случае идет речь о договоре концессии в смысле соглашения о разделе продукции, а не о договоре коммерческой концессии. Таким образом, неправильное понимание терминов может привести к неправильной трактовке нормативных правовых актов, их нарушению и, в частности, в приведенном примере, к применению санкций со стороны фискальных органов.

1.2. История возникновения и развития коммерческой концессии

Для полноты исследования коммерческой концессии (франчайзинга) немаловажно будет рассмотреть данный способ осуществления предпринимательской деятельности в его историческом аспекте. Знание истории создания и развития франчайзинга как коммерческой системы – необходимое условие для того, чтобы интуитивно понять основы франчайзинга³⁶.

Изучение коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности в динамике его развития поможет более

³⁴ Брагинский М.И, Витрянский В.В. Указ. соч., С. 959.

³⁵ Газета “Бизнес Адвокат” № 5 (77) март 2000, С. 8.

³⁶ Стэнворт Дж., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе / Пер. с английского под редакцией Л.Н. Павловой – М.: Аудит, ЮНИТИ, 1996, С. 17.

глубоко уяснить его сущность, истоки, оптимальные принципы и способы правового регулирования. В предыдущем параграфе кратко затрагивалась история франчайзинга, которая выглядит следующим образом: товарный франчайзинг – франчайзинг бизнес-формата – конверсионный франчайзинг. Но это, если можно так выразиться, новейшая история франчайзинга.

На самом деле, история франчайзинга началась еще в средние века. Само термин “франчайзинг” появился во Франции и означает “свобода от обременений”. Историки отследили концепцию франчайзинга начиная со средневековья, когда Католическая Церковь даровала привилегии сборщикам налогов. Сборщики налогов оставляли за собой определенную долю собранных доходов и направляли оставшуюся часть Папе. Такая схема существовала до 1562 г., пока не была отменена. Однако к этому времени франчайзинг стал одним из институтов общего права. Частным лицам могли быть предоставлены франшизы на организацию рынков и ярмарок, а также на эксплуатацию речных паромов³⁷.

В свое время в Британии король предоставлял баронам право собирать налоги на определенных территориях в обмен на различные услуги, такие, например, как обязанность поставлять солдат для армии. Свободным людям было разрешено (дана франшиза) продавать свои товары на территории города на рынках и ярмарках. В Оксфордском словаре английского языка (1933, с. 1630) указано, что *franchising* – это все права и свободы епископатов, пожалованные королевской короной в 1559 году, а *franchises* – ярмарки, рынки и другие места, отведенные для торговли. В наиболее типичной форме франчайзинг проявился в британской системе “связанных домов”, которая использовалась пивоварами в 1800-х годах для поддержания нужного объема продаж. В обмен на предоставленный заем или аренду имущества пивовар получал постоянный двор как рынок сбыта своего пива и

³⁷ Kinch, John E. with Hayes, John P. *Franchising: The inside Story*. – Wilmington, TriMark Publishing Co. Inc., 1986, P. 28.

спиртных напитков. Система “связанных домов” оказалась эффективным коммерческим механизмом и существует до сих пор³⁸.

Кто бы и в какой бы стране ни претендовал на первенство, нужно, конечно, отдать должное деловому сообществу США, благодаря которому получили широкое распространение методы ведения предпринимательской деятельности, используемые в рамках франчайзинга³⁹.

В США франчайзинг стал известен в XIX веке, когда железнодорожные и коммунальные предприятия искали способы ускорить свое расширение. Продавая права на использование своего наименования и/или системы ведения деятельности, эти предприятия получали эффект, т.к. это позволяло им быстрее ввести в эксплуатации новый участок железной дороги или открыть новую электростанцию в другом городе⁴⁰.

Как уже было сказано выше, одним из первых представителей франчайзинга в США в его современном виде была компания Зингера по производству швейных машин (Singer Sewing machine company). После окончания гражданской войны в Америке в середине 1800-х годов Зингер развернул серийное производство, позволявшее его компании торговать по самым конкурентным ценам. Однако организовать централизованное обслуживание швейных машин и замену неисправных частей в одном месте оказалось экономически невыгодным. Была создана франчайзинговая система, которая предоставляла финансово независимым фирмам исключительные права продавать и обслуживать швейные машины на определенной территории. Эти первые франшизы по своей сути были действующими дистрибьюторскими соглашениями с дополнительными обязанностями франчайзи (дилера) обслуживать машины по требованию. Аналогичная система была разработана в 1898 году компанией “Дженерал Моторс” (General Motors), по которой дилеры не имели права продавать машины других производителей и были обязаны вложить в дело собственный капитал для обеспечения высокого уровня обслуживания и

³⁸ О. Новосельцев. Указ. соч., С. 100-101.

³⁹ М. Мендельсон. Указ. соч., С. 25.

поддержания имиджа фирмы – продавца франшиз. Продажа автомашин через систему франшиз ведется и в наше время. Примеру “Дженерал Моторс” последовал “Рексол” (Rexall), который удачно продавал франшизы на организацию своих аптек⁴¹.

Техника франчайзинга не возникла сиюминутно, благодаря изобретательности какого-то индивида с богатым воображением. Она возникла из решений, разработанных бизнесменами, когда они встречались с проблемами при ведении деловых операций. Можно сказать, что в начале XX века автомобили и напитки (неалкогольные) стали катализаторами франчайзинговой деятельности, затем было затишье вплоть до 30-х годов, когда Говард Джонсон открыл свою знаменитую сеть ресторанов в США, а 40-е и 50-е годы увидели рождение многих современных гигантов, работающих в рамках системы льготного предпринимательства⁴².

Эффективно франчайзинг применялся и применяется в настоящее время в индустрии бутылочных безалкогольных напитков компаниями “Кока-Кола” (Coca-Cola), “Пепси” (Pepsi), “Севен-Ап” (7-UP). Благодаря франшизе такие компании получили возможность производить концентрированный сироп централизованно и распределять его местным заводам по розливу, находящимся в собственности и управляемым франчайзи, которые в итоге становились управляющими местных розничных продаж. Франчайзи имели и имеют право использовать фирменные бутылки и фирменные товарные знаки.

В 1920-х годах в США идея франчайзинга как формы ведения бизнеса сместилась в сторону отношений “оптовик – розничный продавец”. Оптовый продавец (или франчайзер) давал возможность небольшим розничным торговым организациям получать дополнительную выгоду от многочисленных скидок, использовать марку торговой фирмы и при этом сохранять свою независимость. В Великобритании этот тип франчайзинга применялся Спар (Spar) и бакалейными магазинами ВГ (VG grocery stores).

⁴⁰ Donald D. Boroian and Patrick J. Boroian. Указ. соч., Р. 28.

⁴¹ О. Новосельцев. Указ. соч. С. 101.

С 1930 года в США после кризиса в экономике нефтеперерабатывающие компании пошли на систему управления своими заправочными станциями как франчайзинговыми единицами. Сдавая в аренду бензоколонки франчайзи, нефтеперерабатывающие компании получали ренту и имели возможность популяризовать имидж компании. В то время как франчайзи могли устанавливать цены в соответствии с местными условиями. В результате значительно вырос уровень продаж машинного топлива и, соответственно, увеличилась прибыль.

В конце 40-х годов братья Макдональд, владельцы небольшого придорожного кафе, решили улучшить обслуживание клиентов и увеличить доход. С этой целью они сократили число наименований блюд до трех, стандартизировали технологию их приготовления и унифицировали рецептуру. Такая реорганизация значительно повысила эффективность и снизила затраты, а единообразное меню “Макдональдс” (McDonald’s) создало новое поколение клиентов, которые знали, что в любом ресторане “Макдональдс” их ждет быстрое обслуживание и привычный набор блюд.

Вплоть до 50-х годов большинство компаний, использовавших франчайзинговую систему, рассматривали франчайзинг как эффективный метод распределения продукции и услуг. Это примеры традиционного франчайзинга, или франчайзинга первого поколения⁴³.

Бум франчайзинга 50-х годов относится ко второму поколению франшиз, известных как “бизнес-формат франшизы” (Business format franchise) – особый метод ведения коммерческой деятельности таким образом, чтобы франчайзер получал дополнительную выгоду от быстрого роста при ограниченном риске, а франчайзи – от того, что входил в проверенную коммерческую систему с гарантированной возможностью получения дохода.

В США бурному развитию франчайзинга способствовал принятый в 1946 году Закон о товарных знаках. Дополнительную прибыль

⁴² М. Мендельсон. Указ. соч. С. 25.

⁴³ Данный вид франчайзинга также именуется “товарный франчайзинг” - прим. авт.

предприниматели получали уже благодаря тому, что предоставление права другим предприятиям на использование своих товарных знаков под разносторонним контролем и защитой закона позволяло владельцам без больших дополнительных затрат расширять границы своего бизнеса.

Франчайзинг используется в самых различных видах бизнеса. В частности, он интенсивно развивается в таких отраслях промышленности и сферы услуг, как автомобильная и автосервис; помощь в организации и ведении бизнеса (бухгалтерия, делопроизводство, реклама и т.п.); строительство, услуги, связанные с ремонтом и обслуживанием домов; услуги, связанные с образованием; отдых и развлечения; рестораны быстрого обслуживания, рестораны, закусочные и т.д.; продуктовые палатки; медицинские и косметические услуги; услуги в сфере домашнего хозяйства; розничная торговля и многие другие виды деятельности⁴⁴.

Франчайзинг будет развиваться в тех областях бизнеса, для успешного ведения которых необходимо добиться максимального охвата удаленных друг от друга рынков. Там, где потребителю необходимы стандартизированные услуги, франшиза предлагает не требующий больших затрат метод расширения для франчайзера⁴⁵.

Один из наиболее быстрорастущих секторов экономики – это сектор коммерческих услуг, который сам по себе, как минимум, частично связан с тенденцией крупных фирм покупать услуги, в которых они не нуждались, потому что предпочитали выполнять эти функции самостоятельно. В настоящее время рост франчайзинга стимулируют следующие факторы:

- уменьшение доли традиционного производства и вытеснение его сектором сферы услуг;
- расширение рынка коммерческих услуг;
- рост популярности индивидуальной трудовой деятельности⁴⁶.

⁴⁴ О. Новосельцев. Указ. соч. С. 101-102.

⁴⁵ Стэнворт Дж., Смит Б. Указ. соч., С. 29.

⁴⁶ Стэнворт Дж., Смит Б. Указ. соч., С. 125.

1.3. Сущность коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности

С целью определения оптимальных методов и способов правового регулирования общественных отношений, возникающих в ходе осуществления деятельности с использованием коммерческой концессии, необходимо определить экономический смысл коммерческой концессии, характерные черты данного способа осуществления предпринимательской деятельности, его преимущества и недостатки.

Учитывая то, что коммерческая концессия является одной из разновидностей франчайзинга, рассмотрим экономическую сущность, а также преимущества и недостатки франчайзинга, которые достаточно хорошо исследованы и описаны иностранными и отечественными авторами.

Как уже отмечалось, существует несколько видов франчайзинга, но для целей настоящей работы мы подробно рассмотрим сущность франчайзинга “бизнес-формата”, так как франчайзинг бизнес-формата является наиболее близким аналогом коммерческой концессии⁴⁷. Франчайзинг бизнес-формата – это метод расширения бизнеса, посредством которого владелец бизнеса или менеджер допускает кого-либо на рынок товаров или услуг под своим именем и товарным знаком, при условии строгого подчинения последнего предписанным ему правилам. В обмен на это франчайзи (индивидуальный предприниматель или организация), платит франчайзеру определенный единовременный взнос, а также, обычно, и текущие платежи (т.н. “роялти”). Более того, франчайзи оплачивает все прочие расходы, необходимые для того, чтобы начать свой собственный бизнес.

Мировая практика доказала, что франчайзинг – один из эффективнейших способов развития бизнеса для фирм, уже добившихся успеха и желающих развиваться дальше. С другой стороны франчайзинг – это наилучшая возможность организовать очень надежное собственное дело для мелкого предпринимателя, начинающего бизнесмена, даже для человека,

никогда не занимавшегося бизнесом. Суть франчайзинга можно кратко сформулировать следующим образом: в обмен на преимущества уже на деле проверенной концепции и методики ведения бизнеса с относительно известной и уважаемой торговой маркой франчайзи делится с франчайзером частью своей прибыли и частью своей независимости⁴⁸.

При разработке концепции развития или расширения бизнеса в форме франчайзинга возможны два исходных состояния:

- бизнес-идея, которая с самого начала должна быть внедрена в практику в виде франшизного предприятия;
- существующий бизнес, который для успешного развития должен быть преобразован, конвертирован в систему франшизного предприятия⁴⁹.

Когда оба партнера работают совместно для достижения общей цели, франшизный метод ведения бизнеса может быть оптимальным вариантом для обеих сторон. Для франчайзера - это средство расширения бизнеса, которое не требует значительных вливаний капитала. Этот способ также может обеспечить эффективный механизм для достижения глубокого проникновения на рынок и его насыщения, прежде чем в данном секторе сможет развиваться конкуренция. Франчайзинг – это альтернатива дорогостоящей и требующей значительных временных затрат практике открытия дополнительных филиалов компании. С помощью франчайзи для франчайзера возможно быстро и относительно безболезненно увеличить капитал, разделить риски, обеспечить наличие преданного менеджмента, которому можно доверять, обеспечить корпоративный рост и расширение бизнеса.

Для франчайзи - это возможность владения собственным бизнесом, но со значительным устранением риска. Как результат, франчайзи способен начать новый бизнес без обычных сопутствующих усилий, связанных с первоначальным становлением бизнеса. Кто-то до него уже сделал и

⁴⁷ Об этом см. параграф 1.1. настоящей работы.

⁴⁸ Франчайзинг в России // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 19.

исправил наиболее важные ошибки, уладил большинство проблем и изобрел систему, которая работает. При работе по схеме франчайзинга также возможно извлекать пользу при осуществлении коллективных оптовых закупок и рекламы.

С точки зрения потребителей, франшиза предлагает уверенность в постоянстве. Потребители могут ожидать, что пицца, которую они покупают в одном месте, будет идентична той, что они купили в этом же франшизном предприятии совершенно в другом месте, в т.ч. в другом городе. То же самое относится к услугам парикмахерских, гамбургерам, услугам гостиниц и т.п.

Франчайзинг – одно из наиболее значительных экономических достижений двадцатого века. Позволяя большему, чем когда бы то ни было, количеству людей успешно владеть своим собственным бизнесом, франчайзинг предоставил людям альтернативу вместо работы в качестве наемных сотрудников корпораций.

Одновременно с этим, франчайзинг дал возможность предпринимателям – владельцам относительно маленьких предприятий эффективно конкурировать на рынке с крупными корпорациями. Франчайзинг позволяет организациям развиваться на рынке стремительными темпами без привлечения значительных капиталов. Ранее небольшие организации могли с легкостью быть не допущены на рынок более крупной организацией, желающей полностью занять этот рынок. Это в принципе возможно и сейчас, но когда организация способна привлечь новый капитал и мотивированных менеджеров при помощи франчайзинга, вероятность того, что крупная организация сможет “задавить” такое небольшую организацию своим “весом”, понижается.

Франчайзинг привлекает также тем, что он постоянно изменяется. Данная система ведения бизнеса постоянно применяется в различных интерпретациях, находятся новые способы ее применения как крупными, так и небольшими компаниями.

⁴⁹ А. Майлер. Бизнес в форме франчайзинга // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 22.

Таким образом, экономическая суть франчайзинга состоит в том, что одна сторона (франчайзер) передает другой стороне (франчайзи) определенный комплекс исключительных прав, предназначенный для осуществления предпринимательской деятельности, ранее разработанный (а в некоторых случаях, что естественно более предпочтительно, и опробованный на практике) франчайзером. В указанный комплекс включается право на использование средств индивидуализации участников гражданского оборота, принадлежащих франчайзеру (фирменного наименования, коммерческого обозначения, товарного знака), определенного набора методов и приемов осуществления предпринимательской деятельности (ноу-хау), прочие объекты исключительных прав (патенты на изобретения и т.п.). Франчайзи, используя указанный комплекс исключительных прав, повышает эффективность и рентабельность своей деятельности и извлекает определенную прибыль. При этом комплекс исключительных прав передается франчайзером франчайзи на возмездной основе, то есть в конечном итоге франчайзи делится с франчайзером частью извлеченной прибыли.

Уяснению экономического смысла франчайзинга может способствовать изучение приведенной ниже классификации франчайзинга. В начале 1970-х годов многие авторы считали вполне приемлемой следующую классификацию (критерием для данной классификации является статус (род деятельности) субъектов франчайзинга):

1. Производитель – розничный продавец.
2. Производитель – оптовый продавец.
3. Оптовик – розничный продавец.
4. Торговая марка, торговое имя, лицензиар – розничный продавец.

Эта ранняя классификация подразделяла франчайзинг первого поколения на 3 группы (пункты 1-3), при этом франчайзинг второго поколения выделялся в одну отдельную группу (пункт 4). Вследствие развития франчайзинга бизнес-формата, такая классификация устарела. В то время как специалисты сконцентрировали свое внимание на отношениях

между франчайзером и франчайзи, более целесообразно франчайзинг бизнес-формата разбить на подгруппы, исходя из размеров первоначальных инвестиций:

1. Франшиза – рабочее место (job franchise).
2. Франшиза – предприятие (business franchise).
3. Франшиза, требующая больших инвестиций (investment franchise)⁵⁰.

Свою классификацию франчайзинга предлагал и В.В. Довгань⁵¹:

1. Товарный франчайзинг.
2. Производственный франчайзинг.
3. Деловой франчайзинг.

Последняя классификация осуществлена по критерию “вид предпринимательской деятельности (торговля, производство, либо выполнение работ (оказание услуг), в рамках которого реализуется схема франчайзинга”.

Наиболее наглядно смысл франчайзинга как способа осуществления предпринимательской деятельности проявляется при описании его преимуществ и недостатков. Учитывая то, что в качестве субъектов, участвующих в общественных отношениях, возникающих в процессе осуществления деятельности в форме франчайзинга, можно выделить франчайзеров, франчайзи, потребителей, пользующихся услугами франчайзи, а также государство и общество, рассмотрим преимущества и недостатки франчайзинга для каждого из указанных субъектов.

Преимущества для франчайзера

Экономия капитала. Франчайзинг является методом расширения, который позволяет бизнесу стремительно развиваться при минимальном вложении собственного капитала. Все другие методы расширения бизнеса требуют затрат собственного, либо заемного капитала. Где же успешные

⁵⁰ Стэнворт Дж., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе / Пер. с английского под редакцией Л.Н. Павловой – М.: Аудит, ЮНИТИ, 1996, С.С. 22-23.

⁵¹ Довгань В.В. Франчайзинг: путь к расширению бизнеса. – Тольятти: Издательская фирма “Дока-Пресс”, 1994, С. 20.

предприятия обычно изыскивают финансовые ресурсы на расширение бизнеса? Некоторые из них выбирают эмиссию акций для привлечения финансов и, как следствие, отказываются от определенного объема самостоятельности и контроля (т.к. часть полномочий приобретают новые акционеры). Другие направляются в банк за кредитом. Но банку требуется обеспечение привлекаемого кредита и немногие компании могут предоставить такое обеспечение. Единственным путем для расширения без утери контроля за управлением в компании, либо за ее активами, является франчайзинг.

Мотивированные менеджеры. Все владельцы собственного бизнеса знают, как трудно найти хорошего менеджера. Стоит только подготовить менеджера, произведя на это значительные затраты, его становится трудно удержать в компании. Даже в компаниях с серьезной системой мотивации менеджеры фактически не владеют активами компании. Реально их ничего не привязывает к бизнесу.

Франчайзи ни с самого начала, ни впоследствии, не является нанятым работником. Он является самостоятельным предпринимателем. Традиционно для бизнеса, франчайзи несет определенный риск. При этом для достижения успеха ему наряду с вложениями капитала приходится максимально затрачивать время и энергию.

Стремительное расширение бизнеса. Франчайзинг является единственной системой расширения бизнеса, которая позволяет малым и средним предприятиям стать господствующей силой на рынке вследствие того, что они появляются на этом рынке первыми. Так как франчайзеру не требуется значительного капитала, его шансы по захвату новых рынков практически уравниваются с крупными компаниями, способными производить значительные расходы на освоение рынков. Успешная франчайзинговая программа привлекает потенциальных франчайзи так же, как открытие золотой жилы привлекает золотоискателей. Впоследствии проблема “как предоставить франшизу” перерастает в проблему “как отобрать квалифицированных франчайзи и отсеять неквалифицированных”.

Франчайзинг также позволяет внедриться и закрепиться на уже существующих рынках. С ростом франчайзинговой сети франчайзер при желании может использовать заработанные на франшизе доходы на открытие дополнительных дочерних компаний, в том числе в тех зонах, где франчайзер считает необходимым ограничить присутствие своих конкурентов.

Преимущества при осуществлении закупок. С ростом франчайзинговой сети выгода от осуществления коллективных закупок может стать значительным преимуществом. Все, начиная от оборудования, кончая расходными материалами может приобретаться франчайзи у одобренных поставщиков с использованием коллективной скидки.

Другое преимущество при осуществлении коллективных закупок – возможность организовывать объединенные фонды, предназначенные для финансирования рекламных и PR-компаний.

Конечно, преимущества от осуществления коллективных закупок, могут использоваться не только франчайзинговыми сетями. Однако быстро развивающаяся сеть с большей вероятностью получит большую выгоду от осуществления коллективных закупок. А франчайзинговые сети, как говорилось ранее, как раз имеют свойство быстрого роста.

Доходность. Основной целью расширения бизнеса является увеличение доходов. Расширение бизнеса с помощью организации дочерних компаний позволяет впоследствии обеспечить получение головной компанией всей прибыли организованных ей подразделений. Однако, с другой стороны, в данном случае головная компания должна произвести определенный объем первоначальных инвестиций, также в этом случае головная компания несет риск возникновения убытков. В противоположность этому, доходы франчайзера по большому счету, не зависят от прибыльности франчайзи. Обычно франчайзи уплачивают вознаграждение, исчисленное в процентном соотношении с валовой выручки, а не с прибыли (при этом, конечно, не стоит забывать, что если франчайзи разорится, франчайзер вообще перестанет получать какой-либо доход).

Франчайзеры могут получать доход из шести источников:

1. Первоначальный франчайзинговый платеж.
2. Периодические выплаты “роялти”.
3. Отчисления в рекламный фонд.
4. Выручка от продажи франчайзи товаров.
5. Выручка от предоставления франчайзи дополнительных услуг.
6. Доходы от сдачи франчайзи имущества в аренду.

Элементарные арифметические расчеты показывают, что с ростом франчайзинговой сети доходы возрастают опережающими темпами. Однако следует еще раз заметить, что стабильный успех возможен в франчайзинге только в случае успешной деятельности франчайзи.

Возможность использовать выгодное место расположения. В случае, если успех данного бизнеса зависит от определенного места расположения, франчайзинг дает дополнительные возможности по убеждению владельцев крупных торговых комплексов в размещении там своих торговых точек. Число торговых комплексов ограничено, ограничено и количество однопрофильных торговых точек, которые можно открыть в данных комплексах. Merle Harmon’s Fan Fair (франчайзинговая компания, сеть магазинов, осуществляющих торговлю атрибутикой для спортивных болельщиков) привлекает большинство своих лучших франчайзи из числа владельцев торговых комплексов, которые на ярком примере убедились в прибыльности и успехе торговых точек данной компании в других торговых комплексах.

“Гибкость” франчайзингового бизнеса. Франчайзинг великолепно может быть адаптирован к множеству различных бизнес-ситуаций, структур и задач.

Классическая схема франчайзинга такова: франчайзер - небольшая компания с ограниченными финансовыми ресурсами; все взносы в начальный капитал, организацию торговой точки, наем персонала, оперативный менеджмент осуществляет франчайзи. Однако многие успешно развивающиеся франчайзинговые компании сочли более выгодным для себя

выполнять некоторые из перечисленных функций самостоятельно за соответствующее вознаграждение.

Так компания Southland Corporation (торговая марка 7-Eleven) обеспечивает своих франчайзи предприятием “под ключ”: предоставляет им готовые торговые точки, оборудование и расходные материалы. Несмотря на то, что такая форма деятельности требует бо́льших затрат со стороны франчайзера, впоследствии франчайзер получает большее количество источников дохода. Другой пример – компания “Макдональдс”, которая имеет в собственности 60% помещений, занимаемых на территории США их франчайзи.

Франчайзинг “гибок” и в другом направлении – если у компании-франчайзера недостаточно капитала, но есть резерв управленческих ресурсов, такая компания может предложить свои услуги по управлению торговыми точками франчайзи, такому примеру последовала упомянутая выше компания Merle Harmon’s Fan Fair.

Таким образом, франчайзинг подходит и малым компаниям, рассчитывающим на быстрый рост, так и крупным компаниям, готовым вкладывать более значительные инвестиции в расчете на последующую более высокую прибыль.

Возможность выгодно продать бизнес. Франчайзинг имеет еще одну выгодную особенность, о которой стоит упомянуть. Франчайзинговые сети могут быть выкуплены другими компаниями, в том числе и компаниями-конкурентами. Бизнес, дополненный франчайзинговой сетью, является более ликвидным активом по сравнению с его предыдущим состоянием.

Кроме того, можно отметить такие преимущества франчайзинга для франчайзера:

- распределение рисков – риски при инвестировании распределяются между франчайзером и франчайзи, так как они вместе осуществляют инвестиции в развитие франчайзинговой сети⁵²;

⁵² Kinch, John E. with Hayes, John P. Указ. соч. Р. 34.

- избавление франчайзера от рутинных проблем с подбором персонала. Все вопросы с персоналом, которые неизбежно возникают у организации в процессе ее стремительного роста могут быть минимизированы путем передачи полномочий по набору персонала франчайзи⁵³;

- освобождение франчайзера от рутинной работы и необходимости оперативного управления сетью предприятий. Данные вопросы переходят в ведение франчайзи;

- франчайзеру легче осваивать новые территории с помощью предприятий-операторов, у которых есть знание местных условий и местные интересы.

Преимущества для франчайзи. Владелец вновь созданной организации может не иметь опыта ведения дела. Такому человеку приходится ценою проб и ошибок находить наиболее рентабельный способ функционирования, включая инвестиции. Надо ответить на вопрос, сможет ли владелец получить необходимую прибыль до того, как его финансы будут исчерпаны. Если да, то он не присоединится к печальной статистике, согласно которой 25% новых предприятий разоряются в течение первых 2 лет. Если у него и дальше все будет хорошо складываться, он не попадет в 40% новых организаций, которые разоряются в течение первых 5 лет. Франчайзинг предоставляет потенциальному предпринимателю возможность ведения бизнеса в условиях высокой степени риска. Оператор приобретает разработки франчайзера, таким образом сокращая высокий риск, связанный с открытием нового бизнеса. Это не значит, что риск отсутствует вообще. Организации, работающие в системе франчайзинга, терпят крах по ряду причин. Но уровень неудач для нового бизнеса, основанного с использованием франчайзинга, составляет 10-12% от уровня банкротства самостоятельного бизнеса.

Преимущества для франчайзи (оператора) такие:

⁵³ Там же.

1. Отсутствие у предпринимателя основных и специализированных знаний преодолевается благодаря программе обучения, проводимого франчайзером.

2. Оператор, владея собственной организацией, имеет стимул получать постоянную поддержку головной фирмы. Оператор – это независимый бизнесмен, работающий в системе франчайзинга. Это дает возможность оператору тяжелым трудом и усилиями максимально увеличить прибыль и стоимость его капитала.

3. В большинстве случаев оператор выигрывает, используя имя, репутацию, которые признаны покупателем.

4. Оператору потребуется меньше капитала, чем если бы он создавал бизнес самостоятельно, так как франчайзер, благодаря накопленному в других операциях опыту, устраняет ненужные затраты.

5. Франчайзер предоставляет организации-оператору ряд услуг, которые позволяют оператору в той или иной степени разделить успех, достигнутый головной организацией. Эти услуги включают:

- применение разработанных критерием выбора места расположения торговой точки или, если данная форма договорных отношений предполагает передвижные услуги, района обслуживания;
- руководство при приобретении прав на освоение территории, подготовке проектов для планировки, обустройстве магазина и общую помощь в расчете ассортимента товаров при открытии торговой точки;
- обучение оператора и персонала методам функционирования в рамках комплексной системы льготного предпринимательства и предоставления пособия с подробными инструкциями;
- обучение оператора и персонала необходимым производственным операциям, технологическим процессам;
- обучение оператора методам бухгалтерского учета, управления, маркетинга, рекламы и торговли;
- приобретение оборудования;

- организацию финансирования, необходимого для создания организации-оператора;
- подготовку новой торговой точки к открытию и началу деятельности.

6. Оператор получает также преимущества в использовании (если необходимо) рекламных мероприятий франчайзера в рамках всей страны. Каждый оператор обычно отчисляет франчайзеру суммы, предназначенные для рекламных целей.

7. Оператор выигрывает, получая доступ к возможностям франчайзера и всей его сети в области закупок, снабжения, ведения переговоров.

8. Оператор может использовать специализированные знания и опыт работы головной организации франчайзера, сохраняя при этом статус собственника организации.

9. Риск бизнеса оператора существенно ниже чем у самостоятельной организации. Тем не менее он не должен думать, что коль скоро он работает “под зонтиком” франчайзера, то не подвергается риску вообще. Любой бизнес подвержен влиянию риска. Чтобы добиться успеха, нужно работать еще больше, чем раньше.

10. Оператор может воспользоваться услугами персонала фирмы-франчайзера в случае возникновения каких-либо проблем.

11. Оператор имеет преимущество в использовании патентов франчайзера, торговых марок, фирменных услуг, авторских материалов, коммерческих и технологических секретов и ноу-хау.

12. Оператор может пользоваться результатами научных разработок франчайзера и его программами развития, направленными на то, чтобы усовершенствовать бизнес, сделать его конкурентоспособным.

13. Франчайзер собирает максимум информации о рынке и опыт, которые могут использовать предприятия-операторы. Это дает доступ к обширной информации, которая была бы недоступна предприятию, если бы оно не было частью системы франчайзинга.

14. В необходимых случаях проводится территориальный раздел, чтобы защитить оператора от конкуренции с франчайзером или другим оператором, а в случае с передвижной торговлей или обслуживанием определяется территория для проведения операций.

15. Признание банками преимущество в финансировании организаций, работающих в рамках льготного предпринимательства, делает кредит и его условия более доступными⁵⁴.

Преимущества для государства, общества и потребителей. Развитие некоторых франчайзинговых систем связано с развитием национальной экономики в целом. Существует много крупных промышленных концернов с большим количеством фабрик, офисов по всей стране, которым необходимы услуги некоторых сетей, использующих франчайзинг. Франчайзеры смогут вести с ними переговоры от имени каждой организации-оператора об услугах, требуемых на местном рынке. Никто из операторов не имеет ни способностей, ни возможностей вести такие переговоры или организовать услуги такого уровня самостоятельно, а сеть в целом это сделать может. Каждый оператор обеспечивает потребителя от имени головной фирмы качественными услугами, сохраняя бизнес крупной национальной разветвленной сети предприятий⁵⁵.

Для государства франчайзинг представляется выгодным и целесообразным, во-первых, из управленческих соображений. Для франчайзинга характерна некая структурированность, более четкая, чем для массы малого бизнеса вообще. Там очень сложно иметь какую-то статистику, информацию, таким образом, очень трудно влиять экономически на систему развития малого бизнеса. Во франчайзинге все структурировано, таким образом, малый бизнес сконцентрирован во франшизных системах. Таким образом, легче регулировать отношения государства и предпринимательства, легче влиять экономическими методами, получать информацию, и, соответственно, принимать управленческие решения. Следующий элемент,

⁵⁴ М. Мендельсон. Указ. соч., С.С. 37-39.

⁵⁵ М. Мендельсон. Указ. соч., С. 33.

который очень важен для общества – образование, просветительство, получение навыков, обучение. Во франчайзинге автоматически предусмотрено обучение практике ведения бизнеса, каждая франшизная система предусматривает тщательное и глубокое обучение франчайзи. Хотя оно и краткое (2-3 недели), но это обучение очень практическое и очень заинтересованное. Можно сказать, что система франчайзинга – это система определенных бизнес-университетов, ни в одном университете нельзя получить такого заинтересованного обучения, как во франчайзинге, т.к. здесь обе стороны заинтересованы в положительных результатах. Еще один существенный фактор, который характерен не обязательно для франчайзинга, а для сетевого бизнеса вообще. Сетевой бизнес развивается очень быстро, появляется все больше новых точек и рабочих мест. Таким образом, франчайзинг интересен и для всего общества в целом⁵⁶.

Наконец, для третьих лиц (потребителей) организация работы производителей товаров, работ, услуг на условиях франчайзинга имеет то значение, что при этом обеспечивается соблюдение определенных стандартов, принятых в деятельности правообладателя, в результате чего рынок быстро насыщается высококачественными товарами, работами, услугами⁵⁷.

Несмотря на все свои преимущества, франчайзинг не является идеальным средством и не подходит абсолютно каждой организации в любой сфере деятельности. Недостатки франчайзинга также должны учитываться компаниями, планирующими использовать данный способ осуществления предпринимательской деятельности.

Недостатки для франчайзера

Потеря контроля. Самый большой недостаток франчайзинга – это потеря контроля. Передавая текущее управление своим франчайзи, франчайзер несет два риска. Во-первых, это риск того, что франчайзи будет не в состоянии вести бизнес так же хорошо, как это делал франчайзер. Это

⁵⁶ А. Майлер. Анализ правовых основ франчайзинга // Сборник. Материалы международной конференции “Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле и сфере услуг”. - М.:, 2002, С. 10.

может быть обусловлено сложностью бизнеса, сложностью обучения франчайзи данному бизнесу в относительно короткие сроки. Однако данная проблема решается в настоящее время с помощью проведения обстоятельных программ обучения, а также путем предоставления торговым точкам франчайзи дополнительных услуг по управлению.

Второй риск состоит в том, что предпринимателю-франчайзеру, создавшему свой бизнес и передавшему его франчайзи, достаточно сложно отказаться от возможности прямого управления. Владелец бизнеса вправе приказать управляющему изменить цены, расстановку оборудования, сменить само оборудование, и т.д. в любой момент. Франчайзер же, напротив, вынужден высказывать пожелания, стимулировать, убеждать, но не командовать франчайзи.

Другой аспект потери контроля за розничными торговыми точками и возможный предмет для возникновения спора – проблема цен и доходности относительно объема продаж. Цены франчайзи могут быть слишком высокими, отправляя покупателей к конкурентам, или, наоборот, слишком низкими, лишая франчайзи прибыли, а франчайзера – выплат “роялти”. Цель франчайзи – увеличить **прибыль**, при этом цель франчайзера (основанная на расчете размера выплат “роялти” не от размера прибыли франчайзи, а от валовых продаж) – максимальный **объем продаж** в каждом подразделении. В связи с этим франчайзи могут сопротивляться изменению цен, оборудования, или организации труда, направленным на увеличение объема продаж, а не прибыли франчайзи.

Трудности в подборе квалифицированных франчайзи. Успешные франчайзи – главная составляющая успеха франчайзинговой программы. При этом главный первый шаг – привлечь в программу франчайзи с максимальным потенциалом. Франчайзи должны иметь финансовую возможность оплатить первоначальные расходы по организации торговой точки. Однако слишком большой объем первоначальных затрат может отпугнуть потенциальных франчайзи. Также их может отпугнуть бизнес,

⁵⁷ М.И. Брагинский, В.В. Витрянский. Указ. соч., С. 970.

который представляется им слишком сложным, такой, как, например, оказание бизнес-услуг (консалтинговых, юридических и т.п.). Другой проблемой является наличие в настоящее время множества предложений со стороны франчайзеров – вследствие этого франчайзеры конкурируют между собой в поисках смысленных франчайзи.

Относительно низкая доходность. Как уже отмечалось выше, получение прибыли от филиалов в корпоративных сетях, во франчайзинговых сетях заменено на получение платежей “роялти”, исчисленных, обычно, в процентном соотношении относительно валовой выручки. Даже в успешно функционирующих подразделениях размер “роялти” обычно является значительно ниже общей прибыли подразделения (т.е. будь франчайзер головной компанией, его доход мог быть значительно выше). Этот недостаток, однако, должен рассматриваться на фоне многих преимуществ франчайзинга, таких как минимизация риска для капитала франчайзера, большой потенциал быстрого расширения, и выгода от осуществления коллективных закупок.

Возможные кардинальные изменения рынка. Если франчайзеры не отслеживают изменения, происходящие на рынке или в своей отрасли, в итоге они могут оказаться “в хвосте” своего бизнеса, или же вообще не у дел. Так, например, компания ComputerLand, лидер компьютерного рынка, вовремя не отреагировала на изменения рынка, связанные с появлением в начале 1980-х годов множества производителей компьютерной техники и их дилеров, и сохраняла для своих франчайзи ставку “роялти” в размере 8%. Это повлекло к разорению одних франчайзи и чуть было не повлекло “восстание” всех остальных. В итоге компания была вынуждена снизить “роялти” до 6% и смириться со снижением выплат со стороны франчайзи.

Неуправляемый рост. Для некоторых людей построение франчайзинговой сети может оказаться слишком простым делом. Несмотря на все законы, направленные на защиту потенциальных франчайзи, некоторые франчайзеры доказывают, что они гораздо лучше предоставляют франшизы, нежели чем впоследствии успешно управляют созданной

франчайзинговой сетью. Когда франчайзер создает “монстра”, выходящего за пределы его возможностей по управлению сетью, крах такой сети может быть внезапным и драматическим.

Безусловно, существуют способы сохранять рост франчайзинговой сети управляемым. Один из них – для начала организовывать франшизные организации только в регионах, где они почти наверняка будут иметь успех, вплоть до момента построения организации, которая способна на более стремительный рост. Другой способ – на первой стадии предоставлять ограниченное число франшиз.

Кроме того, можно выделить следующие проблемы, которые могут возникнуть у франчайзера:

Франчайзер должен отдавать себе отчет, что, обучая оператора, он готовит себе в будущем конкурента.

Часто бывает трудно заручиться сотрудничеством операторов, когда необходимо внести средства на оформление и ремонт помещений, модернизацию оборудования, чтобы потребителю были предоставлены услуги в соответствии с тем, что записано в договоре франчайзинга, в соответствии с торговым имиджем и репутацией франшизной сети.

Франчайзер рискует тем, что оператор, чьи платежи франчайзеру обычно рассчитываются в процентах от его валового дохода, станет скрывать полную информацию о своем валовом доходе.

Недостатки для франчайзи

1. Меньше экономической свободы, ограничение инициативы. Это может повлечь наступление негативных последствий. Франчайзер может допустить ошибки в своей политике; он может принимать решения в отношении нововведений в бизнесе, которые не всегда будут удачными, нанесут вред деятельности организации-оператора. Помимо этого, доброе имя бизнеса в рамках системы франчайзинга или торговый имидж могут быть потеряны по причинам, не зависящим от данного франчайзи.

2. Во взаимоотношениях между франчайзером и оператором неизбежно будут присутствовать элементы контроля. Хотя оператор является

собственником, предприятие, которым он владеет, - это бизнес, который он осуществляет по лицензии в соответствии с условиями контракта.

3. Может случиться, что оператор, обнаружив свою зависимость от франчайзера, не сможет проявить личную инициативу, что необходимо для создания и ведения успешного бизнеса. Некоторые операторы теряют перспективу. Они вводят себя в заблуждение, думая, что долг франчайзера обеспечить их всегда постоянным потоком покупателей и повседневным участием в их работе, что противоречит концепции франчайзинга.

4. Политика, проводимая франчайзером, может повлиять на прибыльность предприятия-оператора. Например, франчайзер хочет, чтобы оператор увеличил товарооборот (за счет чего первый получает постоянные выплаты), в то время как оператор более заинтересован в увеличении прибыльности, что не всегда является следствием увеличения оборота⁵⁸.

Кроме того, потенциальный франчайзи просто может стать жертвой недобросовестного франчайзера. История наглядно демонстрирует подобные примеры⁵⁹.

Недостатки для государства, общества и потребителей

В ряде случаев потребители, полагаясь на средства индивидуализации участников гражданского оборота, которые принадлежат франчайзеру, но используются пользователем, могут быть введены в заблуждение.

Также франчайзинговые договоры, заключаемые между франчайзером и франчайзи, могут привести к ограничению конкуренции на рынке и монополистической деятельности, наносящей вред потребителям и обществу и государству в целом.

В свете изложенного выше, представляется, что отношения, возникающие в связи с применением коммерческой концессии, должны быть урегулированы нормами права для того, чтобы, с одной стороны, используя преимущества коммерческой концессии, извлечь из указанных отношений максимальную пользу для всех вовлеченных в них субъектов и, с другой

⁵⁸ М. Мендельсон. Указ. соч. С.С. 39-40.

⁵⁹ Об этом см. параграф 2.1. настоящей работы.

стороны, для нейтрализации недостатков коммерческой концессии и возможных негативных последствий, связанных с ее применением.

Несмотря на ряд громких и не очень громких банкротств и неудач франчайзи и франчайзеров, бизнес по системе франчайзинга достиг феноменальных успехов. По расчетам Министерства Экономики США, число банкротств среди франчайзи составляет не более 5% в год, в то время как приблизительное число банкротств вновь образованных предприятий составляет от 65 до 90 процентов. Банкротства франчайзеров также являются редкостью. В 1985 году разорились 46 франчайзеров, имеющие всего 1.463 подразделения – франчайзи. Объем продаж франчайзи из данной группы составлял всего одну десятую долю процента от объема продаж всех франчайзинговых предприятий. Франчайзинг является Американской Мечтой со “страховочной сеткой”. Это наиболее эффективный симбиоз эффективности крупной организации и мотивации владельцев малых предприятий. Конечно, не каждый успешный бизнес должен развиваться по схеме франчайзинга, но в нужной ситуации и при правильном подходе, с помощью франчайзинга из бизнеса можно создать мощную высокопроизводительную систему⁶⁰.

По итогам первой главы работы представляется возможным сформулировать следующие основные выводы:

1. Коммерческая концессия в первую очередь – соответствующий способ осуществления предпринимательской деятельности. Помимо этого коммерческую концессию можно рассматривать как:

- совокупность общественных отношений, возникающих в ходе осуществления предпринимательской деятельности означенным выше способом;
- двустороннюю гражданско-правовую сделку – договор коммерческой концессии;

⁶⁰ Donald D. Boroian and Patrick J. Boroian. Указ. соч., P. 97.

- институт российского гражданского права - обособленную группу юридических норм, регулирующих однородные общественные отношения и входящих в соответствующую отрасль права.

2. Понятие “коммерческая концессия”, использованное в российском законодательстве, и понятие “франчайзинг”, известное в международной практике, не являются синонимами, а соотносятся, соответственно, как видовое и родовое понятие. Коммерческая концессия является аналогом одной из разновидностей франчайзинга – франчайзинга бизнес-формата. При этом общие положения, касающиеся франчайзинга, применимы к коммерческой концессии.

3. В теоретической и практической работе необходимо четкое уяснение понятия “коммерческая концессия” и его разграничение с понятием “концессия” - соглашение о разделе продукции.

4. История франчайзинга уходит своими корнями в средневековье. Франчайзинг по сути означает предоставление определенных исключительных прав в обмен на долю в доходах, извлеченных из использования данных прав.

Франчайзинг в его современном виде (как способ осуществления предпринимательской деятельности) появился впервые в США. На начальном этапе развития экономическая сущность франчайзинга состояла в предоставлении франчайзером (правообладателем) исключительного права франчайзи (пользователю) распространять товары франчайзера на определенной территории. Данный вид франчайзинга являлся франчайзингом первого поколения или товарным франчайзингом.

Впоследствии франчайзинг изменился и в рамках сотрудничества правообладатель предоставлял пользователю уже не исключительное право продажи товаров, а передавал ему определенную готовую технологию ведения предпринимательской деятельности, а также права на средства индивидуализации субъектов гражданского оборота и производимых ими товаров (работ, услуг). Данный вид франчайзинга именуется “франчайзинг бизнес-формата”. В настоящее время в мировой практике осуществления

предпринимательской деятельности наиболее широко распространен именно франчайзинг бизнес-формата.

5. Сущность коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности можно определить следующим образом. Правообладатель, разработавший и успешно испробовавший на практике определенную технологию осуществления предпринимательской деятельности, а также являющийся обладателем исключительных прав на хорошо известные потребителям средства индивидуализации субъектов гражданского оборота и производимых ими товаров (работ, услуг), предоставляет указанную технологию и права на использование средств индивидуализации пользователю (т.е. делится с пользователем своим коммерческим опытом и деловой репутацией) в обмен на долю в доходах, извлеченных пользователем от использования полученных прав.

6. Коммерческая концессия как способ осуществления предпринимательской деятельности предоставляет ряд неоспоримых преимуществ всем субъектам, вовлеченным в общественные отношения, возникающие в связи с его использованием, а именно: профессиональным предпринимателям (правообладателям и пользователям), потребителям, государству и обществу.

Коммерческая концессия благотворно влияет и на экономику государства в целом, позволяя стремительно расширять производство и реализацию качественных товаров (работ, услуг), насыщать ими рынок, способствует успешному возникновению и становлению новых предприятий (особенно средних и малых), возникновению новых рабочих мест, повышению квалификации предпринимателей и усовершенствованию бизнес-технологий.

Помимо преимуществ, коммерческая концессия также обладает и рядом недостатков и способна в некоторых случаях причинить вред участникам соответствующих общественных отношений.

В свете изложенного выше, отношения, возникающие в связи с применением коммерческой концессии, должны быть урегулированы

нормами права. При этом правовое регулирование коммерческой концессии должно, с одной стороны, позволять наиболее эффективно использовать преимущества коммерческой концессии и извлекать из указанных отношений максимальную пользу для всех вовлеченных в них участников, а с другой стороны - нейтрализовать недостатки коммерческой концессии и предотвращать возможные негативные последствия.

Глава II. Правовое регулирование коммерческой концессии: становление и развитие

2.1. Основные направления и тенденции правового регулирования коммерческой концессии в иностранных государствах

Важное значение для настоящего исследования имеет изучение влияния правового регулирования коммерческой концессии на ее становление и развитие, а также проблема специального правового регулирования коммерческой концессии.

Договор франчайзинга получил распространение и признан самостоятельным объектом правового регулирования более чем в 80 странах мира, но отдельное законодательство о франчайзинге принято лишь в некоторых из них⁶¹.

Законодательство, относящееся к франчайзингу, можно разделить на две группы. Первая группа объединяет в себе законы и правовые нормы, применяемые к договорам в целом. Вторая – включает законы и нормы, имеющие отношения к специфическим договорам (например, специальные законодательные акты по франчайзингу).

К первой группе относятся правовые нормы, которые могут действовать как на национальном, так и на международном уровне.

1. Общее контрактное право;
2. Законы, регулирующие взаимоотношения на основании агентских и дистрибьюторских соглашений;
3. Правовые нормы по защите лизинговых интересов и обеспечению гарантий соответствующих сделок;
4. Правовые нормы по защите инвестиций;
5. Нормы по защите интеллектуальной собственности;

⁶¹ Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе РФ. // “Хозяйство и право”, 1997 г., № 12. Цит. по электронной версии, приведенной в Справочной правовой системе “Гарант”.

6. Конкурентное право (антитрестовское или антимонопольное законодательство). Иногда договор о франчайзинге может устанавливать уровень цен, которых должен придерживаться франчайзи, либо предоставлять исключительные права франчайзи. Такие соглашения могут спровоцировать спекуляции со стороны конкурентов и обвинения в разделе рынка или в сговоре участников франчайзинговой сети.

7. Правовые нормы по методам ведения торговли также могут регулировать деятельность определенных типов франшиз. Обычно они применимы в случае наличия оговорок, накладывающих определенные ограничения на деятельность контрагента, или, если франчайзер оставляет за собой право распространять свои продукты или услуги посредством других дистрибьюторских каналов, например, через продажи по типу “пирамид”;

8. Корпоративное право;

9. Нормы по налогообложению;

10. Нормы, регулирующие имущественные права;

11. Законодательство по защите прав потребителя (под потребителем может также пониматься и сам франчайзи);

12. Трудовое законодательство. Особенно актуально для стран с развитым трудовым законодательством таких как, например, Германия и Швеция;

13. Нормы, регулирующие передачу технологий;

14. Нормы страхования;

15. Законодательство, регулирующее иностранные инвестиции, валютный контроль, ограничения по импорту и/или квоты на импорт;

16. Законодательство, регламентирующее создание и деятельность организаций с иностранными инвестициями.

Вторая группа объединяет нормативные правовые акты, регламентирующие франчайзинг. Несмотря на то, что в большинстве случаев вышеприведенных норм вполне хватает для регламентирования отношений

сторон при франчайзинге, ряд стран располагают своими собственными актами по франчайзингу⁶².

По мнению экспертов ВОИС, с правовой точки зрения франшиза в достаточной степени регулируется договорным правом, поэтому для ее функционирования и развития не нужны ни особые законы, ни специальные регулирующие структуры⁶³. С последним утверждением согласиться трудно, т.к. вопрос о необходимости специального правового регулирования коммерческой концессии является дискуссионным.

Различными путями пошла и законодательная практика иностранных государств. В некоторых странах существуют специальные законы и (или) подзаконные акты, применимые к франчайзингу. В США, например, законы о франчайзинге существуют в некоторых штатах. Помимо этого федеральное правительство выпустило специальные “Требования по раскрытию информации и запрещения, касающиеся франчайзинга и рискованных бизнес-предприятий”, налагающие на франчайзеров обязательства по раскрытию отдельных видов информации о своем бизнесе с целью защиты интересов потенциальных франчайзи.

Большинство других стран не имеют специальных законов, посвященных регулированию франчайзинга, исходя из тезиса о том, что франчайзинг не требует специального правового регулирования для того, чтобы успешно развиваться и процветать в экономике данного государства. Однако, с момента заключения франчайзингового договора, на отношения сторон договора распространяется договорное право.

В некоторых других странах приняты “добровольные кодексы” (или “кодексы этики” - авт.) франчайзинга. Они в основном разрабатываются национальными ассоциациями франчайзинга, которые стремятся предотвратить ситуации и факты, способные причинить вред позитивному облику франчайзинга в глазах общественного мнения⁶⁴.

⁶² Е. Дряхлов. Законодательство и нормы в области франчайзинга. // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 40.

⁶³ Евдокимова В. Указ. соч.

⁶⁴ Franchising. Aspects of the Market Economy – Munchen: “Stam Verlag”, 1996, P. 64.

Существует не так много стран, где законодательно были закреплены правила ведения бизнеса по системе франчайзинга. К таким странам относятся: США, Канада, Бразилия, Мексика, Франция, Испания, Албания, Румыния, Россия, Япония, Австралия, Корея, КНР, Малайзия, Индонезия. При этом стоит отметить, что ни Великобритания, ни Германия, лидирующие по показателям развития франчайзинга, специального законодательства по этому вопросу не имеют⁶⁵.

В свете этого вполне справедливо утверждение о том, что “франчайзинг появляется там, где созрели для этого экономические условия. Существовать же он может, в принципе, в любых правовых формах. Отсутствие прямых законов может лишь создавать некоторые сложности для франчайзинга, но не в силах остановить его развитие”⁶⁶. Однако следует отметить, что задачами правового регулирования франчайзинга является не только стремительное развитие франчайзинга. Правовое регулирование франчайзинга преследует помимо этого и многие другие цели, в частности, защиту ряда публичных интересов, например, таких, как рыночная конкуренция и права потребителей.

Цель государственного регулирования экономики (в том числе и правового регулирования), реализуется через следующие основные функции:

- 1) создание условий для цивилизованного функционирования рынка:
 - определение форм собственности хозяйствующих субъектов и правил управления;
 - создание механизма обеспечения исполнения хозяйственных договоров;
 - предупреждение споров между хозяйствующими субъектами и разрешение их в судебном порядке;
 - защита интересов и прав потребителей продукции хозяйствующих субъектов;
 - установление стандартов и системы мер на продукцию;

⁶⁵ Е. Дряхлов. Указ. соч., С. 40.

2) стратегическое планирование науки и научно-технического прогресса;

3) решение макроэкономических проблем, которое включает:

- определение объема национального производства;
- пропорциональность развития экономики;
- обеспечение надлежащих темпов экономического роста;
- поддержание соответствующего уровня занятости трудоспособного населения, его социальную защиту⁶⁷.

Как видно, государство при регулировании (в том числе правовом) предпринимательской деятельности преследует не только цели развития того или иного способа осуществления предпринимательской деятельности, но и стремится обеспечить защиту ряда иных интересов, в том числе и публичных.

Рассмотрим практику правового регулирования франчайзинга в наиболее экономически развитых иностранных государствах.

Австралия. Австралийским Министерством малого бизнеса в феврале 1993 года был утвержден “Кодекс практики франчайзинга” и учрежден Административный совет для управления указанным Кодексом. В соответствии с этим Кодексом франчайзеры, зарегистрированные в Административном совете, должны соответствовать тем стандартам положительной практики франчайзинга, которые изложены в Кодексе практики франчайзинга.

Кодекс практики франчайзинга определяет франчайзинг более широко, чем в США⁶⁸. Многие дистрибьюторские соглашения, которые не требуют оплаты договора и не считаются франчайзингом в большинстве стран, считаются франчайзингом по Австралийскому Кодексу.

Кодекс практики франчайзинга требует от франчайзера предоставления информации о системе франчайзинга в специальном информационном

⁶⁶ Сборник. Материалы международной конференции “Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле и сфере услуг”. - М.: 2002, С. 17.

⁶⁷ Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 43.

документе, по крайней мере, за семь дней до подписания франшизного договора. Должны быть предоставлены такие категории информации, которые практически совпадают с аналогичными требованиями законодательства США.

До исполнения соглашения франчайзер должен убедиться, что каждый франчайзи получил и прочитал три документа: информационный документ по крайней мере за семь дней до подписания соглашения, справочное издание для франчайзи, одобренное Советом и копию указанного выше Кодекса. Кроме того, франчайзер должен потребовать от каждого франчайзи документ от юриста, утверждающий, что юрист разъяснил франчайзи условия франчайзингового соглашения. Кроме того Кодексом практики франчайзинга предусмотрено, что в течение семи дней с даты вступления в силу франчайзингового соглашения франчайзи может расторгнуть такое соглашение.

Бразилия. Исторически Бразилия всегда была трудной страной для франчайзинга. Бразильское правительство раньше было категорически против какого-либо лицензирования, включая франчайзинг, в котором производились выплаты за границу. Это привело к существенным проблемам франчайзеров, желающих выйти на рынок Бразилии и обусловило появление сложных и дорогих планов, часто с привлечением черного рынка. В 1992 году эта проблема была решена решением “Национального института промышленной собственности”, что соглашения о франчайзинге будут официальными.

Сейчас Бразилия присоединилась к растущему списку стран, принявших законодательство о франчайзинге. Новый бразильский закон о франчайзинге вступил в силу 15 февраля 1995 года. Этот закон применяется к договорам о франшизе с гораздо более широким понятием, чем понятие франшизы в США.

Франчайзер должен снабдить предполагаемого франчайзи проспектом, представляющим франшизу, написанным ясным и простым языком и

⁶⁸ О правовом регулировании франчайзинга в США см. ниже.

содержащим 15 категорий информации, многие из которых совпадают с практикой в США. Этот проспект должен быть получен франчайзи по крайней мере за 10 дней до вступления в действие франчайзингового соглашения или начала каких-либо выплат. Франчайзинговое соглашение должно быть в письменном виде и подписано в присутствии двух свидетелей. Соглашение, требующее платежей в иностранной валюте, должно быть также зарегистрировано в “Национальном институте промышленной собственности”.

Великобритания. 19 марта 1996 года в “Ограничивающий акт о торговле” 1976 года (далее “Акт 1976 г.”) были внесены поправки, которые имеют большое значение в регулировании франчайзинговых соглашений Объединенного Королевства.

По Акту 1976 года франчайзеры, которые использовали франчайзинговые соглашения между двумя или более сторонами, ведущими бизнес в Объединенном Королевстве, и которые использовали в контракте так называемые “договорные ограничения” (такие, как эксклюзивность, контроль за клиентами и т.д.), должны были предоставить основные пункты соглашения в Министерство торговли. Если договорные ограничения оказывались не очень существенными, тогда детали соглашения были записаны в определенный реестр и соглашение разрешалось оставлять таким, каким оно было намечено. Однако если Министерство торговли признавало контрактные ограничения существенными, тогда в соглашение либо вносились поправки, либо оно направлялось в специальный судебный орган на процесс.

Указанные процедуры сильно увеличивали административные расходы франчайзеров. Изменения, внесенные в Акт 1976 года в 1996 году, позволяют многим франшизам, удовлетворяющим приведенным ниже критериям, в дальнейшем не проходить контроль Министерства торговли:

1. Соглашение должно быть оформлено в соответствии с критериями Европейского Франчайзингового Блока.

2. Общий годовой оборот сторон (включая аффилированных лиц) не должен превышать 10,500,000 долларов США на дату соглашения.

Канада. Несколько лет одна из провинций Канады имела специальное законодательство о франчайзинге, которое требовало регистрации и предоставления требуемой информации, как и в США. С 1 ноября 1995 года требования предоставления специальной информации в этой провинции упростились с принятием нового “Акта о франчайзинге”. Одним из принципиальных отличий от предыдущего закона была отмена регистрации, но тем не менее требовалось предоставление специальной информации. По новому Акту о франчайзинге франчайзер должен предоставить предполагаемому франчайзи копию документа с требуемой специальной информацией, по крайней мере за 14 дней до подписания франчайзи каких-либо соглашений или начала каких-либо выплат.

В конце 1993 года Канадская Ассоциация Франчайзинга приняла схему предоставления специальной информации. Несмотря на то, что сейчас использование документа со специальной информацией не является обязательным, Ассоциация планирует в итоге требовать использование этого документа как условие членства в ассоциации. Предложенный информационный документ должен содержать двенадцать категорий информации относительно франчайзера, которые в целом соответствуют требованиям, принятым в США.

Испания. В январе 1996 г. Испания внедрила новый франчайзинговый закон, предусматривающий регистрацию и предоставление информации.

По закону, названному “Регулирование франчайзинговых систем”, франшиза должна быть официально зарегистрирована в соответствующих органах. Франчайзер должен предоставить не менее чем за 20 дней до подписания контракта или начала каких-либо выплат информацию в письменном виде о сети своих франшиз. Информация должна содержать все необходимое описание франшизы, структуру и расширение франчайзинговой сети и необходимые элементы франчайзингового соглашения.

Италия. Италия не имеет особых законов о франчайзинге. Однако во франшизе, действующей на территории Италии, должны быть приняты к сведению положения Итальянского Гражданского кодекса, относящиеся к коммерческим соглашениям и также закон о технологической и интеллектуальной собственности. Кроме того, кодексы Этики Европейской и Итальянской Ассоциаций Франчайзинга предоставляют подробный инструктаж своим членам.

Новый Кодекс Итальянской Ассоциации Франчайзинга вступил в силу 1 января 1995 года. Члены Итальянской Ассоциации Франчайзинга обязаны принять положения регулирования, включенные в кодекс и являющиеся приложением к правительственным законам и постановлениям.

В соответствии с Кодексом Итальянской Ассоциации Франчайзинга, франчайзер должен применять свою концепцию на рынке как минимум один год, прежде чем предлагать систему франчайзинга к продаже. Франчайзер должен предоставить франчайзи восемь специальных документов, по крайней мере, за 15 рабочих дней до исполнения соглашения о франчайзинге. Франчайзинговое соглашение может длиться определенное и неопределенное количество времени, но минимум три года, если одна из сторон не нарушит свои обязательства.

Если участник преступает закон о регулировании или какие-либо постановления, которые действуют в Ассоциации, специальный орган Ассоциации может взять штраф с нарушителя.

Франция. Французское законодательство требует от лиц, дающих право другим на использование торгового имени, марки или знака и требующих от последних эксклюзивного или почти эксклюзивного исполнения договора, предоставить потенциальному франчайзи информационный документ, “справедливо и точно устанавливающий обстоятельства, дающий возможность франчайзи быть в полной мере осведомленным”, по крайней мере, за 20 дней до исполнения соглашения или какого-либо платежа. Информационный документ должен быть в

письменной форме и в нем должны быть представлены определенные категории информации.

Япония. Франчайзинг в Японии контролируется Японской Ассоциацией Франчайзинга и ее двумя основными документами: “Кодекс этики” и “Инструкция по составлению контрактов по франчайзингу и по подготовке правил управления”.

“Кодекс этики” Японской Ассоциации Франчайзинга гораздо шире, чем в других странах, и его основная направленность – особые проблемы и нарушения. “Кодекс этики” требует, чтобы франчайзеры – члены ЯАФ предоставили точную информацию предполагаемым франчайзи о содержании контракта, отчет о бизнесе некоторых своих отделений, данные о требуемой сумме личного инвестирования, потенциальной прибыли франчайзи и т.п.

Согласно указанному выше Кодексу, чтобы обеспечить франчайзи разумную прибыль, франчайзер должен участвовать в постоянном усовершенствовании и развитии товаров и услуг, в исследовании и развитии менеджмента. Он должен постоянно обеспечивать франчайзи всей необходимой помощью и информацией. ЯАФ основала регистрационную систему, чтобы способствовать предоставлению информации франчайзеров в соответствии с “Кодексом этики”.

“Указания по составлению франчайзинговых контрактов” в основном соответствуют международным стандартам. Указания налагают обязательство предоставления информации до заключения соглашения по таким вопросам, как бизнес франчайзера, подробности и правила системы франшизы, существующие франшизы и сведения о подобных франшизах⁶⁹.

Остановимся более подробно на истории, основных направлениях и принципах правового регулирования франчайзинга в государстве – родоначальнике франчайзинга в его современном виде, т.е. в **США**.

⁶⁹ А.З. Майлер, С.А. Куликов. Пособие по франчайзингу. – М.: Российская Ассоциация развития франчайзинга, 2001, С.С. 13-17.

Несмотря на то, что франчайзинг по большей части был благоприятно воспринят бизнес-сообществом США, для небольшого количества людей он сохраняет нелицеприятных облик, навеянный в период 1960-х и ранних 1970-х годов, когда отдельные сомнительные продавцы франшиз обманули инвесторов и потребителей. Некоторые из этих франчайзинговых мошенничеств и примеров плохого управления попали на первые полосы газет, рассказывая истории людей, которых обманым путем лишили сделанных за всю жизнь накоплений и запятнав при этом имена своих начинателей - персон из индустрии шоу-бизнеса, таких как Минни Перл и Джерри Льюис.

Франчайзинговое предприятие Минни Перл представляло собой по существу рестораны быстрого питания с блюдами из курицы. Перл, популярная исполнительница кантри-музыки, предоставила свое имя для использования в коммерческом предприятии, однако непосредственно она не была вовлечена в этот бизнес. Рестораны обанкротились потому, что управляющие надеялись открыть большое количество ресторанов в непродолжительное время, однако они не основали прочной стандартизированной схемы деятельности для ресторанов после их открытия.

Кинотеатры Джерри Льюиса стали еще одним примером передачи знаменитостью своего имени и еще одной франшизы без вразумительного бизнес-плана. Открытое в период, когда кинотеатры в целом переживали кризис в связи с появившейся жесткой конкуренцией со стороны телевидения, данное франчайзинговое предприятие быстро разорилось.

Действительно большое внимание средств массовой информации привлекло банкротство франшизного предприятия по торговле гамбургерами Wild Bill's, которое обмануло многих высокоперспективных предпринимателей-франчайзи. Его учредители открыли один ресторан и затем продали франшизу многим другим ресторанам, которые так никогда и не открылись потому, что со стороны франчайзера не поступало никакой реальной поддержки.

В дополнение к перечисленным злоупотреблениям в сфере франчайзинга, которые ранее были подвергнуты широкой огласке в прессе, в последние годы становления франчайзинга часто наблюдалось, что франчайзеры делают особый акцент и уделяют особое внимание предоставлению франшизы, а не товарам и услугам, которые в дальнейшем будут распространяться по схеме франчайзинга.

Сознательно либо неосознанно многие франчайзеры и франчайзи неожиданно сталкивались с большим числом проблем, связанных с разногласиями, ошибками в расчетах, неверными представлениями, или даже случаями откровенного мошенничества.

В 1971 году, в ответ на все растущее количество противоречий в законодательном регулировании в области франчайзинга, Калифорния приняла первый закон штата, специально регулирующий процедуру регистрации франшизы. В течение 1970-х и ранних 1980-х годов другие штаты последовали данному примеру и 14 штатов, список которых будет приведен ниже (и одна канадская провинция, Альберта), позаимствовали из этого закона нормы и правила, требующие предоставления франчайзерами широкого спектра информации о сути предлагаемой франшизы, о своей истории, прежде чем предлагать и продавать франшизу. Этот процесс в общем называется “регистрация” и 14 штатов, которые требуют такой регистрации, известны как “регистрационные штаты”. В любом из этих штатов требуется зарегистрировать франшизу (с некоторыми исключениями), если имеется одно или более из ниже перечисленных условий:

1. Оферта (предложение заключить договор) сделано из штата;
2. Оферта получена из штата;
3. Оферта акцептована⁷⁰ в штате;
4. Франчайзи зарегистрирован в штате;
5. Франчайзи проживает в штате;
6. Бизнес франчайзи будет располагаться в штате.

Если представить себе, что некий субъект представляет интересы компании, зарегистрированной в Иллинойсе и встречается в аэропорту в Нью-Йорке с кем-либо, кто зарегистрирован в Мэриленде и хочет обсудить покупку франшизы, которая будет располагаться в Калифорнии, возможно потребуется зарегистрировать франшизу во всех четырех штатах.

Регистрационные штаты: Калифорния, Нью-Йорк, Гавайи, Северная Дакота, Иллинойс, Род Айленд, Индиана, Южная Дакота, Мэриленд, Вирджиния, Мичиган, Вашингтон, Миннесота, Висконсин. Регистрационные штаты рассматривают продажу франшизы почти так же, как предоставление гарантии и поручительства, это помимо всего прочего значит, что франчайзер должен предоставить полную информацию о себе (“раскрыть” себя) по форме, утвержденной штатами. Этот документ называется “Сообщение о раскрытии информации” или, выражаясь более официально, “Циркуляр предложения”. Часто циркуляр предложения и франчайзинговый договор подвергаются перекрестной проверке на уровне штата, на предмет соответствия друг другу и действующему в штате законодательству. Отдельные штаты, не имеющие законов о франчайзинге, имеют законы о благоприятствовании бизнесу. Некоторые франчайзинговые предложения попадают под действие данных законов, однако привести их в соответствие с такими законами по большому счету будет менее сложно, чем в регистрационных штатах. Законы о благоприятствовании бизнесу штатов Коннектикут, Северная Каролина, Флорида, Южная Каролина, Джорджия, Техас, Мэйн являются более предпочтительными для франчайзеров, нежели чем законы “регистрационных” штатов.

В оставшихся штатах, где нет ни законов о франчайзинге, ни законов о благоприятствовании бизнесу, франчайзинговые документы не надо направлять в соответствующие агентства штатов. Однако, во всех штатах, прежде чем продавать франшизу, франчайзер должен предоставить потенциальным франчайзи циркуляр предложения, подготовленный в соответствии требованиями, предусмотренными Федеральной Комиссией по

⁷⁰ Дано согласие на сделанную оферту.

Торговле (далее по тексту “ФКТ”) и Типовым Циркуляром Франчайзингового Предложения (далее по тексту “ТЦФП”), вместе со всеми сопутствующими соглашениями, финансовыми отчетами, в соответствии с установленным расписанием. В дополнение ко всему, конечно, франчайзер столкнется и с другими специфическими требованиями, установленными в штате.

ТЦФП был разработан и принят в середине 1970-х годов для удовлетворения нужд штатов, которые требовали “прозрачности” со стороны франчайзеров. По существу данные правила требуют того, чтобы франчайзеры предоставляли потенциальным франчайзи определенную информацию о себе, о бизнесе и об условиях франшизных взаимоотношений.

Указания ФКТ появились как результат многолетних исследований и работы различных сенатских комитетов и Федеральной Комиссии по Торговле над различными законопроектами о франчайзинге. Официально озаглавленные как “Требования по раскрытию информации и запрещения, касающиеся франчайзинга и рискованных бизнес-предприятий”, правила ФКТ были окончательно одобрены в декабре 1978, и вступили в силу в октябре 1979 года. Впервые раскрытие франчайзерами информации о себе стало обязательным во всех штатах, а не только в регистрационных штатах и штатах, имеющих законы о благоприятствовании бизнесу. В дополнение к установлению формата для сообщения информации (не такого исчерпывающего, как в ТЦФП), Правила ФКТ определяют тип бизнес-взаимоотношений, которые считаются франчайзинговыми, а также не считаются таковыми, как, например, единичное предоставление лицензии на использование товарного знака и членство в рознично-сбытовом кооперативе.

Попытка федерального правительства урегулировать франчайзинговую деятельность при помощи правил ФКТ не умаляет полномочия штатов по правовому регулированию указанных отношений, поскольку данные правила фактически устанавливают минимальные стандарты, на базе которых штаты могут устанавливать дополнительные защитные меры на свое усмотрение.

Правила ФКТ позволяют франчайзерам представлять Типовой Циркуляр Франчайзингового Предложения вместо формы документа, установленного ФКТ, что обеспечивает практически стопроцентное соблюдение франчайзерами установленных требований.

Штрафные санкции за нарушения Правил ФКТ являются достаточно суровыми, до 10.000 долларов США за одно нарушение. В одном из случаев франчайзер, работавший в сфере обогревательных приборов и воздушного кондиционирования и одно из его должностных лиц избежали обвинения ФКТ в нарушении правил по раскрытию информации о франшизе и в предоставлении ложных сведений, согласившись уплатить 3 миллиона долларов США в качестве возмещения убытков потребителям и более 1 миллиона долларов США в качестве гражданско-правовых санкций. В другом случае, ФКТ добились постоянного судебного запрета на деятельность компании и решения суда о взыскании примерно 1 миллиона долларов США с франчайзера, производившего автомобильные запчасти в связи с обвинением в недействительных требованиях о выплате франчайзингового вознаграждения, в искажении перечня оказываемых услуг, и за отказ раскрыть необходимую информацию о себе.

В дополнение к этому, штаты могут применять наказания за правонарушения, являющиеся уголовными преступлениями (например, мошенничество) вплоть до лишения свободы. В 1980 году, президент компании Pie Tree, ресторанного франчайзингового предприятия, расположенного в штате Пенсильвания, был приговорен судом штата Иллинойс к трем годам лишения свободы за продажу франшизы без циркуляра предложения и без регистрации в штате, как за мошенничество в отношении франчайзи. Законы о франчайзинге большинства штатов также предусматривают возможность возмещения ущерба путем подачи исков в частном порядке.

Как уже было сказано выше, продавая франшизу в штатах, которые не требуют регистрации, франчайзеру надо лишь подготовить циркуляр предложения, отвечающий требованиям правил ФКТ или ТЦФП. Оба

документа предусматривают подробное описание различных фактов, имеющих отношение к общей истории бизнеса франчайзера. Франчайзер с помощью опытного юриста - специалиста по франчайзингу должен определить, какой из этих форматов предоставления информации будет менее сложным и обременительным, раскрывая суть и историю его бизнеса.

Несмотря на то, что ТЦФП является более сложным по своим требованиям, чем ФКТ, оба формата призваны обеспечить “прозрачность” франчайзера с различными уровнями детализации широкого спектра предоставляемой информации. Подготовленный надлежащим образом ТЦФП (Типовой Циркуляр Франчайзингового Предложения) включает в себя информацию по каждой из приведенных ниже тем:

1. Франчайзер и все его правопреемники.
2. Указание имен и описание опыта в сфере бизнеса лиц, аффилированных⁷¹ с франчайзером или с агентами по продаже данной франшизы.
3. История судебных разбирательств франчайзера.
4. История банкротств франчайзера.
5. Первоначальный франчайзинговый платеж франчайзи или иной первоначальный взнос, иные франчайзинговые платежи.
6. Требуемые первоначальные инвестиции франчайзи.
7. Обязательства франчайзи по приобретению товаров, оборудования в собственность или на условиях лизинга из определенных франчайзером источников.
8. Обязательства франчайзи по приобретению товаров, оборудования в собственность или на условиях лизинга в соответствии с установленными франчайзером спецификациями или у одобренных франчайзером поставщиков.
9. Взаимные обязательства по финансированию.

⁷¹ Аффилированные лица - физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

10. Обязательства франчайзера по надзору, поддержке, оказанию услуг франчайзи.
11. Права сторон по ведению деятельности на различных территориях.
12. Товарные знаки, знаки обслуживания, товарные обозначения, логотипы и коммерческие обозначения, передаваемые по договору франшизы.
13. Патенты и авторские права, передаваемые по договору франшизы.
14. Обязательства франчайзи по участию в текущей деятельности франчайзера.
15. Ограничения по товарам и услугам, которые предлагает франчайзи.
16. Возобновление (пролонгация), расторжение, выкуп, внесение изменений и передача прав по франшизному соглашению и относящаяся к этому информация.
17. Мероприятия с привлечением известных личностей.
18. Текущие, средние, планируемые и предполагаемые продажи франчайзи, доходы и чистая прибыль.
19. Информация относительно прочих франчайзи, работающих с данным франчайзером.
20. Финансовая отчетность франчайзера.
21. Договоры, контракты.
22. Расписка о получении циркуляра предложения.

Необходимо отметить, что как в соответствии с требованиями Правил ФКТ, так и в соответствии с требованиями ТЦФП, если Вы объявляли банкротство, или являлись одним из ведущих руководителей компании, которая объявляла банкротство, данные факты и даты произошедших событий должны быть сообщены, если они имели место быть не ранее определенного периода. Также в циркуляр должна быть включена история случившихся судебных разбирательств ведущих руководителей компании-франчайзера, а также ее партнеров за предыдущие 10 лет в соответствии с ТЦФП, и за 7 лет – в соответствии с правилами ФКТ, а также сведения о текущих судебных разбирательствах (за исключением штата Калифорния). В

случае непредставления данных сведений, или предоставления недостоверных сведений как умышленно, так и неумышленно, франчайзер может быть строго наказан (как уже говорилось выше – оштрафован до 10,000 долларов США за каждый факт нарушения).

Тогда как законы, регламентирующие франчайзинговые предложения, были приняты для регулирования и защиты отрасли в целом, очевидно, что законы об открытии информации призваны информировать и действовать на пользу потенциальных франчайзи. Однако полное и всестороннее следование требованиям законам идут на пользу и франчайзерам. Строгое подчинение данным нормам поможет не только избежать правонарушений и штрафных санкций, но и может быть важным первым шагом в обучении франчайзи опыту, правилам и инструкциям франчайзинговой системы.

Проверка и апробация данных правил на практике, дополненная нововведениями и текущим совершенствованием законов штатов, уменьшила появление мошеннических франчайзинговых предложений. В настоящее время как франчайзеры, так и потенциальные франчайзи лучше информированы о законодательных требованиях, существующих в области франчайзинга и, следовательно, порочный имидж франчайзинга, приобретенный им в 1960-х годах, был ликвидирован высокопрофессиональным законодательным регулированием в данной сфере⁷².

Как видно, в специальном законодательстве о франчайзинге всех вышеперечисленных государствах основной упор сделан на защиту прав потенциальных франчайзи (пользователей). Франчайзер обязан довести до потенциального франчайзи всю информацию о франчайзинговом предложении, а также сообщить прочие сведения о себе и о своем бизнесе по установленной в данном государстве форме.

В законодательстве Великобритании также предусмотрены превентивные меры, направленные на недопущение ограничения конкуренции при заключении франчайзинговых соглашений.

Особенно подробные и строгие правила предоставления информации о деятельности франчайзера содержатся в законодательстве США. Вероятно, такой подход вызовет негативную реакцию сторонников де бюрократизации экономики. Однако именно практика, как видно из изложенного выше материала, продиктовала соответствующие способы правового регулирования франчайзинговой деятельности США. И данный подход, бесспорно, привел к общему положительному результату. С одной стороны, потенциальные франчайзи, учитывая установленные законодателем значительные правовые гарантии, выражают большую готовность к участию в предпринимательской деятельности и вложению в дело собственных капиталов. С другой стороны, франчайзеры, осознавая высокую степень ответственности за нарушение установленных правил по продаже франшиз, более тщательно прорабатывают предлагаемую франчайзи модель, предоставляют им исчерпывающую информацию о своей деятельности и т.д. В итоге франчайзинг развивается в США стремительными темпами, являясь локомотивом всей современной экономики. Такой подход в правовом регулировании франчайзинга можно назвать воистину государственным.

2.2. Коммерческая концессия в современном российском законодательстве

Специальное правовое регулирование коммерческой концессии в российском гражданском законодательстве появилась с принятием части второй Гражданского кодекса Российской Федерации и в ее составе – главы 54 ГК РФ, которая состоит из четырнадцати статей, посвященных регулированию **договора** коммерческой концессии. Однако на практике договор коммерческой концессии в Российской Федерации применялся и ранее. Достаточно вспомнить широко рекламировавшиеся предложения

⁷² Donald D. Boroian and Patrick J. Boroian. Указ. соч. P.P. 122-128.

создавать пекарни или пиццерии под именем “Дока”⁷³. Данная практика вполне согласовывалась с принципом свободы договора, закрепленным законодателем в части первой ГК РФ, а именно с положениями п. 2 ст. 421, в соответствии с которым стороны могут заключить договор как предусмотренный, так и не предусмотренный законом или иными правовыми актами.

Проведенное исследование показывает, что договор коммерческой концессии является новым самостоятельным видом гражданско-правовых договоров⁷⁴. Соответственно, представляется возможным утверждать, что в российском гражданском праве наряду с традиционными институтами поставки, аренды, подряда и т.д. сформировался новый самостоятельный институт коммерческой концессии, т.е. обособленная группа юридических норм, регулирующих однородные общественные отношения и входящих в соответствующую отрасль права⁷⁵.

При этом следует отметить, что содержание института коммерческой концессии не исчерпывается нормами, посвященными регулированию **договора** коммерческой концессии. В него также входят прочие нормы гражданского права и других отраслей, соответственно, как частноправового, так и публично-правового характера. Нормы, образующие институт коммерческой концессии, содержатся помимо Гражданского кодекса РФ, в частности в: Законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-I "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (с изменениями от 27 декабря 2000 г., 30 декабря 2001 г., 11, 24 декабря 2002 г.)⁷⁶, Патентном законе РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-I (с изменениями от 27 декабря 2000 г., 30 декабря 2001 г., 24 декабря 2002 г., 7 февраля 2003

⁷³ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 630.

⁷⁴ Данный тезис обосновывается автором в параграфе 3.1. настоящей работы.

⁷⁵ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1998, с. 254.

⁷⁶ Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации № 42 от 22 октября 1992 г., ст. 2322.

г.)⁷⁷, Законе РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-I "Об авторском праве и смежных правах" (с изменениями от 19 июля 1995 г.)⁷⁸, Приказе Роспатента от 29 апреля 2003 г. № 64 "О Правилах регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных"⁷⁹; в Законе Российской Федерации "О защите прав потребителей" (с изменениями от 17 декабря 1999 г., 30 декабря 2001 г.)⁸⁰, Законе РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-I "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (с изменениями от 24 июня 1992 г., 25 мая 1995 г., 6 мая 1998 г., 2 января 2000 г., 30 декабря 2001 г., 21 марта, 9 октября 2002 г.)⁸¹. Безусловно, к институту коммерческой концессии имеют отношение также нормы, связанные с бухгалтерским учетом и налогообложением соответствующих операций, осуществляемых в рамках коммерческой концессии (см., например, Приказ Минфина РФ от 16 октября 2000 г. № 91н "Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету "Учет нематериальных активов" ПБУ 14/2000"⁸²).

Появление в российском законодательстве правовых норм, посвященных специальному правовому регулированию коммерческой концессии, и практика их применения породила множество теоретических споров и практических проблем.

И один из первых вопросов, возникающих у исследователей и практиков в сфере коммерческой концессии, - это вопрос: а требуется ли, собственно, специальное правовое регулирование коммерческой концессии?

⁷⁷ Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 22 октября 1992 г. № 42 ст. 2319.

⁷⁸ Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 12 августа 1993 г., № 32, ст. 1242.

⁷⁹ "Российская газета" от 3 июня 2003 г. № 106 (специальный выпуск).

⁸⁰ Собрание законодательства Российской Федерации от 15 января 1996 г. № 3, ст. 140.

⁸¹ Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ от 18 апреля 1991 г., № 16, ст. 499.

Специальное правовое регулирование коммерческой концессии часто содержит в себе публичный элемент регулирования, например, требования о регистрации, о включении в договор определенных обязательных условий и т.п. (яркий пример данному тезису мы видим в российском законодательстве, а именно – в гл. 54 ГК РФ). Учитывая это, некоторые авторы и специалисты отрицательно отвечают на означенный выше вопрос о необходимости специального правового регулирования коммерческой концессии, мотивируя это тем, что специальное правовое регулирование коммерческой концессии тормозит ее развитие.

Во-первых, в странах, где специальное правовое регулирование коммерческой концессии существует (например, США) коммерческая концессия развивалась и развивается весьма и весьма стремительными темпами.

Во-вторых, необходимо принимать во внимание состав участников, вовлеченных в отношения коммерческой концессии и интересы данных субъектов. Ведь участниками отношений коммерческой концессии выступают не только предприниматели – правообладатели и пользователи, но еще и потребители, общество в целом и государство и в рамках правового регулирования отношений коммерческой концессии интересы всех перечисленных участников должны быть учтены. При этом следует отметить, что с целью защиты публичных интересов (конкуренция, права потребителей и т.п.) традиционно применяются определенные ограничения и, соответственно, публичные элементы гражданско-правового метода регулирования отношений.

Вот что пишет по данному вопросу В. Бублик: “Либерализация экономической сферы – это не экономическая вседозволенность для хозяйствующих субъектов, а возвращение хозяйственной деятельности (включая осуществляемую в системе мирового рынка) в ее исконно цивилистическое, частноправовое русло с сохранением публичных

⁸² "Экономика и жизнь", декабрь 2000 г., № 48.

механизмов и подходов там, где этого требуют общественные интересы”⁸³. “Внедрение публичных элементов в гражданско-правовой метод регулирования хозяйственных отношений имеет объективно-правовую основу, являясь результатом сложного взаимодействия комплекса важнейших общих и специальных гражданско-правовых норм, содержащихся в п. 2 ст. 1, ч. 1 п. 1 и ч. 1 п. 4 ст. 421 и п. 1 ст. 422 ГК РФ”⁸⁴.

Также заслуживают внимание тезисы, сформулированные Е.А. Сухановым: “Государство при регулировании гражданских отношений должно предоставлять их субъектам возможность саморегулирования, ибо никакие его нормативные акты не в состоянии предусмотреть все возможные в жизни варианты поведения, наиболее целесообразные во всех мыслимых ситуациях. Разумеется, оно обязано также принимать и известные меры охраны участников от злоупотреблений недобросовестных лиц и в определенной мере защищать более слабую сторону, а в необходимых случаях принуждать к соблюдению общественных (публичных) интересов”⁸⁵.

Коммерческая концессия как институт в российском праве, по мнению автора, требует внедрения публичного элемента. В сочетании частноправового и публичного методов регулирования отношений коммерческой концессии проявляется их диалектическое взаимодействие. И надо очень тонко очерчивать грань этого взаимодействия, так как, с одной стороны, в защите нуждаются интересы государства и общества в целом, а с другой - интересы развития бизнеса и предпринимательства. При этом следует учитывать, что цель развития коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности – не единственная, стоящая перед государством при осуществлении правового регулирования отношений коммерческой концессии.

Таким образом, автор считает, что коммерческая концессия в Российской Федерации требует специального правового регулирования,

⁸³ В. Бублик. Правовое регулирование предпринимательства: частные и публичные начала. // Хозяйство и право № 9 сентябрь 2000, С. 22.

⁸⁴ В. Бублик, Указ.соч., С. 15.

которое должно быть сбалансированным и максимально учитывать интересы всех субъектов, вовлеченных в отношения коммерческой концессии.

Другой немаловажный вопрос – унификация российского законодательства о коммерческой концессии с иностранным законодательством и международными нормами.

В первую очередь в рамках данного вопроса следует затронуть тему унификации терминологии. Отдельные авторы предлагают ввести в законодательство о коммерческой концессии англоязычные термины “франчайзинг”, “франчайзер”, “франчайзи” с целью приведения терминологии в единообразие с законодательством иностранных государств и во избежание ошибок неправильного толкования терминов. Здесь следует отметить, что российское законодательство, в первую очередь, ориентировано на российских субъектов и используемые термины должны быть точны, просты и понятны этим субъектам. Кроме того, российская законодательная техника традиционно тяготеет к терминам на латыни, которые считаются классическими для юриспруденции как науки. Как уже было сказано выше, термин “концессия происходит” именно от латинского слова “concessio” – “разрешение”, “уступка”, что достаточно точно отражает суть взаимоотношений сторон в рамках коммерческой концессии.

Что касается унификации содержания правовых норм, то практика правового регулирования коммерческой концессии (франчайзинга) и практика применения соответствующих норм в иностранных государствах, где данный способ осуществления предпринимательской деятельности имеет богатую историю и получил развитие, безусловно, должна учитываться при осуществлении правового регулирования коммерческой концессии в РФ. При этом необходимо использовать все ценные наработки в данной области, соответствующие основам российского правопорядка. С другой стороны, иностранными государствами накоплен и отрицательный опыт правового регулирования коммерческой концессии. В связи с этим представляется, что

⁸⁵ Гражданское прав. В 2 т. Том I: Учебник/ отв. ред. проф. Е.А. Суханов – 2-е изд., перераб. и доп. –М.: Издательство БЕК, 1998, С. 2.

было бы нерационально не использовать данный опыт и совершать ошибки, допущенные ранее и впоследствии исправленные зарубежными законодателями.

Кроме того, унификация российского законодательства в сфере коммерческой концессии должна способствовать возникновению, развитию и укреплению международных контактов в данной сфере, а также является необходимым условием интеграции Российской Федерации в различные международные экономические организации, такие, как Всемирная торговая организация (ВТО) и Европейский Союз.

Рассматривая вопрос о необходимости наличия специального правового регулирования коммерческой концессии (франчайзинга) и об унификации российского законодательства в сфере коммерческой концессии следует также упомянуть о том, что экспертами Международного института унификации частного права (УНИДРУА) был разработан и опубликован в 2002 г. Модельный закон о раскрытии информации о франшизе (Model franchise disclosure law⁸⁶).

По сути, упомянутый модельный закон является рекомендательной формой для властей различных государств и будет иметь юридическую силу только в случае принятия его в том или ином виде национальными законодателями.

Модельный закон содержит требования по раскрытию франчайзером сути предоставляемой франшизы, эти требования во многом аналогичны описанным выше требованиям, содержащимся в законодательных актах Соединенных Штатов Америки. В частности, франчайзер обязан предоставить потенциальным франчайзи до подписания франчайзингового договора единый письменный документ, в котором должны быть изложены следующие данные: полное наименование франчайзера, список его аффилированных лиц⁸⁷, точное и полное описание франшизы, описание

⁸⁶ Данный документ доступен для ознакомления в сети Интернет на официальном сайте Международной Ассоциации Франчайзинга (International Franchise Association (IFA) по адресу: <http://www.franchise.org>.

⁸⁷ Аффилированные лица - физические и юридические лица, способные оказывать влияние на деятельность юридических и (или) физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

истории бизнеса франчайзера, история его банкротств, судебных разбирательств по делам о предоставлении франшизы, информация об имеющихся франчайзи и т.д.

Заслуживают внимание тезисы, содержащиеся в преамбуле к модельному закону:

- о том, что франчайзинг играет все большую роль в широком диапазоне национальных экономик;
- потенциальные инвесторы имеют большую вероятность защищать свои интересы в том случае, когда им заблаговременно предоставлена вся информация о сути предлагаемой франшизы и об условиях франчайзингового договора,
- законодательное установление информационного баланса между сторонами франчайзингового соглашения наибольшим образом соответствует интересам национальной экономики и интересам общества.

Таким образом, УНИДРУА - весьма авторитетная международная научно-исследовательская организация, излагает позицию, в соответствии с которой для развития франчайзинга в рамках определенной национальной экономики необходимо-таки специальное правовое регулирование и в частности, предлагает свое видение закона о раскрытии информации о франшизе.

Учитывая практику правового регулирования франчайзинга в США и странах Европейского Союза, а также учитывая высокую степень развития франчайзинга в данных государствах, представляется целесообразным принять специальный нормативный правовой акт о раскрытии информации правообладателями, желающими заключить договор коммерческой концессии. Принятие такого нормативного правового акта может способствовать повышению защиты потенциальных инвесторов-пользователей по договору коммерческой концессии, как следствие – это может повысить интерес инвесторов и их деловую активность в рамках

схемы коммерческой концессии. Представляется, что данная мера в целом должна способствовать развитию коммерческой концессии в России⁸⁸.

По итогам второй главы работы представляется возможным сформулировать следующие основные выводы:

1. Правовое регулирование коммерческой концессии может осуществляться как общими правовыми нормами различных отраслей права, так и специальными нормами, посвященными регулированию именно коммерческой концессии.

2. Отдельные государства, где фактически применяется коммерческая франчайзинг, имеют специальное законодательство о франчайзинге, другие государства такового не имеют. При этом практика показывает, что франчайзинг появляется вне зависимости от наличия, либо отсутствия специального правового регулирования, там, где для этого созрели экономические условия, а также то, что успешное развитие франчайзинга возможно и в государствах, не имеющих специального законодательства о франчайзинге (примером тому являются Великобритания и Германия).

3. Специальное законодательство о франчайзинге зарубежных государств направлено, в основном, на защиту прав и законных интересов потенциальных франчайзи (которые также выступают в качестве инвесторов), а в ряде случаев – и на защиту публичных интересов – так, специальное франчайзинговое законодательство Великобритании направлено на защиту конкуренции при заключении франчайзинговых соглашений.

4. Наличие специального правового регулирования коммерческой концессии обеспечивает более эффективную правовую защиту прав и законных интересов субъектов, вовлеченных в отношения, возникающие в процессе использования коммерческой концессии, а также публичных интересов и способствует предотвращению нарушений и злоупотреблений в сфере коммерческой концессии.

⁸⁸ Конкретные предложения по совершенствованию российского законодательства по данному вопросу сформулированы автором настоящей работы в параграфе 3.2., а также в п. 5 Приложения 2 к настоящей работе.

5. Российская Федерация относится к числу стран, имеющих специальное законодательство о коммерческой концессии. Специальное законодательство о коммерческой концессии в России состоит, по большей части из норм главы 54 ГК РФ, посвященной регулированию договора коммерческой концессии.

6. В российском гражданском праве сформировался новый самостоятельный институт коммерческой концессии.

7. Появление в российском гражданском законодательстве норм, посвященных специальному правовому регулированию коммерческой концессии, в целом следует оценивать положительно, однако практика применения данных норм, отзывы специалистов и предпринимателей, работающих в сфере коммерческой концессии, свидетельствует о необходимости их частичного изменения.

Представляется, что при совершенствовании специального правового регулирования коммерческой концессии в России необходимо:

- осуществлять ясное и четкое регулирование, согласованное (в том числе с точки зрения терминологии) с действующим законодательством РФ и его основными принципами;
- соблюдать разумный и справедливый баланс частных интересов сторон договора коммерческой концессии: с одной стороны - правообладателя и, с другой стороны, пользователя;
- соблюдать разумный и справедливый баланс, с одной стороны - частных интересов предпринимателей, использующих в своей деятельности схему коммерческой концессии и, с другой стороны - публичных интересов;
- принимать во внимание практику правового регулирования франчайзинга в экономически развитых зарубежных государствах, во-первых, учитывая обширный опыт, накопленный указанными государствами в процессе такого регулирования и, во-вторых, с целью успешной интеграции Российской Федерации в единое мировое экономическое пространство.

8. Что касается непосредственно юридической техники специального правового регулирования коммерческой концессии в России, то его

представляется целесообразным осуществлять, в первую очередь, при помощи главы 54 в кодифицированном нормативном правовом акте – Гражданском кодексе РФ, однако ряд норм в данной главе требует изменений.

Помимо норм ГК РФ, представляется необходимым принять специальный федеральный закон, детально регламентирующий обязанности правообладателя по предоставлению потенциальным пользователям информации о коммерческой концессии, основываясь на Модельном законе о раскрытии информации о франшизе, разработанном УНИДРУА⁸⁹.

Для регулирования ряда специальных вопросов (например, вопросов о регистрации договора коммерческой концессии) необходимо наличие специальных подзаконных актов о коммерческой концессии.

⁸⁹ См. Приложение 3 к настоящей работе – Модельный закон УНИДРУА о раскрытии информации о франшизе (в переводе автора).

III. Договор коммерческой концессии: проблемы и противоречия законодательного регулирования

Как было отмечено выше, специальное законодательство о коммерческой концессии в России состоит, по большей части, из норм главы 54 Гражданского кодекса РФ, которая регулирует **договор** коммерческой концессии. Соответственно, подробное исследование правового регулирования коммерческой концессии и правоприменительной практики в данной сфере в РФ, конкретные предложения по совершенствованию правового регулирования коммерческой концессии, а также практические предложения и рекомендации автора, приводятся в настоящей главе в контексте анализа элементов и содержания договора коммерческой концессии.

3.1. Понятие и характеристика договора коммерческой концессии

В соответствии с определением договора коммерческой концессии, данным законодателем в п. 1 ст. 1027 ГК РФ, 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 исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав – товарный знак, знак обслуживания и т.д.

Из приведенного определения следует, что договор коммерческой концессии является:

- возмездным (правообладатель получает вознаграждение за исполнение своих обязательств – ст. 1030 ГК РФ);
- консенсуальным (для заключения договора достаточно соглашения сторон по всем существенным условиям);

- взаимным (у каждой стороны есть права и обязанности – ст. 1031, 1032, 1033, 1035 ГК РФ)⁹⁰.

Каждый договор характеризуется и индивидуализируется совокупностью присущих ему элементов. В российской цивилистике к элементам договора традиционно относят его стороны, предмет, цену (в возмездных договорах), срок, форму и содержание, т.е. права и обязанности сторон⁹¹.

Стороны договора коммерческой концессии именуются как правообладатель и пользователь. Правообладатель – это лицо, которому принадлежат те исключительные права, использование которых он разрешает пользователю; пользователь – лицо, получающее возможность использовать исключительные права.

Законодатель предъявляет особые требования к сторонам договора коммерческой концессии – в качестве таковых могут выступать коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей (п. 3 ст. 1027 ГК). Под коммерческими организациями в соответствии с п. 1 ст. 50 ГК РФ понимаются организации, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности. П. 2 ст. 50 ГК РФ предусматривает, что юридические лица, являющиеся коммерческими организациями, могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий.

Поскольку и правообладатель, и пользователь должны быть предпринимателями, участниками договора коммерческой концессии не могут быть некоммерческие организации и государство (государственные и муниципальные образования). Этот запрет распространяется и на те случаи,

⁹⁰ Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 399.

⁹¹ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 7.

когда соответствующим субъектам разрешено заниматься предпринимательской деятельностью (абз. 2 п. 2 ст. 50 ГК)⁹².

Специальные требования к сторонам договора коммерческой концессии в первую очередь обусловлены сферой применения данного договора и назначением передаваемого по договору комплекса исключительных прав – использование в процессе профессионального осуществления предпринимательской деятельности. Понятие предпринимательской деятельности сформулировано в абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ: предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Следует остановиться на возможном статусе правообладателя по договору коммерческой концессии. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, основываясь на том, что обладателем прав на фирменное наименование может быть только юридическое лицо – коммерческая организация, а предприниматели без образования юридического лица не могут иметь собственного фирменного наименования, делают вывод о том, что “в настоящее время в качестве правообладателя по договору коммерческой концессии, который предоставляет право использования принадлежащего ему комплекса исключительных прав пользователю, может выступать только юридическое лицо, действующее в форме коммерческой организации”⁹³. Однако, такое утверждение представляется не вполне обоснованным. С **формальной** точки зрения, предприниматель без образования юридического лица может являться обладателем прав на коммерческое обозначение⁹⁴ и передавать эти права наряду с правами на охраняемую коммерческую

⁹² ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 631.

⁹³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 983.

⁹⁴ Подробнее об этом см. далее.

информацию по договору коммерческой концессии, выступая в качестве правообладателя по договору.

Пожалуй, одним из наиболее важных для исследования вопросов, представляет собой вопрос о **предмете и объекте договора коммерческой концессии**.

Предмет договора в соответствии с абз. 2 п. 432 ГК РФ является существенным условием для всех видов договоров.

Предметом договора коммерческой концессии, по мнению А.А. Иванова, являются исключительные права, принадлежащие правообладателю: право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение, на охраняемую коммерческую информацию, на товарный знак, знак обслуживания и т.д. Иными словами, речь идет об исключительных правах на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 138 ГК) и, прежде всего, о тех из них, которые направлены на индивидуализацию продукции (работ, услуг). Какие-либо иные исключительные права, принадлежащие предпринимателям, кроме тех, которые касаются интеллектуальной деятельности, не известны ни законодательству, ни практике⁹⁵.

Вышеозначенный комплекс исключительных прав также называется в качестве **предмета** договора коммерческой концессии Л.Ю. Василевской⁹⁶.

Д. Дьяченко пишет по поводу предмета договора коммерческой концессии следующее: “Таким образом, договор коммерческой концессии имеет комплексный предмет, позволяющий пользователю с помощью средств индивидуализации сразу же включиться в хозяйственную деятельность и полноценно действовать на рынке. Это подтверждается как самой сутью коммерческой концессии, так и рядом статей Гражданского кодекса (1028, 1029, 1031 - 1033, 1038-1040). В противном случае было бы сложно отличить коммерческую концессию от иных договоров, где

⁹⁵ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 631-632.

⁹⁶ Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 400.

предметом выступают исключительные права, например, авторского или лицензионного”⁹⁷.

По мнению автора настоящей работы, необходимо различать такие категории, как **предмет** и **объект** договора коммерческой концессии. Так, М.И. Брагинский и В.В. Витрянский комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в отношении которого пользователь наделяется правом его использования в предпринимательской деятельности, рассматривают как **объект** договора коммерческой концессии⁹⁸.

В широком смысле слова предмет охватывает весь набор показателей того, по поводу чего заключен договор. Сюда входят данные о предмете как таковом, включая количество, качество и цену передаваемых товаров, выполняемых работ и оказываемых услуг. Однако применительно к составу существенных условий понятие предмета договора значительно сужается. Вместе с тем предмет договора во всяком случае должен позволять без труда отличать один тип обязательства от другого. Под предметом всякого гражданско-правового договора следует понимать предусмотренные им действия, которые должна совершить обязанная сторона (или обязанные стороны)⁹⁹.

Подход к предмету договора как к определенному набору действий (и, соответственно, как право стороны договора на определенные действия со стороны ее контрагента в договоре) традиционен для российской цивилистики. Так, Д.И. Мейер писал: “Подобно тому, как и предметом обязательства вообще, предметом договора всегда предоставляется право на чужое действие ... Далее, в общем учении о договорах относительно их предмета важно еще сказать, что право на чужое действие, составляющее предмет договора, сопровождается обыкновенно известной обстановкой, подвергается точнейшим, подробнейшим определениям, которые в

⁹⁷ Д. Дьяченко. Указ. соч., С. 9.

⁹⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 972.

⁹⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 988.

совокупности составляют содержание договора и известны под именем его условий»¹⁰⁰.

С учетом приведенного подхода к предмету гражданско-правового договора можно прийти к выводу о том, что предметом договора коммерческой концессии являются действия правообладателя, которые он должен совершить для предоставления пользователю права использовать его исключительные права, а также действия пользователя по уплате правообладателю предусмотренного договором вознаграждения. В предмет договора коммерческой концессии входят также действия правообладателя по обеспечению регистрации договора коммерческой концессии (иное может быть предусмотрено договором)¹⁰¹.

В конечном итоге представляется, что **предмет** договора коммерческой концессии – это набор действий, которые должны совершить стороны договора коммерческой концессии, а **объект** договора – комплекс исключительных прав, права на использование которых передаются по договору.

А.А. Иванов применительно к объекту договора коммерческой концессии пишет следующее: “В п.п. 1 и 2 ст. 1027 ГК речь идет не просто об исключительных правах, а об их комплексе. Однако обязательный набор исключительных прав, которые подлежат передаче пользователю, законом не установлен. В принципе, возможна и такая ситуация, когда передается только одно право. Впрочем, определенное значение слово “комплекс” все-таки имеет: оно подчеркивает, что исключительные права передаются не сами по себе, а для достижения цели договора коммерческой концессии”¹⁰².

С данным выводом трудно согласиться. Из самой диспозиции ст. 1027 ГК РФ при ее грамматическом и логическом толковании следует противоположное – в ней идет речь о передаче комплекса исключительных прав, состоящего из обязательных и факультативных объектов:

¹⁰⁰ Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. М.: “Статут”, 2000. – 831 с. (Классика российской цивилистики.), С. 503.

¹⁰¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 989.

“правообладатель обязуется предоставить ... право использовать ... **комплекс исключительных прав...**, **в том числе право** на фирменное наименование **и (или)** коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав”. Комплекс - совокупность, сочетание чего-нибудь¹⁰³. Следовательно, термин “комплекс”, употребленный законодателем в легальном определении договора коммерческой концессии указывает на то, что по договору коммерческой концессии всегда передается право на использование некой совокупности (комплекса) объектов исключительных прав. В связи с изложенным, объект договора коммерческой концессии можно условно выразить следующей формулой: комплекс исключительных прав, передаваемых по договору коммерческой концессии = право на фирменное наименование + (или) право на коммерческое обозначение + право на охраняемую коммерческую информацию + (возможно) прочие факультативные (необязательные) объекты.

Комплексный характер объекта договора коммерческой концессии подчеркивается также М.И. Брагинским и В.В. Витрянским: “Вместе с тем отдельные исключительные права, входящие в комплекс исключительных прав, применительно к договору коммерческой концессии имеют различное правовое значение. В этом смысле исключительные права правообладателя могут быть дифференцированы на две категории: первую категорию составляют исключительные права, предоставление права пользования которыми пользователю составляет существо обязательства правообладателя по договору коммерческой концессии, без чего договор коммерческой концессии не может считаться заключенным (право на фирменное наименование или коммерческое обозначение правообладателя, а также право на охраняемую коммерческую информацию); ко второй категории исключительных прав могут быть отнесены те исключительные права,

¹⁰² ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 632.

использование которых пользователем может быть предусмотрено договором коммерческой концессии, однако договор считается заключенным и при отсутствии упоминания в нем о наделении пользователя правом использования соответствующих прав, принадлежащих правообладателю (права на товарный знак, знак обслуживания, права патентообладателя и др.). Первую категорию исключительных прав можно условно обозначить как обязательные объекты, а вторую – как факультативные объекты договора коммерческой концессии”¹⁰⁴.

Таким образом, договор может быть признан договором коммерческой концессии лишь в том случае, если по нему передаются права на использование как минимум следующих сочетаний объектов исключительных прав (для целей настоящей работы обозначенные как “обязательные объекты”):

- фирменное наименование + охраняемая коммерческая информация,
- коммерческое обозначение + охраняемая коммерческая информация,
- фирменное наименование + коммерческое обозначение + охраняемая коммерческая информация.

В частности, подтверждением того, что обязательными объектами договора коммерческой концессии выступают фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение является то, что в соответствии с п. 3 ст. 1037 ГК РФ одним из оснований прекращения договора коммерческой концессии является прекращение принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами.

Далее рассмотрим более подробно обязательные и факультативные объекты исключительных прав, права на использование которых передаются по договору коммерческой концессии.

¹⁰³ С.И. Ожегов. Словарь русского языка. – М.: “Русский язык”, 1990, С. 289.

¹⁰⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 972.

Обязательные объекты:

Право на фирменное наименование. Под фирменным наименованием понимается то наименование, под которым предприниматель выступает в гражданском обороте и которое индивидуализирует его среди других участников гражданского оборота¹⁰⁵.

Несмотря на то, что в обиходе понятие фирмы ассоциируется с хозяйствующим субъектом, производящим товары, выполняющим работы или оказывающим услуги, в строго юридическом, частноправовом смысле под фирменным наименованием (фирмой) понимается имя (наименование), служащее средством индивидуализации участника делового оборота, под которым он совершает сделки, выступает в суде и т.д. Термины “фирменное наименование” и “фирма” являются равнозначными¹⁰⁶.

Нормативной базой для фирменных наименований в российском законодательстве в настоящее время служат Гражданский кодекс РФ (главным образом ст. 54 ГК РФ) и Положение о фирме, утвержденное постановлением ЦИК СССР и СНК СССР от 22 июня 1927 года¹⁰⁷ (далее по тексту “Положение о фирме”). Мнение о том, что оно фактически утратило силу, поскольку его содержание перекрыто нормами ГК, некорректно, ибо данное Положение включает нормы, не отмененные Кодексом, но имеющие важное значение. В целом же можно сказать, что Положение действует в части, не противоречащей новому законодательству¹⁰⁸.

Согласно п. 4 ст. 54 ГК РФ, юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, **должно** иметь фирменное наименование. В настоящий момент фирменное наименование коммерческой организации регистрируется вместе с самой организацией в составе ее учредительных документов (п. 2 ст. 52 и п. 3 ст. 54 ГК РФ), как и у прочих, некоммерческих

¹⁰⁵ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть III / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998, С. 158.

¹⁰⁶ А. Грибанов. Предприятие и фирменное наименование. // “Хозяйство и право” № 11 ноябрь 2000, С. 3. При этом, однако, следует отметить, что в литературе термин “фирма” часто применяется и для обозначения субъектов предпринимательской деятельности – коммерческих организаций (прим. авт.).

¹⁰⁷ Собрание законов и распоряжений Рабочее-Крестьянского Правительства СССР, 1927, № 40, ст. 394, 395.

¹⁰⁸ А. Грибанов. Указ. соч., С. 3.

юридических лиц¹⁰⁹. Данный подход согласовывается с положениями Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.¹¹⁰, ст. 8 которой гласит, что “фирменное наименование охраняется во всех странах Парижского Союза без обязательной подачи заявки и независимо от того, является ли оно частью товарного знака”¹¹¹.

А.П. Сергеев выделяет следующие принципы фирмы:

- принцип истинности фирмы. Фирменное наименование должно содержать соответствующее действительности указание на организационно-правовую форму организации (казенное предприятие, общество с ограниченной ответственностью и т.д.), ее тип (государственное, муниципальное предприятие, частная организация), профиль деятельности (производственная, научная, коммерческая и т.д., личность владельца и т.п.). Положение о фирме (п. 7) запрещает включать в фирменное наименование обозначения, способные ввести в заблуждение. Так, владелец частного предприятия не может избрать в качестве фирменного наименования такое обозначение, которое ассоциируется у третьих лиц с государственной принадлежностью предприятия;

- принцип исключительности фирмы, в соответствии с которым фирменное наименование должно быть новым и отличным от уже используемых наименований;

- принцип постоянства фирмы, в соответствии с которым не допускается произвольное и не обусловленное переменой правового статуса изменение фирменного наименования. Право на фирму не ограничено каким-либо сроком и действует в течение всего времени, пока существует данная организация.

Рассмотренные выше принципы определяют структуру фирменного наименования. В теории принято выделять две части фирмы – основную, которая именуется корпусом фирмы, и вспомогательную, которая именуется

¹⁰⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой (постатейный). Под ред. д.ю.н., проф. О.Н. Садикова. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1997, С. 131.

¹¹⁰ Вестник ВАС РФ, 1996, № 2.

добавлениями. Корпус фирмы, являющийся обязательной частью всякого фирменного наименования, содержит указание на организационно-правовую форму организации, ее тип и предмет деятельности, а в некоторых случаях – и на другие ее характеристики. Так, фирменное наименование акционерного общества обязательно должно содержать указание на то, что общество является акционерным (п. 2 ст. 96 ГК РФ).

К корпусу фирмы добавляется вспомогательная часть, элементы которой подразделяются на обязательные и факультативные. Обязательным добавлением является специальное наименование организации, т.е. ее обозначение, необходимое для отличия одних организаций от других. Роль таких наименований чаще всего выполняют различные обозначения в виде оригинальных слов (завод “Калибр”), имен собственных (объединение “Светлана”), географических названий (фабрика “Нева”) и т.д. Другие добавления, типа указаний “универсальный”, “специализированный”, “центральный” и т.п., в том числе сокращенное наименование фирмы (ЗИЛ, ЛОМО, КамАЗ и т.д.), относятся к числу факультативных добавлений, которые могут включаться в фирму по усмотрению ее владельца. Однако эти добавления, как и элементы корпуса фирмы, должны соответствовать действительности и не вводить в заблуждение потребителей и других участников гражданского оборота. Отдельные слова и словосочетания могут включаться в состав фирменных наименований только при соблюдении определенных условий. Так, в соответствии с Постановлением Верховного Совета РФ от 14 февраля 1992 г. “О порядке использования наименований “Россия”, “Российская Федерация” и образованных на их основе слов и словосочетаний” предприятия, учреждения и организации, намеренные использовать эти наименования, слова и словосочетания в своих названиях как имя собственное, должны получить на это предварительное согласие Правительства РФ¹¹².

¹¹¹ А.П. Сергеев. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. Издание второе, переработанное и дополненное. – М.: ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2001, С. 583.

¹¹² А.П. Сергеев. Указ. соч., С.С. 571-574.

Использовать в своем фирменном наименовании слово “банк” и производные от него слова и словосочетания имеют право только те организации, которые обладают лицензией на осуществление банковской деятельности – абз. 4 ст. 7 ФЗ “О банках и банковской деятельности”¹¹³. Аналогичное правило содержит ст. 5 Закона РФ “О товарных биржах и биржевой торговле” (с изменениями от 24 июня 1992 г. и от 30 апреля 1993 г., 19 июня 1995 г., 21 марта 2002 г.) относительно условия использования и наименований “биржа”, товарная биржа” и образованных на их основе слов и словосочетаний¹¹⁴.

Институт фирменного наименования вызывает достаточно противоречивые мнения ввиду его особой правовой природы: до сих пор среди специалистов нет единого мнения о том, что индивидуализируется им – его носитель или деятельность последнего, его предприятие (или предприятия)¹¹⁵.

Также дискуссионным является вопрос о возможности передачи права на фирменное наименование, несмотря на то, что действующим законодательством такая передача предусмотрена. Это возможно, например, при передаче в аренду предприятия как имущественного комплекса (см. ст. 656 ГК РФ). Наконец, как уже было сказано выше, передача права на фирменное наименование возможна по договору коммерческой концессии.

Однако, например, В.О. Калятин считает, что фактически единственным случаем перехода права на фирменное наименование является реорганизация правообладателя в различных ее вариациях¹¹⁶.

Обоснованность предоставления возможности передачи прав на фирменное наименование по договору коммерческой концессии ставит под сомнение И. Рыкова в своей статье “Коммерческая концессия =

¹¹³ В ред. ФЗ от 3 февраля 1996 г. N 17-ФЗ “О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР “О банках и банковской деятельности в РСФСР” // “Российская газета” от 10 февраля 1996 г.

¹¹⁴ А.П. Сергеев. Указ. соч., С.С. 573, 574.

¹¹⁵ А. Грибанов. Указ. соч., С. 3.

¹¹⁶ Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. –М. Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000, с. 341-342.

франчайзинг?”¹¹⁷: “Следует исключить право на фирменное наименование, подлежащее передаче по договору. При этом необходимо учесть, что оно является правом неотчуждаемым и фактически “именем” юридического лица, заключающим в себе несколько составляющих: вид организационно-правовой формы (обязательно), тип организации (например, муниципальное); направление деятельности (в установленных законом случаях)”.

Анализ современного российского законодательства позволяет сделать вывод о том, что оно не отказалось от концепции фирмы как репутации юридического лица. Для того чтобы убедиться в этом, достаточно сравнить состав имущества предприятия (п. 2 ст. 132 ГК РФ) с перечнем нематериальных активов коммерческой организации (разделы I, VI Положения по бухгалтерскому учету “Учет нематериальных активов” ПБУ 14/2000, утв. приказом Министерства финансов РФ от 16 октября 2000 года № 91н). Таким образом, с фирмой в современном гражданском праве связан один из важнейших элементов актива коммерческой организации – ее деловая репутация. Она имеет вполне определенную имущественную ценность и поэтому в принципе отчуждаема¹¹⁸.

Фирменное наименование, безусловно, в первую очередь предназначено для индивидуализации субъекта предпринимательской деятельности. Данная функция проявляется особенно ярко при регистрации коммерческой организации, а также в процессе ее последующей деятельности, когда организация выступает в гражданском обороте от своего имени, в т.ч. в судебных инстанциях. Однако следует отметить, что со временем фирменное наименование субъекта приобретает и новое значение – оно начинает ассоциироваться у потребителей и прочих контрагентов с предприятием данного субъекта, с совокупностью приемов и методов осуществления им определенного вида предпринимательской деятельности, уровнем обслуживания, деловой репутацией и как следствие – приобретает

¹¹⁷ Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 37.

¹¹⁸ В. Бузанов. Право на фирму как объект гражданского оборота. // “Хозяйство и право” № 8 август 2002 г., С. 49.

новую специфическую ценность. Именно данная ценность, которая, по сути, является имущественной, т.к. позволяет в конечном итоге получать материальную выгоду, стимулирует оборотоспособность права на фирменное наименование и возможность не только использовать фирменное наименование для индивидуализации конкретного субъекта предпринимательской деятельности, но и распоряжаться правом на него как объектом гражданских прав и извлекать из такого распоряжения выгоду.

Имущественная ценность, которая воплощена в фирме, служит объяснением того непонятного на первый взгляд явления, писал А.И. Каминка, что законодательство, в частности германское, признавая фирму названием собственника предприятия, в то же время допускает возможность отчуждения фирмы. Жизненные интересы ни в коем случае не должны быть приносимы в жертву интересам стройности юридического построения¹¹⁹.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что фирменное наименование коммерческой организации выступает в ипостасях: и как средство индивидуализации субъекта, и как средство индивидуализации предприятия субъекта, как средство воплощения его деловой репутации.

Дискуссии по поводу возможности отчуждения фирменного наименования вызваны, в частности тем, что, к сожалению, между понятиями “фирма” и “право на фирму” в юридической литературе далеко не всегда проводится различие. Фирменное наименование (фирма) действительно не входит в состав предприятия и не может отчуждаться по договору купли-продажи, ни по каким-либо иным основаниям, так как оно является атрибутом коммерческой организации как субъекта права. Без фирменного наименования последняя просто не сможет обрести правосубъектность. Однако право на фирму, являясь составной частью имущества организации, может быть предметом сделок, хотя и в ограниченных пределах. Таким образом, “фирма” и “право на фирму” - понятия не тождественные. И надо сказать, в новом российском законодательстве это разграничение проводится достаточно четко. В

соответствующих статьях практически всегда речь идет о передаче именно права на фирму. Если обратиться к классике российской цивилистики, разделение между фирмой и правом на фирму демонстрирует также Г. Шершеневич в учебнике гражданского права: “Фирма есть название торгового предприятия, а право на фирму есть исключительное право производства или сбыта известных товаров от имени данного предприятия, под данной фирмой”¹²⁰.

Таким образом, **фирма**, как средство индивидуализации коммерческой организации – субъекта является неотчуждаемой. Однако **право на фирму** как средство индивидуализации предприятия может передаваться по гражданско-правовым сделкам как на временной (по договору аренды предприятия как имущественного комплекса, либо по договору коммерческой концессии), так и на постоянной (по договору купли-продажи предприятия) основе.

Что же подразумевается под передачей права на фирму по договору коммерческой концессии?

Обычно предметом договора является не все фирменное наименование со всеми его необходимыми атрибутами, а лишь то условное обозначение, которое является обязательным добавлением к корпусу фирмы и индивидуализирует предпринимателя среди других участников гражданского оборота. Как правило, пользователю предоставляется право на использование данного специального наименования вместе с его собственным фирменным наименованием. Этого бывает достаточно, чтобы оповестить потенциальных клиентов и партнеров по бизнесу о том, что пользователь включен в соответствующую сеть фирменных магазинов, отелей, ресторанов, мастерских и т.п., которые выступают в обороте под единым фирменным наименованием и гарантируют определенный уровень качества, ассортимента, цен и т.п. товаров и услуг¹²¹.

¹¹⁹ Каминка АИ. Очерки торгового права – СПб, 1912, С. 152.

¹²⁰ А. Грибанов. Указ. соч. С.С. 5-6.

¹²¹ А.П. Сергеев. Указ. соч., С. 588.

Здесь следует отметить, что при защите права субъекта на исключительное использование фирменного наименования в судебной практике под фирменным наименованием подразумевается совокупность корпуса фирмы (организационно-правовой формы) и вспомогательной части¹²². Однако по договору коммерческой концессии возможна и передача прав на отдельные элементы фирменного наименования, в т.ч. на обязательное добавление к корпусу фирмы, что признается судом правомерным¹²³.

Конкретные правомочия по использованию фирменного наименования, которые могут быть переданы пользователю по договору коммерческой концессии, закреплены в п. 8 Положения о фирме: право на фирму состоит в праве исключительного пользования фирменным наименованием в сделках, на вывесках, в объявлениях, рекламах, на бланках, на счетах, на товарах предприятия, их упаковке и т.п.

Особую оговорку хотелось бы сделать о возможности использования фирменного наименования, право на использование которого приобретено на основании договора коммерческой концессии, в качестве своего собственного (либо части собственного фирменного наименования) в процессе деятельности юридического лица в гражданском обороте.

Ряд московских и петербургских гостиниц, продолжающих пользоваться своим собственными фирменными наименованиями, одновременно указывают в своих названиях наименования тех мировых гостиничных сетей, в которые они вошли (“Марко Поло”, “Кемпински”, “Чойз хотелз Интернэшнл” и др.). Закон не запрещает и того, чтобы пользователь с согласия правообладателя использовал фирменное наименование последнего в качестве своего собственного фирменного наименования. Однако для этого соответствующее фирменное наименование

¹²² См., например, п. 1 Письма Высшего арбитражного суда РФ от 29 мая 1992 г. № С-13/ОПИ-122 “Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике” // Вестник ВАС РФ № 1, 1992 г.; Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 02.10.2001 № Ф04/2965-975/А45-2001, Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29.09.2000 № Ф09-1427/2000-ГК // Справочная правовая система “Консультант+”.

должно быть внесено в учредительные документы пользователя со всеми вытекающими отсюда последствиями¹²⁴.

Следует отметить, что, по мнению автора, в последнем случае основанием для использования фирменного наименования в предпринимательской деятельности пользователя в конечном итоге выступает уже не договор коммерческой концессии, а факт регистрации фирменного наименования в качестве своего собственного.

Право на коммерческое обозначение. Не менее сложным (а, скорее, даже более сложным) является вопрос о возможности передачи по договору коммерческой концессии в составе комплекса исключительных прав права на коммерческое обозначение.

Вернемся к формуле, закреплённой законодателем в определении объекта договора коммерческой концессии (комплекс исключительных прав, передаваемых по договору коммерческой концессии = право на фирменное наименование + (или) право на коммерческое обозначение + право на охраняемую коммерческую информацию + прочие факультативные объекты). Таким образом, право на коммерческое обозначение в совокупности с правом на охраняемую коммерческую информацию может передаваться по договору коммерческой концессии как наряду с правом на фирменное наименование, так и самостоятельно.

Следует отметить, что понятие “коммерческое обозначение” в российском гражданском законодательстве содержится только в гл. 54 ГК РФ, однако при этом не дается его определение, или какая-либо иная расшифровка. Отсюда вытекают мнения отдельных авторов, что охрана коммерческих обозначений не регламентируется российским законодательством¹²⁵. Даже более радикальной представляется позиция И. Рыковой, которая предлагает “исключить из текста статьи (вероятно, 1027 ГК РФ, и как следствие – из всей главы 54 ГК РФ – авт.) коммерческое

¹²³ См. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 02.10.2001 № Ф04/2965-975/А45-2001 // Справочная правовая система “Консультант+”.

¹²⁴ А.П. Сергеев. Указ. соч., С. 588.

обозначение, т.к. оно не определено терминологически и в соответствии с существующим законодательством не подлежит защите, в противном случае велика вероятность умышленного или неумышленного введения в заблуждение пользователей (франчайзи)”¹²⁶. Достаточно противоречивые мнения по поводу правового статуса коммерческого обозначения содержатся в работе Н.В. Месяшной. С одной стороны, данной автор пишет: “По законодательству России на обозначение, которое не зарегистрировано и не имеет статуса общеизвестного, исключительное право не возникает, следовательно, не представляется возможным говорить о передаче прав на такой объект в составе комплекса исключительных прав”¹²⁷. С другой стороны, в этой же работе автор утверждает, что “правообладатель - юридическое лицо в комплекс исключительных прав, передаваемых пользователю по договору коммерческой концессии, должен обязательно включить право на фирменное наименование, а правообладатель - индивидуальный предприниматель - право на коммерческое обозначение”¹²⁸ и “можно констатировать, что коммерческое обозначение индивидуализирует предприятие физического или юридического лица и является словесным обозначением”¹²⁹.

Таким образом, в рамках изучения института договора коммерческой концессии теоретический и практический интерес представляет изучение понятия “коммерческое обозначение”.

Общие положения, касающиеся исключительных прав (интеллектуальной собственности) приведены в ст. 138 ГК РФ, которая гласит: в случаях и в порядке, установленных настоящим Кодексом и другими законами, признается исключительное право (интеллектуальная собственность) гражданина или юридического лица на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства

¹²⁵ Такое мнение, в частности, изложено Л.Ю. Василевской // Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 400.

¹²⁶ И Рыкова. “Коммерческая концессия = франчайзинг?” // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50) С. 37.

¹²⁷ Месяшная Н.В. Указ. соч., С. 96.

¹²⁸ Там же, С. 98.

индивидуализации юридического лица, индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.).

Диспозиция ст. 1027 ГК РФ содержит указание на то, что коммерческое обозначение признается российским законодательством в качестве объекта исключительных прав, что наглядно демонстрируется выдержкой из указанной статьи: "... комплекс исключительных прав..., в том числе право на коммерческое обозначение ... и другие объекты исключительных прав".

Также упоминание о коммерческом обозначении как о самостоятельном объекте интеллектуальной собственности наряду с товарными знаками, знаками обслуживания и фирменными наименованиями содержится в статье 2 ("Определения") Конвенции, учреждающей Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г.)¹³⁰ – а, как известно, в силу п. 4 ст. 15 Конституции РФ, международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы.

Итак, в российском законодательстве содержится указание на коммерческое обозначение как на самостоятельный объект исключительных прав. Однако из приведенного выше материала все-таки остается непонятным определение данного объекта и его правовой режим.

С целью определения смыслового содержания понятия "коммерческое обозначение" попробуем провести его лексический анализ.

Обозначение – это знак, которым что-нибудь обозначено¹³¹. В свою очередь знак (в одном из значений) – это пометка, изображение, предмет, которыми отмечается, обозначается что-нибудь¹³². Представляется, что в качестве знака (отличительного признака) могут выступать как словесные, так и графические, а также комбинированные обозначения.

¹²⁹ Там же, С. 99.

¹³⁰ Ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 19 сентября 1968 г. // Справочная правовая система "ГАРАНТ".

¹³¹ С.И. Ожегов. Словарь русского языка. – М.: "Русский язык", 1990, С. 431.

¹³² Там же, С. 234.

Коммерция – торговля, торговые операции¹³³; коммерческий – имеющий отношение к коммерции.

Таким образом, исходя из лексического анализа термина “коммерческое обозначение” вытекает, что коммерческое обозначение – это знак (отличительный признак), используемый субъектом коммерции (предпринимательской деятельности) с целью индивидуализации себя, своего дела (бизнеса), а также производимых (выполняемых, оказываемых) им товаров (работ, услуг).

Действительно, вполне можно предположить, что определенный субъект предпринимательской деятельности (предприниматель без образования юридического лица, либо коммерческая организация) использует в своей деятельности некое обозначение, не являющееся его фирменным наименованием (его частью), либо зарегистрированным товарным знаком – например, размещает его на вывеске своего предприятия, иными словами – вводит его в хозяйственный оборот. Такая ситуация тем более возможна, если данное обозначение не является фирменным наименованием, либо товарным знаком третьих лиц и как следствие - не является нарушением их законных прав и интересов.

Показательно при этом Постановление Президиума ВАС РФ № 4193/01 от 05 марта 2002 г.¹³⁴, в котором фактически констатировано право предпринимателя без образования юридического лица, выступающего в гражданском обороте под своим именем, использовать в своей деятельности определенное незарегистрированное обозначение, если такое использование при этом не является нарушением прав третьих лиц на исключительное использование фирменного наименования (прочих объектов исключительных прав) и не является актом недобросовестной конкуренции.

В частности, по указанному выше делу ВАС РФ указал, что использование предпринимателем обозначений “Нью-Йорк Пицца”, “New York Pizza” и “NYP” не является нарушением исключительного права истца –

¹³³ Там же, С. 288.

¹³⁴ Справочная правовая система “ГАРАНТ”.

общества с ограниченной ответственностью “Нью-Йорк Пицца”, поскольку предприниматель при этом не использовал обязательную часть фирменного наименования истца – “общество с ограниченной ответственностью”, либо “ООО”. Из вышеозначенного Постановления также следует, что использование предпринимателем фирменного наименования истца в качестве своего обозначения могло быть признано неправомерным лишь при одновременном наличии нескольких условий: совпадение сферы фактической деятельности сторон (деловой и территориальной), а также неблагоприятные последствия действий предпринимателя в виде реального смешения или введения в заблуждение потребителей относительно того, какое лицо оказывает им услуги.

Здесь следует привести позицию В.Ю. Бузанова, касающуюся правового режима коммерческого обозначения, который пишет: “Если попытаться определить место коммерческого обозначения среди родственных ему объектов исключительных прав, то его наиболее близкими соседями окажутся фирменные наименования и товарные знаки”¹³⁵. В.Ю. Бузанов приводит следующую классификацию коммерческих обозначений:

- названия предприятий розничной торговли, бытового обслуживания и сферы услуг (в том числе магазинов, ресторанов, гостиниц и т.д.);
- эмблемы и другие символы фирменного стиля коммерческой организации, не подпадающие под правовой режим фирменных наименований и товарных знаков (фирменный лозунг, особое сочетание цветов и т.д.); к этому же классу можно отнести правовой режим незарегистрированных товарных знаков;
- наименования транспортных средств (в частности, морских и воздушных судов)¹³⁶.

Итак, в соответствии с позицией данного автора, коммерческим обозначением может являться не только незарегистрированное наименование, но и иное обозначение (графическое изображение и т.п.).

¹³⁵ В.Ю. Бузанов. Правовой режим коммерческих обозначений. // “Законодательство”, 2002, № 8, С. 37.

¹³⁶ Там же, С.С. 38-39.

Учитывая приведенный выше лексический анализ понятия “коммерческое обозначение”, данную позицию можно считать обоснованной. Однако, приходится констатировать, что приведенная позиция не подтверждена ссылками на какие-либо нормативно-правовые акты, устанавливающие правовой режим коммерческого обозначения.

Таким образом, открытым остался вопрос о нормативно-правовых актах, регламентирующих правовой режим коммерческого обозначения. Данному вопросу посвящены теоретические исследования многих известных ученых-правоведов.

Так, по мнению Е.А. Суханова содержание термина “коммерческое обозначение” можно вывести из ст. 6-bis Парижской Конвенции по охране промышленной собственности. Коммерческое обозначение – это незарегистрированное, но общеизвестное наименование, используемое в деятельности предпринимателя. При этом А.А. Иванов к указанному мнению добавляет, что коммерческое обозначение – такое название бизнеса, которое не совпадает с фирменным наименованием юридического лица или именем индивидуального предпринимателя, этот бизнес ведущим¹³⁷.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский ограничительно толкуют положения статьи 6-bis Парижской Конвенции, считая, что в настоящее время в РФ в качестве правообладателя коммерческого обозначения как общеизвестного знака определенного лица может выступать лишь иностранный предприниматель, находящийся в стране – участнице Парижской конвенции. Данный вывод основывается на том, что, по мнению указанных авторов, в названной статье речь идет о знаках, общеизвестных в качестве знака определенного лица, защита которых приравнивается к защите зарегистрированного товарного знака, а правовой защите в РФ подлежат лишь те незарегистрированные общеизвестные знаки, которые

¹³⁷ Гражданское право. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 630.

принадлежат иностранным субъектам и охраняются в силу принятых Россией международных обязательств¹³⁸.

Следует отметить, что в соответствии с главой 2.1. “Общеизвестный товарный знак, его правовая охрана”¹³⁹ Закона РФ о товарных знаках¹⁴⁰, знак может быть признан общеизвестным по заявлению любого физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, либо юридического лица, вне зависимости от их места регистрации (государственной принадлежности). Общеизвестному товарному знаку предоставляется охрана, предусмотренная для товарного знака (п. 2 ст. 19.1 Закона РФ о товарных знаках). То есть после признания знака общеизвестным, речь уже идет фактически о товарном знаке, а не о коммерческом обозначении.

Таким образом, положения статьи 6-bis Парижской конвенции об охране промышленной собственности, по мнению автора, не подходят в качестве нормативной базы для коммерческого обозначения.

Отдельные авторы в качестве нормативной базы для коммерческого обозначения предлагали использовать ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности. Такая позиция, в частности, ранее была изложена Л.А. Трахтенгерц: “Права на коммерческое обозначение могут быть защищены в России на основе ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности, предусматривающей охрану фирменных наименований во всех странах - участницах Конвенции без обязательной регистрации. В силу п. 1 ст. 15 Конституции РФ, конкретизированного в ст. 7 ГК РФ, предписания международных договоров имеют приоритет перед нормами других актов, в т.ч. гражданского законодательства”¹⁴¹. Однако

¹³⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: “Статут”, 2002, С.С. 975-976.

¹³⁹ Указанная глава была включена в Закон РФ о товарных знаках Федеральным законом от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ “О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров” // “Российская газета” от 17 декабря 2002 г. № 236.

¹⁴⁰ Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров” (с изменениями от 27 декабря 2000 г., 30 декабря 2001 г., 11, 24 декабря 2002 г.) // Справочная правовая система “ГАРАНТ”, далее по тексту “Закон РФ о товарных знаках”.

¹⁴¹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный) Под ред. д.ю.н., проф. О.Н. Садикова) – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1996, С. 616.

впоследствии данный автор изменил приведенную выше точку зрения: “Коммерческие обозначения не включены действующим российским законодательством в число объектов исключительных прав. И, следовательно, в соответствии со ст. 138 ГК не охраняются в России. Важно также подчеркнуть, что коммерческие обозначения (в отличие от фирменных наименований и других средств индивидуализации) не входят и в круг объектов интеллектуальной собственности, подлежащих обязательной охране в силу Парижской конвенции и других международных договоров в этой сфере, в которых участвует Российская Федерация”¹⁴².

Действительно, приходится констатировать, что в российском законодательстве (в т.ч. в международных договорах, в которых участвует РФ) **не содержится расшифровка понятия “коммерческое обозначение” и не определен его правовой режим.** Отсюда, учитывая положения абз. 1 ст. 138 ГК РФ о том, что исключительные права граждан и юридических лиц на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации юридического лица, товаров, работ и услуг признаются **в случае и в порядке, установленных Гражданским кодексом и другими законами,** напрашивается вывод, что **действующее в настоящий момент российское законодательство прямо не предусматривает охрану коммерческого обозначения как самостоятельного объекта исключительных прав наряду с фирменным наименованием и товарным знаком (знаком обслуживания).**

Данный вывод подтверждается и сложившейся судебной практикой: ЗАО "Московская строительная компания" обратилась в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением об установлении юридического факта, под которым заявитель понимает **коммерческое обозначение "Ресторан Львиное сердце".** Заявление об установлении юридического факта основано на использовании заявителем с 10.09.1997 в своей деятельности словосочетания "ресторан

¹⁴² Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный). – 4-е изд, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики /Рук. авт. коллектива и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О.Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма “КОНТРАКТ”: ИНФРА-М, 2003, С. 735.

Львиное сердце" и возникшей в ходе такой деятельности необходимости заключить с определенным контрагентом договор коммерческой концессии.

Первая и апелляционная инстанции отказала заявителю в установлении юридического факта. Дело рассматривалось в кассационной инстанции Федеральным арбитражным судом Московского округа, который отказал заявителю в удовлетворении кассационной жалобы, сославшись при этом на то, что **в российском законодательстве отсутствует норма, регулирующая отношения, возникающие в результате использования коммерческих обозначений.** Суд также указал следующее: “При этом следует учитывать, что в соответствии с п. 1 ст. 5 Закона РФ от 23.09.1992 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименования мест происхождения товаров" **словесные, изобразительные, объемные и другие обозначения или их комбинации могут быть зарегистрированы в качестве товарных знаков.** Согласно ст. 2 указанного Закона правовая охрана товарного знака в РФ предоставляется на основании его государственной регистрации в порядке, установленном данным Законом, или в силу международных договоров РФ, путем подачи заявки в Государственное Патентное Ведомство РФ”¹⁴³.

Автор считает, что данное судебное решение можно рассматривать как отказ суда трактовать понятие “коммерческое обозначение” при отсутствии его четкой правовой регламентации, а также явно выраженное судом предпочтение традиционному объекту интеллектуальной собственности – товарному знаку (знаку обслуживания), правовой режим которого достаточно подробно описан в российском законодательстве.

Однако, если вернуться к приведенному выше лексическому анализу термина “коммерческое обозначение”, выдвинуть тезис о том, что коммерческое обозначение – это знак (словесное, графическое, либо комбинированное обозначение), используемый субъектом коммерции (предпринимательской деятельности) с целью индивидуализации себя,

¹⁴³ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 10.09.2001 № КА-А40/4873-01 // По данным справочной правовой системы “Консультант +”.

своего дела (бизнеса), а также производимых (выполняемых, оказываемых) им товаров (работ, услуг), который при этом не зарегистрирован в качестве фирменного наименования, товарного знака (знака обслуживания) и поставить вопрос иначе: а могут ли в соответствии с российским законодательством быть защищены исключительные права на **такой** (описанный в настоящем абзаце) знак, ответ окажется не таким уж и очевидным.

Во-первых, рассмотрим вариант, когда фактически используемое, но незарегистрированное обозначение является словесным. В случае, если такое обозначение не зарегистрировано, то оно **не является ни фирменным наименованием в понятии, данном российским законодателем**, т.к. в силу абз. 2 п. 4 ст. 54 ГК РФ юридическое лицо приобретает исключительные права на фирменное наименование после его регистрации, **ни товарным знаком**, т.к. на основании п. 1 ст. 2 Закона РФ о товарных знаках правовая охрана товарному знаку предоставляется на основании его государственной регистрации.

Однако, по мнению автора, права на незарегистрированное словесное обозначение (наименование), индивидуализирующее субъекта предпринимательской деятельности, его бизнес (а такое обозначение, учитывая приведенный выше лексический анализ термина “коммерческое обозначение”, попадает под понятие коммерческого обозначения) могут быть защищены на основе норм ст. 8 Парижской конвенции об охране промышленной собственности¹⁴⁴ и Положения о фирме 1927 г.¹⁴⁵.

В силу ст. 8 Парижской конвенции фирменное **наименование охраняется во всех странах Союза без обязательной подачи заявки или регистрации** и независимо от того, является ли оно частью товарного знака.

¹⁴⁴ Конвенция по охране промышленной собственности (Париж, 20 марта 1883 г.) (по состоянию на 14 июля 1967 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 2.

¹⁴⁵ Утв. Постановлением Центрального Исполнительного Комитета СССР и Совета Народных Комиссаров СССР от 22 июня 1927 г. "О введении в действие положения о фирме" (в ред. от 17 августа 1927 г.) // Справочная правовая система “ГАРАНТ”. Положение о фирме является действующим (в части, не противоречащей ГК РФ) нормативно-правовым актом. Ссылки на нормы Положения содержится в решениях арбитражного суда – см., например, Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25 января 2001 г. № КА-А40/6520-00 // справочная правовая система “ГАРАНТ”.

При этом п. 10 Положения о фирме предусмотрено, что право на фирму возникает с момента, когда фактически началось пользование фирмой, при условии соответствия ее требованиям настоящего постановления. Фирменное наименование не подлежит особой регистрации, **независимо от регистрации организации**. При этом порядок защиты прав на незарегистрированное фирменное наименование (коммерческое обозначение) указан в п. 11 Положения о фирме, который предоставляет обладателю прав на фирму “требовать в судебном порядке прекращения пользования тождественной или сходной фирмой со стороны других лиц, а равно возмещения убытков, причиненных таким использованием, поскольку у него право на фирму возникло раньше других и поскольку вследствие тождества или сходства фирм возникает возможность их смешения”.

Во-вторых, рассмотрим вариант, когда фактически используемое, но незарегистрированное обозначение является изобразительным, объемным, либо комбинированным обозначением. Исключительные права на изобразительные, объемные и комбинированные обозначения **как на товарный знак** (знак обслуживания), действительно, возникают только после государственной регистрации такого обозначения в качестве товарного знака.

По мнению автора, здесь следует обратить внимание на такой важный момент: изобразительные, объемные и комбинированные обозначения в первую очередь являются объектами изобразительного искусства, т.е. объектами, охраняемыми нормами авторского права. Скептицизм по данному поводу может быть легко развеян упоминанием о том, что одним из наиболее известных и дорогих признанных произведений изобразительного искусства в мире является работа К. Малевича “Черный квадрат”. Таким образом, **права на изобразительные, объемные и комбинированные обозначения, не зарегистрированные в качестве товарного знака, могут быть защищены как на объекты изобразительного искусства на основе норм авторского права** (т.к. в соответствии с законодательством РФ права на произведения искусства охраняются без какой-либо специальной регистрации, в силу

самого факта их создания). При этом данные обозначения теоретически могут использоваться субъектами предпринимательской деятельности – обладателями исключительных прав на них таким же образом, каким обычно фактически используются товарные знаки – путем нанесения их на товар, упаковку, витрину, указания их в рекламных объявлениях и т.п. Обладатели исключительных прав на такой объект также вправе распоряжаться правами на данный объект – например, путем уступки прав на него по авторскому договору.

Следует упомянуть о термине, достаточно часто встречающемся в сфере предпринимательской деятельности – логотипе. Логотип – специально разработанное, оригинальное начертание полного или сокращенного наименования фирмы (или группы товаров данной фирмы)¹⁴⁶. Многие организации разрабатывают специальное начертание фирменного наименования, либо его части и помещают его на своей вывеске, фирменных бланках и т.п. Логотип сам по себе уже не является фирменным наименованием, это качественно другой объект, т.к. в нем присутствует изобразительный элемент – способ начертания, дополнительные графические элементы и т.п. С правовой точки зрения логотип может являться товарным знаком (знаком обслуживания), но только после его регистрации в Патентном ведомстве. Однако чаще всего логотипы не регистрируются. Незарегистрированный в качестве товарного знака логотип – типичный пример коммерческого обозначения.

Итак, принимая во внимание лексический (смысловой) анализ термина “коммерческое обозначение”, а также приведенные выше доводы, касающиеся возможности возникновения и защиты исключительных прав на незарегистрированные в качестве фирменных наименований и товарных знаков обозначений, под понятие “коммерческое обозначение” **возможно подвести теоретическую** (в т.ч. нормативно-правовую) **базу**. Однако немаловажно учитывать и практический аспект использования данного

¹⁴⁶ Большой юридический словарь, с. 346.

объекта исключительных прав и защиты прав на него, в том числе судебную практику, складывающуюся по данному вопросу.

Из проведенного исследования понятия коммерческого обозначения вытекают следующие основные выводы:

а) Действующее законодательство РФ содержит **указание** на коммерческое обозначение как на **самостоятельный объект исключительных прав**.

б) Определение и правовой режим коммерческого обозначения **как самостоятельного объекта исключительных прав** в действующем законодательстве РФ прямо не сформулированы, однако они теоретически могут быть выведены исходя из комплексного анализа: лексического анализа понятия “коммерческое обозначение” и анализа общих норм об объектах интеллектуальной собственности (ст. 138 ГК РФ), а также норм ст. 1027 ГК РФ, ст. 8 Парижской конвенции об охране промышленной собственности, Положения о фирме 1927 г. и Закона РФ об авторских и смежных правах.

в) При нынешнем состоянии российского законодательства и сложившейся правоприменительной практики с практической точки зрения представляется рациональной регистрация и последующее использование знаков, которые в принципе могут быть использованы как незарегистрированное коммерческое обозначение, в качестве одного из детально регламентированных законодателем объектов интеллектуальной собственности – фирменного наименования, либо товарного знака (знака обслуживания). Основания для этого следующие:

- правовой режим данных объектов исключительных прав достаточно подробно и четко прописан в соответствующих нормативных правовых актах (чего, к сожалению, нельзя сказать о коммерческом обозначении). При этом сформировалась устойчивая судебная практика по защите прав на данные объекты интеллектуальной собственности. Кроме того, необходимо обратить внимание на произошедшее усиление юридической защиты прав и законных интересов владельцев прав на товарный знак, которое явилось следствием внесения соответствующих изменений в ст. 4 Закона РФ о товарных

знаках¹⁴⁷. Упомянутые изменения расширили перечень деяний, которые признаются нарушением прав обладателя исключительных прав на товарный знак. В связи с этим представляется, что в случае возникновения конфликта между незарегистрированным коммерческим обозначением и фирменным наименованием (а в особенности - товарным знаком) судебные инстанции встанут на сторону обладателя прав на фирменное наименование (товарный знак);

- регистрация объекта исключительных прав (а фирменные наименования и товарные знаки в соответствии с российским законодательством подлежат регистрации) позволяет закрепить приоритет на такие объекты, а также впоследствии легко доказать такой приоритет.

г) Учитывая то, что в российском законодательстве уже содержатся правовые нормы, направленные на защиту исключительных прав как на средства индивидуализации субъектов – юридических лиц (фирменные наименования), так и на средства индивидуализации продукции, выполняемых работ и услуг (товарные знаки и знаки обслуживания), а также то, что в международных конвенциях по вопросам защиты прав на интеллектуальную собственность, в которых участвует Российская Федерация, не содержатся нормы, обязывающие стран-участниц вводить правовую охрану коммерческих обозначений, представляется, что российский законодатель во избежание терминологической путаницы, конфликтов и судебных споров между субъектами гражданского оборота должен отказаться от категории коммерческого обозначения в пользу традиционных для российского права объектов интеллектуальной собственности – фирменных наименований и товарных знаков (знаков обслуживания) и внести соответствующие изменения в нормативно-правовые акты.

В свете изложенного выше, практические сложности могут возникнуть у предпринимателей без образования юридического лица (ПБОЮЛ),

¹⁴⁷ Указанные изменения внесены Федеральным законом от 11 декабря 2002 г. № 166-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации "О товарных знаках, знаках обслуживания и

желающих выступать в договоре коммерческой концессии в качестве правообладателя. Обязательными элементами объекта договора коммерческой концессии, как было сказано выше, являются фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение. В силу действующего законодательства, ПБОЮЛ не могут иметь фирменного наименования. Т.о. ПБОЮЛ может заключить договор коммерческой концессии лишь передавая по нему права на использование коммерческого обозначения (весьма специфический объект, как становится видно из проведенного выше анализа, права на который практически невозможно защитить). В данном случае практически можно порекомендовать с целью усиления правовой защиты исключительных прав на обозначение зарегистрировать его в качестве товарного знака и передавать по договору коммерческой концессии и право на коммерческое обозначение, и право на использование товарного знака (того же, либо сходного обозначения, например, комбинированного), но уже зарегистрированного в патентном ведомстве в качестве товарного знака).

Право на охраняемую коммерческую информацию. Информация названа в ст. 128 ГК РФ как одна из разновидностей объектов гражданских прав. Как особый объект гражданских прав информация характеризуется следующими признаками. Прежде всего, информация является идеальным компонентом бытия, т.е. благом нематериальным, не сводимым к тем физическим объектам, которые выступают ее носителями (запись на бумаге, магнитная лента и т.п.). Далее, информация есть благо непотребляемое, которое подвергается лишь моральному, но не физическому старению. Важной особенностью информации является возможность ее практически неограниченного тиражирования, распространения и преобразования форм ее фиксации. Наконец, закон не закрепляет за кем-либо монополии на обладание и использование информации, за исключением той, которая

является одновременно объектом интеллектуальной собственности или подпадает под понятие служебной и коммерческой тайны¹⁴⁸.

В п. 1 ст. 1027 ГК РФ речь идет о передаче правообладателем пользователю прав на **охраняемую коммерческую информацию**.

По мнению И.В. Рыковой, под коммерческой информацией понимается совокупность сведений, представляющих собой производственный опыт и знания по ведению бизнеса, принадлежащие правообладателю и не имеющие охранных документов¹⁴⁹.

Учитывая то, что права на охраняемую коммерческую информацию передаются по договору коммерческой концессии в составе комплекса исключительных прав, представляется, что в терминологии главы 6 ГК РФ, закрепляющей положения об объектах гражданских прав, речь идет об информации, составляющей служебную или коммерческую тайну. Аналогичная позиция по указанному вопросу изложена и другими авторитетными исследователями, например, Л.А. Трахтенгерц¹⁵⁰.

Информация составляет служебную или коммерческую тайну (далее по тексту “коммерческая тайна”) в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности. Сведения, которые не могут составлять служебную или коммерческую тайну, определяются законом и иными правовыми актами (п. 1 ст. 139 ГК РФ).

Перечень сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну, закреплен в Постановлении Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 "О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну" (с

¹⁴⁸ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть I / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М.: Издательство ТЕИС, 1996, С. 191.

¹⁴⁹ Рыкова И.В. Франчайзинг: новые технологии, методология, договоры – М.: Современная экономика и право, 2000, С. 47.

изменениями от 3 октября 2002 г.)¹⁵¹, однако, следует отметить, что данный перечень не является закрытым¹⁵².

Российское законодательство, как и законодательство большинства европейских стран, предъявляет к коммерческой тайне следующие три требования. Во-первых, информация должна иметь действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам. В соответствии с данным критерием из числа сведений, составляющих коммерческую тайну, исключаются те из них, которые не могут быть использованы третьими лицами для достижения своих целей, которые бы никто не приобрел, если бы они были предложены к продаже. Кроме того, те сведения, которые обладают действительной или потенциальной ценностью, должны быть неизвестны третьим лицам (тем лицам, для которых эти сведения представляют коммерческий интерес: предприниматели, конкурирующие с обладателем коммерческой тайны, его контрагенты по хозяйственным договорам, потребители его продукции, работ, услуг и т.д.). Во-вторых, к информации, составляющей коммерческую тайну, не должно быть свободного доступа на законном основании. Если соответствующая информация может быть получена законным образом любым заинтересованным лицом, например, путем изучения открытых данных, анализа образцов выпускаемой продукции, знакомства с публикациями и т.п., она коммерческой тайной не признается. В-третьих, чтобы информация считалась коммерческой тайной, требуется, чтобы обладатель информации принимал меры к охране ее конфиденциальности. Спектр этих мер весьма обширен. К ним могут быть отнесены разнообразные меры технического, организационного и юридического характера, которые направлены на то, чтобы оградить информацию от несанкционированного доступа третьих лиц.

¹⁵⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный). – 4-е изд, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики /Рук. авт. коллектива и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О.Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма “КОНТРАКТ”: ИНФРА-М, 2003, С. 736.

¹⁵¹ Справочная правовая система “ГАРАНТ”.

¹⁵² Об этом см. Д. Ивлиев. Плюсы и минусы коммерческой тайны // Газета “Бизнес Адвокат” № 12 (156) июнь 2003, С. 5.

Здесь также следует разграничить понятие коммерческой тайны и смежных с ней понятий. Помимо коммерческой тайны российское законодательство выделяет еще несколько видов сведений, которые должны сохраняться в тайне. Речь, в частности, идет о государственной, военной, медицинской, нотариальной, адвокатской, банковской тайнах, личной и семейной тайне, тайне усыновления, тайне следствия и т.д. Отношения, связанные с каждой из названных выше и некоторыми другими видами тайн, специально регламентируются соответствующим законодательством, устанавливающим как право на сохранение соответствующих сведений в тайне, так и ответственность лиц, разгласивших их без санкции правообладателя. Коммерческая тайна отличается от всех этих видов тайн тем, что сведения, ее составляющие, относятся к коммерческой деятельности предпринимателя и имеют коммерческую же ценность¹⁵³.

Личная информация охраняется в настоящее время на основе норм, содержащихся в ст. 150 ГК РФ, как разновидность нематериальных благ. Нарушение коммерческой тайны причиняет имущественный вред, а нарушение личной тайны – моральный вред (ст. 151, 1099-1101 ГК РФ)¹⁵⁴.

Н.В. Месяшная в своей работе, основываясь на диспозиции ст. 128 ГК РФ, в которой информация и интеллектуальная собственность перечисляются в виде самостоятельных видов объектов гражданских прав, делает вывод о том, что “информация не отнесена Гражданским кодексом к интеллектуальной собственности”¹⁵⁵. Данный вывод, однако, представляется ошибочным. Действительно, не всякая информация может являться объектом исключительных прав. Однако отдельные ее разновидности, в частности – коммерческая тайна, определенно являются объектами интеллектуальной собственности.

В этом смысле весьма убедительны приведенные ниже аргументы А.П. Сергеева.

¹⁵³ А.П. Сергеев. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С.С. 678-679.

¹⁵⁴ Э. Гаврилов. К вопросу об охране коммерческой, служебной и личной тайны. Гражданско-правовые аспекты. // Хозяйство и право № 5 май 2003, С. 28.

¹⁵⁵ Месяшная Н.В. Указ. соч., С. 103.

Коммерческая тайна является особой разновидностью объектов интеллектуальной собственности, т.к. обладает всеми признаками таких объектов (является нематериальным результатом интеллектуальной деятельности, на который за кем-либо закрепляется исключительное право) и обладает рядом специфических особенностей.

Во-первых, в ее основе лежит фактическая монополия определенного лица на некоторую совокупность знаний.

Во-вторых, важной особенностью коммерческой тайны является ее наибольшая универсальность среди других объектов интеллектуальной собственности. Если под изобретениями, промышленными образцами, товарными знаками и иными объектами интеллектуальной собственности закон понимает вполне определенные результаты интеллектуальной деятельности, то под понятие коммерческой тайны могут быть подведены самые разнообразные сведения, связанные с производством, технологической информацией, управлением, финансами и другой деятельностью предпринимателя.

В третьих, специфической чертой коммерческой тайны, выделяющей ее среди других объектов интеллектуальной собственности, является неограниченность срока ее охраны. Право на коммерческую тайну действует до тех пор, пока сохраняется фактическая монополия лица на информацию, которая ее образует, а также имеются предусмотренные законом условия ее охраны.

И, наконец, в четвертых, коммерческая тайна как объект интеллектуальной собственности не требует официального признания ее охраноспособности, государственной регистрации или выполнения каких-либо иных формальностей, а также уплаты государственных пошлин¹⁵⁶.

Сущность права на коммерческую тайну состоит в обеспеченной обладателю информации возможности засекречивать эту информацию от широкой публики и требовать, чтобы третьи лица воздерживались от

¹⁵⁶ А.П. Сергеев. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. С.С. 676-678.

использования незаконных методов получения данной информации¹⁵⁷. Представляется, что заключение договора коммерческой концессии с обладателем прав на коммерческую тайну (охраняемую коммерческую информацию) является одним из законных оснований для приобретения прав на использование такой информации.

Содержание охраняемой коммерческой информации, права на которую передаются правообладателем пользователю по договору коммерческой концессии, составляют определенные способы и методы осуществления предпринимательской деятельности (продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг), разработанные правообладателем и направленные на оптимизацию предпринимательской деятельности в определенной сфере, извлечение прибыли и достижения максимального эффекта от осуществления данного вида деятельности.

Следует отметить, что содержание информации, представляющей собой коммерческую тайну, могут составлять как непатентоспособные решения, такие как: методы организации и управления хозяйством; условные обозначения, расписания, правила; проекты и схемы планировки сооружений, зданий, территорий; решения, касающиеся только внешнего вида изделий, направленные на удовлетворение эстетических потребностей; так и вполне потенциально патентоспособные решения, которые правообладатель по каким-либо причинам не желает обнародовать и патентовать в установленном порядке.

Хотелось бы упомянуть о таком понятии, как ноу-хау, которое многие авторы упоминают в связи с рассмотрением договора коммерческой концессии – как **синоним** понятия “охраняемая коммерческая информация”¹⁵⁸, которая в свою очередь является обязательным элементом объекта договора коммерческой концессии.

В.А. Дозорцев, однако, изложил вполне обоснованное мнение о том, что ноу-хау (данный автор в русскоязычной терминологии предложил

¹⁵⁷ Там же, С. 681.

¹⁵⁸ См., например, Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 972.

именовать данный объект исключительных прав “секретом промысла”) является самостоятельной разновидностью конфиденциальной информации: “Понятие секрета промысла заключается в том, что он представляет собой данные о решении в любых сферах практической деятельности (в технике, биологии, математике, экономике, организации и т.п.), допускающем практическое использование и пригодном для участия в экономическом обороте в силу неизвестности и недоступности неопределенному кругу лиц. Секрет промысла должен быть зафиксирован на материальном носителе так, чтобы его можно было идентифицировать... Коммерческая тайна значительно шире по содержанию, чем секреты промысла... То же относится и к служебной информации ... Для смешения секрета промысла, с одной стороны, и служебной и коммерческой тайны – с другой, нет оснований. Статья 139 ГК РФ никак не может считаться определяющей понятие секрета промысла, входящего в состав исключительных прав, которым посвящена отдельная норма статьи 138 ГК РФ, относящаяся именно к исключительным правам”¹⁵⁹.

Действительно, следует разграничивать понятия секрета промысла (ноу-хау) и коммерческой тайны. Однако, исходя из определения секрета промысла, данного В.А. Дозорцевым в своей работе, критерием для такого разграничения является лишь содержание информации, представляющей собой, соответственно, ноу-хау и коммерческую тайну. **По мнению автора, секрет промысла (ноу-хау) является все же одной из разновидностей коммерческой (служебной) тайны.**

Таким образом, представляется, что под охраняемой коммерческой информацией, передаваемой по договору коммерческой концессии, подразумевается информация, составляющая коммерческую (служебную) тайну, одной из разновидностей которой являются секреты промысла (ноу-хау), которые в подавляющем большинстве случаев и передаются по договору коммерческой концессии.

¹⁵⁹ В.А. Дозорцев. Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Вестник ВАС РФ № 7 (104) июль 2001 г., С.С. 107,108.

Здесь также следует отметить весьма важную особенность коммерческой тайны как специфического объекта исключительных прав (интеллектуальной собственности). Как правильно отмечает Н.В. Месяшная, одним из основных отличий коммерческой тайны от других видов объектов исключительных прав, является отсутствие права правообладателя на запрет использования данного объекта третьими лицами¹⁶⁰. Законодатель лишь налагает запрет на получение коммерческой тайны незаконными методами и на разглашение данной информации под угрозой возмещения убытков, причиненных соответствующими деяниями.

С практической точки зрения весьма важно принимать во внимание указание в диспозиции п. 2 ст. 139 ГК РФ на то, что обязанность возместить убытки возникает лишь у лиц, незаконно получивших информацию, составляющую коммерческую тайну, а также у работников, разгласивших такую тайну **вопреки трудовому договору** и контрагентов, разгласивших ее **вопреки гражданско-правовому договору**. В связи с этим можно рекомендовать правообладателям, заключающим договор коммерческой концессии во избежание разглашения охраняемой коммерческой информации, а также для установления возможности взыскания причиненных убытков в случае ее разглашения, включать в договор коммерческой концессии обязательства пользователя не разглашать охраняемую коммерческую информацию, переданную ему правообладателем по договору, либо ставшую известной пользователю в процессе исполнения своих обязательств по договору коммерческой концессии, а также включать в договоры со всеми своими сотрудниками (с работниками по трудовым договорам и другими сотрудниками, в т.ч. с работающими по гражданско-правовым договорам) условия о неразглашении данными сотрудниками охраняемой коммерческой информации, переданной по договору коммерческой концессии.

Несмотря на то, что в соответствии с действующим в настоящее время трудовым законодательством, размер ущерба, который может быть взыскан с

¹⁶⁰ Месяшная Н.В. Указ. соч., С. 104.

работника за разглашение коммерческой тайны, ограничивается его средним месячным заработком¹⁶¹, условие о неразглашении коммерческой тайны, включенное в трудовой договор с работником, будет оказывать определенное положительное дисциплинирующее воздействие – ведь в соответствии с подпунктом “в” п. 6 ст. 81 Трудового кодекса РФ разглашение работником коммерческой (служебной) тайны, ставшей ему известной в связи с исполнением трудовых обязанностей, является основанием для его увольнения.

В связи с проблематичностью установления размера ущерба, причиненного разглашением коммерческой тайны вопреки положениям гражданско-правового договора, можно рекомендовать включать в договор коммерческой концессии положение о конкретном размере неустойки (см. параграф 2 главы 23 ГК РФ), которая подлежит уплате пользователем в случае разглашения им полученной охраняемой коммерческой информации. При этом в случае, если доказанный размер убытков будет превышать размер установленной договором неустойки, убытки могут быть взысканы в части, не покрытой неустойкой – ст. 394 ГК РФ.

Факультативные объекты. В качестве факультативных объектов по договору коммерческой концессии могут передаваться права на объекты исключительных прав как прямо названные в диспозиции ст. 1027 ГК РФ (права на товарный знак, знак обслуживания), так и не названные: патенты (в т.ч. на изобретения, промышленные образцы, полезные модели), объекты авторского права (в т.ч. авторские права на программные продукты, топологии интегральных микросхем). Так, в ряде случаев, при заключении договора коммерческой концессии передаются права на использование специализированных программных продуктов, предназначенных для учета товародвижения, автоматизации отдельных бизнес-процессов, в т.ч. на системы автоматизированного управления предприятием.

В число объектов интеллектуальной собственности входят также и наименования мест происхождения товаров, однако в силу специфики

¹⁶¹ Э. Гаврилов. Указ. соч., С.С. 32-34.

данного объекта, а также в связи с прямым указанием закона (п. 3 ст. 40 Закона РФ “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров”¹⁶²) права на данные объекты не могут передаваться их обладателем третьим лицам по каким-либо договорам, в т.ч. и по договорам коммерческой концессии.

Конкретный перечень объектов исключительных прав, права на использование которых передаются по договору коммерческой концессии, определяется спецификой конкретной ситуации, вида предпринимательской деятельности, в рамках которой заключается договор коммерческой концессии, а также теми конкретными целями и задачами, которые преследуют стороны договора при его заключении.

Так, например, первым договором коммерческой концессии, содержащим объекты промышленной собственности и зарегистрированным в Патентном ведомстве России (Роспатенте) в июне 1996 года, стал договор между компанией “Колгейт-Палмолив” США (правообладатель) и АО “Колгейт-Палмолив” РФ (пользователь), по которому наряду с правом использования фирменного наименования российскому пользователю было передано право на использование 35 изобретений, 7 промышленных образцов в области предметов и средств гигиены, около 60 товарных знаков, техническое, технологическое, коммерческое “ноу-хау”¹⁶³.

Согласно п. 2 ст. 1027 ГК РФ, договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

¹⁶² Закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" // Справочная правовая система “ГАРАНТ”.

Необходимость согласования в договоре коммерческой концессии объема передаваемых прав обусловлена нематериальным характером объектов этих прав, возможностью их одновременного использования неограниченным кругом лиц. Сюда следует отнести территории, охватываемые концессией, виды деятельности, количество выпускаемых или продаваемых товаров, объемы работ, услуг и т.п. За пределами согласованной в договоре сферы деятельности пользователя правообладатель сохраняет возможность распоряжения этими объектами¹⁶⁴.

В пункте 2 ст. 1027 ГК РФ идет речь об использовании пользователем наряду с комплексом исключительных прав деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя. А.А. Иванов по данному поводу утверждает, что “и деловая репутация, и коммерческий опыт (ноу-хау) есть не что иное, как объекты исключительных прав. В связи с этим нет никакого смысла говорить о расширении предмета договора коммерческой концессии. К нему относятся исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности”¹⁶⁵.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, напротив, считают, что ни деловая репутация, ни коммерческий опыт правообладателя не относятся к объектам исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности¹⁶⁶.

В силу ст. 150 ГК РФ деловая репутация относится к **нематериальным благам**. Такой объект исключительных прав, как коммерческий опыт, вообще не зафиксирован в действующем законодательстве РФ. Опыт – совокупность знаний и практически усвоенных навыков, умений¹⁶⁷.

Представляется, что коммерческий опыт, об ограничении использования которого идет речь в п. 2 ст. 1027 ГК РФ, **фактически воплощается в охраняемой коммерческой информации**, права на

¹⁶³ Новосельцев О.В. Оценка коммерческой концессии. // Хозяйство и право, 2000 г., № 3, С.С. 104-105.

¹⁶⁴ Янушкевич И.П. Указ. соч., С. 24.

¹⁶⁵ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 633.

¹⁶⁶ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 992.

¹⁶⁷ С.И. Ожегов. Словарь русского языка, С. 456.

использование которой передаются по договору коммерческой концессии, а **деловая репутация**, как верно отмечают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский¹⁶⁸, **находит свое воплощение в фирменном наименовании (коммерческом обозначении)** правообладателя и с передачей такового пользователю автоматически также переходит к нему.

Выделение законодателем таких понятий, как “деловая репутация” и “коммерческий опыт” обусловлено, по мнению автора, желанием подчеркнуть **экономическую сущность** договора коммерческой концессии, в соответствии с которой посредством передачи комплекса исключительных прав правообладатель **по сути** делится с пользователем своим коммерческим опытом и позволяет использовать свою деловую репутацию.

В связи с изложенными выше положениями об объектах исключительных прав, права на использования которых передаются по договору коммерческой концессии, автор считает необходимым пересмотреть нормы об объекте и предмете договора коммерческой концессии, а именно: о перечне обязательных объектов, при передаче прав на использование которых договор признается договором коммерческой концессии и на него распространяется соответствующий режим правового регулирования.

В настоящее время обязательными объектами, передаваемыми в рамках договора коммерческой концессии, являются права на средства индивидуализации субъектов-предпринимателей – фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение. Однако средства индивидуализации **субъектов** гражданского оборота – фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение, права на которые передаются по договору коммерческой концессии, **выполняют роль индивидуализации предприятия** данных субъектов и как следствие – ассоциируются в сознании потребителей с аналогичными предприятиями правообладателя, либо других пользователей, высоким качеством товаров (работ, услуг), реализуемых

¹⁶⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 993.

данными предприятиями и оказывают влияние на потребителей при выборе поставщика товаров (работ, услуг). Вот что пишет по данному поводу И. Рыкова: “Уже почти всем стало понятно, что выбор потребителем товаров не всегда является рациональным, т.е. основанным на характеристиках самого товара или услуги, а определяется его ассоциативным восприятием именно символа, через который строятся представления о товаре или услуге. С этим связан перенос конкуренции из сферы самих товаров и услуг в сферу символов, которые индивидуализируют организации в рыночной среде”¹⁶⁹.

Кроме того, в правоприменительной практике в связи с использованием коммерческих обозначений и фирменных наименований возникает ряд проблем:

Во-первых, правовой режим такого объекта исключительных прав как “коммерческое обозначение” не определен в действующем законодательстве РФ. При этом у предпринимателей без образования юридического лица при наличии желания выступить по договору коммерческой концессии в качестве правообладателя возникают проблемы – ведь ПБОЮЛ не могут являться обладателями прав на фирменное наименование. Вообще, как было указано выше, из норм, регулирующих коммерческую концессию, указание на коммерческое обозначение вообще должно быть исключено.

Во-вторых, регистрация оригинального наименования, придуманного предпринимателем, в качестве фирменного наименования (а именно – использование его в качестве добавления к корпусу фирмы) не может в должной степени обеспечить его защиту, поскольку при защите права субъекта на исключительное использование фирменного наименования в судебной практике под фирменным наименованием подразумевается совокупность корпуса фирмы (организационно-правовой формы) и вспомогательной части¹⁷⁰. Таким образом, к примеру, ООО “Ромашка”,

¹⁶⁹ И. Рыкова. Споры о знаках на интеллектуальном фронте // “БИЗНЕС-АДВОКАТ”, № 5 март 2002 г., С. 6.

¹⁷⁰ См., например, п. 1 Письма Высшего арбитражного суда РФ от 29 мая 1992 г. № С-13/ОПИ-122 “Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике” // Вестник ВАС РФ № 1, 1992 г.; Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 02.10.2001 № Ф04/2965-975/А45-2001, Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29.09.2000 № Ф09-1427/2000-ГК // Справочная правовая система “Консультант+”.

осуществляющее определенный вид предпринимательской деятельности (а возможно, и передающего права на ведение аналогичной деятельности под своим фирменным наименованием по договору коммерческой концессии), не застраховано от появления ЗАО “Ромашка”, осуществляющего аналогичную деятельность и вследствие схожести фирменных наименований “переманивающего” определенную часть клиентов.

Представляется, что описанные выше проблемы, связанные с использованием и защитой прав на коммерческое обозначение и фирменное наименование применительно к коммерческой концессии можно решить следующим образом: с одной стороны, исключить из числа обязательных объектов, передаваемых по договору коммерческой концессии, коммерческое обозначение и, с другой стороны, включить в их число товарный знак (знак обслуживания) - и внести в законодательство соответствующие изменения, а именно: изложить п. 1 ст. 1027 ГК РФ в следующей редакции: “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 исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе **право на фирменное наименование и (или) товарный знак (знак обслуживания) правообладателя**, на охраняемую коммерческую информацию, **а также на другие** предусмотренные договором объекты исключительных прав”¹⁷¹.

Т.о. представляется необходимым распространить правовой режим договора коммерческой концессии на договоры, по которым передаются права на товарный знак (знак обслуживания) и охраняемую коммерческую информацию, т.к. данные договоры также соответствуют цели договора коммерческой концессии (передача бизнес-технологии и средств индивидуализации), а также рассматриваются в качестве договоров франчайзинга в иностранных государствах. Кроме того, товарный знак является объектом исключительных прав, которому в соответствии с

российским законодательством предоставлены достаточно надежные правовые гарантии.

В юридической литературе дискуссионным является вопрос о месте договора коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров, т.е. вопрос о том, является ли договор коммерческой концессии самостоятельным видом договоров.

Так, договор коммерческой концессии (так же, как и его зарубежные аналоги: франчайзинг и франшиза) нередко относят к договорам лицензионного типа, основываясь на том, что необходимым элементом его предмета является разрешение (лицензия) на использование исключительных прав, и в этом смысле указанный договор является средством их введения в экономический оборот. Как известно, под лицензионным договором понимается такой договор, в соответствии с которым обладатель исключительного права (лицензиар) передает право на использование охраняемого объекта другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные договором платежи. В связи с этим Е.А. Суханов подчеркивает, что договор коммерческой концессии нельзя рассматривать в качестве разновидности лицензионного договора, поскольку в “отличие от последнего франчайзинг дает возможность использовать не один определенный объект “интеллектуальной собственности”, а комплекс объектов исключительных, а также иных имущественных прав”¹⁷².

Б.И. Пугинский указывает: “Франчайзинг означает систему договорных отношений крупных изготовителей (продавцов) с мелкими фирмами, в которых обязательства по продвижению товара сопровождаются использованием на основе лицензии фирменного наименования или товарного знака головной фирмы, а также соблюдением ее технологий производства и стратегии по сбыту товаров”. Он видит недостаток гл. 54 ГК

¹⁷¹ См. также п. 1 приложения 2 к настоящей работе.

¹⁷² Гражданское право: В 2 т. Том II полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., переработанное и дополненное – М., 1999, С. 605. цит. по указ. соч. Брагинского М.И., Витрянского В.В., С. 960.

РФ “Коммерческая концессия” как раз в том, что “в ней основное внимание уделено не содействию в реализации товаров, а вопросам лицензионных отношений. Между тем вопросы лицензионных соглашений – это лишь часть, причем вспомогательная, по отношению к задаче реализации товара”¹⁷³. Представляется, что приведенные здесь доводы относительно цели, значения и экономической сущности договора коммерческой концессии (франчайзинга, франшизы) убедительно свидетельствуют о том, что указанный договор никак не может относиться к лицензионному договору, как вид к роду. Напротив, лицензионные обязательства являются лишь одним из элементов предмета договора коммерческой концессии¹⁷⁴.

А.А. Иванов излагает точку зрения, в соответствии с которой договор коммерческой концессии является самостоятельным видом договоров. В обоснование данного тезиса А.А. Иванов проводит сравнительный анализ договора коммерческой концессии со сходными, по его мнению, видами договоров: арендой, договором на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ, договором доверительного управления имуществом, договором простого товарищества, авторским и лицензионным договорами¹⁷⁵. Несмотря на то, что проведенные указанным автором сравнения не всегда удачны, они позволяют выявить определенную специфику договора коммерческой концессии.

Отмечающееся в юридической литературе стремление российских правоведов обнаружить сходство и установить различия между договором коммерческой концессии и многими другими типами гражданско-правовых договорных обязательств объясняется тем, что указанный договор появился в системе договорных обязательств сравнительно недавно, и, как и всякий новый гражданско-правовой договор, он впитал в себя элементы различных договоров. Поэтому в договоре коммерческой концессии можно увидеть отдельные условия, присущие лицензионному договору (предоставление

¹⁷³ Пугинский Б.И. Коммерческое право России. – М., 2000, С.С. 217-218, цит. по указ. соч. Брагинского М.И., Витрянского В.В., С. 962.

¹⁷⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В., С. 962.

права на использование исключительных прав); договору простого товарищества (сотрудничество правообладателя и пользователя, направленное на достижение общего результата); договору комиссии и агентскому договору (совершение пользователем сделок и иных юридических и фактических действий, объективно способствующих удовлетворению интересов правообладателя) и некоторым иным гражданско-правовым договорам. Вместе с тем, как правильно отмечает Е.А. Суханов, “договор коммерческой концессии (франчайзинга) не относится к числу смешанных (комплексных) договоров в смысле п. 3 ст. 421 ГК. Не является он и разновидностью известных гражданскому праву договоров, на базе которых он развивался. В соответствии с ГК договор коммерческой концессии представляет собой вполне самостоятельный вид гражданско-правового договора...”¹⁷⁶. Данный вывод имеет то практическое последствие, что при отсутствии среди норм, содержащихся в гл. 54 ГК, специальных правил, регулирующих правоотношения, вытекающие из договора коммерческой концессии, исключается применение каких-либо иных норм, предназначенных для регламентации других договорных обязательств. В этом случае субсидиарному применению подлежат лишь общие положения об обязательствах и договорах¹⁷⁷.

Пожалуй, наиболее убедительные доводы о том, что договор коммерческой концессии является самостоятельным видом гражданско-правовых договоров, приведены в работе М.И. Брагинского и В.В. Витрянского. Так, данные авторы выделяют следующие характерные черты (признаки) договора коммерческой концессии, отличающие его от прочих договоров:

- в качестве обеих сторон договора коммерческой концессии могут выступать лишь лица, осуществляющие предпринимательскую деятельность;

¹⁷⁵ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 635-637.

¹⁷⁶ Гражданское право: В 2 т. Том II полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., переработанное и дополненное – М., 1999, С. 581, цит. по указ. соч. Брагинского М.И., Витрянского В.В., С. 965, 966.

¹⁷⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С.С. 965, 966.

- необходимым элементом предмета договора коммерческой концессии является предоставление правообладателем пользователю комплекса исключительных прав;
- по договору коммерческой концессии пользователю предоставляется лишь право использовать соответствующие исключительные права, принадлежащие правообладателю, без их передачи (уступки) контрагенту;
- принципиальное значение имеет цель предоставления пользователю права использовать комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю. С одной стороны, комплекс исключительных прав должен использоваться в предпринимательской деятельности пользователя. С другой стороны, правообладатель, заключая договор коммерческой концессии, также преследует цель создания производственной, торговой или сбытовой сети для продвижения своих товаров или услуг, расширения рынка их сбыта;
- значительной спецификой отличаются содержание договора коммерческой концессии, круг прав и обязанностей сторон этого договора;
- несмотря на полную экономическую зависимость от правообладателя, пользователь сохраняет юридическую самостоятельность и действует в имущественном обороте от своего имени при условии информирования покупателей (заказчиков) о том, что он использует исключительные права правообладателя;
- особые взаимоотношения, складывающиеся между правообладателем и пользователем, делают необходимыми специальные правила, исключаящие ситуацию, когда деятельность пользователя способствует ужесточению конкуренции на рынке соответствующих товаров (работ, услуг) либо наносит ущерб интересам правообладателя¹⁷⁸.

Нельзя не отметить, что в юридической науке в последние годы предпринимаются безуспешные попытки выделить особый класс договоров, который предлагается именовать договорами об использовании исключительных прав и ноу-хау. В эту группу договоров предлагается включать, наряду с договорами об уступке патента, лицензионными

договорами, договорами о передаче ноу-хау и некоторыми другими типами договоров, также и договор коммерческой концессии. Так, И.А. Зенин пишет: “Договоры об использовании исключительных прав и ноу-хау, взятые вместе, внешне напоминают договоры и купли-продажи, и найма (аренды), и подряда. Нередко они и именуются таковыми, а также договорами доверительного управления, коммерческой концессии и т.д. Иногда их квалифицируют и как договоры особого рода (*sui generis*). На самом деле эти договоры разделяются на ряд самостоятельных типов и видов, образуя сформировавшийся в последние десятилетия во всем мире особый класс договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау”¹⁷⁹. Ни в коем случае не оценивая в целом обоснованность выделения нового класса договоров в рамках традиционной классификации гражданско-правовых договоров (видимо, это дело будущего), все же заметим, что предмет договора коммерческой концессии, а также совершенно определенные **цели** (выделено мной – авт.) участников этого договора далеко выходят за пределы использования исключительных прав и ноу-хау¹⁸⁰.

А.А. Иванов также подчеркивает, что особая цель договора коммерческой концессии (которая не указана в легальном определении договора коммерческой концессии) является решающим фактором при выделении договора коммерческой концессии в самостоятельный вид договоров. Указанный автор считает, что цель договора коммерческой концессии - содействие продвижению на рынке определенного рода товара (работы, услуги)¹⁸¹.

Аналогичная цель договора коммерческой концессии выделяется и другими авторами, например Л.Ю. Василевской: “Цель коммерческой концессии – содействовать продвижению на рынке определенных товаров (работ и услуг), производимых (продаваемых) правообладателем. Такая цель

¹⁷⁹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 966-967.

Гражданское право: В 2 т. Том II полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., переработанное и дополненное – М., 1999, С. 581, цит. по указ. соч. Брагинского М.И., Витрянского В.В., С. 968, 969.

¹⁸⁰ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 969.

договора вытекает из п. 2 ст. 1027, ст. 1030, п. 2 ст. 1031, ст. 1032 ГК РФ. Пользователь обычно выступает и в качестве производителя (продавца) этих товаров (работ и услуг), которые уже хорошо разрекламированы»¹⁸².

Здесь, однако, следует отметить, что ГК РФ не предъявляет дополнительных требований к правообладателю (т.е. правообладатель не обязан быть производителем, продавцом товаров, работ, услуг) помимо того, что он должен являться коммерческой организацией, либо частным предпринимателем, а также быть обладателем определенного комплекса исключительных прав. Договор коммерческой концессии не всегда ориентирован на распространение товаров, работ и услуг, производителем или продавцом которых является именно правообладатель. Приведенная выше позиция, касающаяся цели договора коммерческой концессии, вероятно, обусловлена сопоставлением договора коммерческой концессии с франчайзингом первого поколения, т.е. товарным франчайзингом, в рамках которого франчайзер предоставлял франчайзи исключительное право на распространение товара франчайзера на определенной территории.

По мнению автора, **цель договора коммерческой концессии** (который является аналогом договора франчайзинга бизнес-формата¹⁸³) – предоставление пользователю разработанной правообладателем технологии ведения предпринимательской деятельности по реализации товаров (работ, услуг), а также прав на использование принадлежащих правообладателю средств индивидуализации участников гражданского оборота и других объектов исключительных прав, в обмен на долю в доходах, получаемых пользователем от использования такой технологии.

М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что “в системе гражданско-правовых договоров договор коммерческой концессии может быть отнесен (с некоторыми оговорками) к категории договоров о возмездном оказании услуг. Предоставление пользователю права на

¹⁸¹ ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997, С. 637.

¹⁸² Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002, С. 399.

использование комплекса исключительных прав, принадлежащих правообладателю в сочетании с обязанностями последнего передавать пользователю техническую и коммерческую документацию, инструктировать и обучать его работников, оказывать консультационное содействие, действительно представляет собой определенную услугу со стороны правообладателя»¹⁸³. Однако такая позиция оставляет без должного внимания другой весьма важный элемент договора коммерческой концессии – лицензионный, т.е. предоставление прав на использование объектов исключительных прав. Предоставление исключительных прав выходит за рамки оказания услуг (услуги – совершение определенных действий или осуществление деятельности – п. 1 ст. 779 ГК РФ). Если же рассматривать договор коммерческой концессии как договор, содержащий элементы и договора на оказание услуг, и лицензионного договора, напрашивается вывод о том, что договор коммерческой концессии является смешанным договором.

Однако в конечном итоге, учитывая тот факт, что такие элементы договора коммерческой концессии, как предмет, объект, цель и содержание, образуют собой такое специфическое сочетание, которое характерно только для договора коммерческой концессии, представляется, что договор коммерческой концессии является новым самостоятельным видом договоров в российском гражданском праве.

Определенной спецификой обладают требования законодателя к **форме и регистрации договора коммерческой концессии**.

Договор должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение письменной формы договора коммерческой концессии влечет его недействительность (ничтожность) – п. 1 ст. 1028 ГК РФ. Представляется, что такие требования связаны со сложностью данной сделки, многообразием ее условий, закрепить которые иначе как в письменной форме не представляется возможным.

¹⁸³ Об этом см. параграф 1.1. настоящей работы.

¹⁸⁴ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 968.

Помимо письменной формы договора коммерческой концессии, законодатель также предъявляет требования по регистрации такого договора. **Любой договор коммерческой концессии должен быть зарегистрирован** в органе, осуществившем регистрацию правообладателя в качестве юридического лица, либо индивидуального предпринимателя. Если правообладатель зарегистрирован в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя в иностранном государстве, регистрация договора коммерческой концессии осуществляется органом, осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, являющегося пользователем (п. 2 ст. 1028 ГК РФ).

В соответствии со ст. 2 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" (в ред. Федерального закона от 23 июня 2003 г. № 76-ФЗ¹⁸⁵), а также в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 17 мая 2002 г. № 319 Министерство Российской Федерации по налогам и сборам является уполномоченным федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим начиная с 1 июля 2002 г. государственную регистрацию юридических лиц. Соответственно, в случае, если в качестве правообладателя¹⁸⁶ выступает юридическое лицо, регистрацию договоров коммерческой концессии осуществляют налоговые органы. Порядок регистрации налоговыми органами договоров коммерческой концессии (субконцессии) утвержден Приказом МНС РФ от 20 декабря 2002 г. № БГ-3-09/730 "О регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)"¹⁸⁷ (далее по тексту "Порядок регистрации налоговыми органами договоров коммерческой концессии").

В связи с принятием Федерального закона от 23 июня 2003 г. № 76-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон "О государственной регистрации юридических лиц" (Законом № 76-ФЗ в новой редакции изложено название упомянутого закона – "О государственной

¹⁸⁵ "Российская газета" от 25 июня 2003 г. № 122.

¹⁸⁶ Либо пользователя – в случае когда правообладатель зарегистрирован в иностранном государстве.

регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей”), в соответствии с которым государственная регистрация предпринимателей без образования юридического лица возлагается на налоговые органы с 01 января 2004 года, с указанной даты регистрация договоров коммерческой концессии, в которых в качестве правообладателей выступают предприниматели без образования юридического лица, также осуществляется налоговыми органами.

Таким образом, любой договор коммерческой концессии в соответствии с действующим законодательством РФ подлежит регистрации в налоговых органах.

Кроме регистрации в органе, зарегистрировавшем правообладателя (либо в ряде случаев пользователя), согласно абз. 4 п. 2 ст. 1028 ГК РФ **договор коммерческой концессии на использование объекта, охраняемого в соответствии с патентным законодательством, подлежит регистрации также в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков.** Учитывая то, что под “объектами, охраняемыми в соответствии с патентным законодательством” в данном случае подразумеваются не только объекты, охраняемые в соответствии с Патентным законом РФ, но также и товарные знаки и знаки обслуживания, использованная законодателем формулировка является не совсем удачной. Представляется, что в тексте ГК речь должна идти об “объектах, охраняемых в соответствии с патентным законодательством и законодательством о товарных знаках”¹⁸⁸.

В настоящее время федеральным органом исполнительной власти в области патентов и товарных знаков является Российское агентство по патентам и товарным знакам (Роспатент). Регистрация в Роспатенте договоров коммерческой концессии, в соответствии с которыми передаются права на использование объектов, охраняемых в соответствии с патентным законодательством, регламентируется Приказом Роспатента от 29 апреля

¹⁸⁷ “Российская газета” от 25 января 2003 г. № 15 (специальный выпуск).

¹⁸⁸ См. также п. 3 Приложения 2 к настоящей работе.

2003 г. № 64 "О Правилах регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных"¹⁸⁹ (далее по тексту "Правила регистрации договоров в Роспатенте").

Последствия несоблюдения требований о регистрации договора коммерческой концессии в органе, зарегистрировавшем правообладателя, и о регистрации договора коммерческой концессии о передаче объектов, охраняемых в соответствии с патентным законодательством и законодательством о средствах индивидуализации товаров (услуг) в федеральном органе в области патентов и товарных знаков различны: в первом случае стороны не вправе ссылаться на договор в отношениях с третьими лицами до момента его регистрации, во втором случае договор считается ничтожным. К сожалению, не всегда органы судебной власти проводят такое различие: так, например Федеральный Арбитражный суд Дальневосточного округа признал на основании ст. 165 ГК РФ ничтожным договор коммерческой концессии, не прошедший регистрацию в органе, зарегистрировавшем правообладателя¹⁹⁰. Представляется, что такое решение вряд ли можно признать законным и обоснованным. Положения ст. 1028 ГК РФ можно считать специальной нормой по отношению к ст. 165 ГК РФ. При этом законодателем в ст. 1028 ГК РФ особо подчеркиваются различные правовые последствия несоблюдения формы договора коммерческой концессии, несоблюдения требования о регистрации договора коммерческой концессии в органе, зарегистрировавшем правообладателя и последствия несоблюдения требований о регистрации договора в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков. Кроме того, следует обратить внимание, что в то время как в ст. 165 ГК РФ речь идет о

¹⁸⁹ "Российская газета" от 3 июня 2003 г. № 106 (специальный выпуск).

государственной регистрации сделок, в ст. 1028 ГК РФ говорится о **регистрации** договора.

В связи с этим предлагается внести корректировку в содержание ст. 1028 ГК РФ, поясняющую правовые последствия отсутствия регистрации договора коммерческой концессии и изложить абзац 3 п. 2 ст. 1028 ГК РФ в следующей редакции: “Несоблюдение требования о регистрации договора в соответствии с абзацем первым настоящего пункта не влечет его недействительности, однако при этом в отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на договор лишь с момента его регистрации (см. также п. 2 Приложения 2 к настоящей работе).

Следует отметить, что на практике регистрация договоров коммерческой концессии вызывает нарекания у предпринимателей, которые считают данную процедуру бюрократической проволочкой, нарушающей их интересы¹⁹¹. Такие высказывания основываются на чрезвычайно узком понимании смысла регистрации сделок.

Следует согласиться с позицией Н.В. Месяшной: “цель соответствующих требований (о регистрации договора коммерческой концессии – авт.) состоит в том, что они позволяют сделать отношения сторон более определенными, снять основания для споров в будущем по поводу самого факта совершения сделки и ее содержания. Введение норм о государственной регистрации придают акту фиксации сделки публичный характер. Тем самым обеспечивается государственный контроль за содержанием сделки в интересах оборота и третьих лиц, помощь сторонам в понимании правовых последствий совершаемых юридических действий, а также получение информации заинтересованными лицами о совершенных сделках”¹⁹².

¹⁹⁰ См. Постановление Федерального Арбитражного суда Дальневосточного округа от 21.01.2003 № Ф03-А73/02-1/2898 // По данным справочной правовой системы “Консультант +”.

¹⁹¹ См., например, статью “Нужны изменения” // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 35-36.

¹⁹² Месяшная Н.В. Указ. соч., С.С. 125, 126.

Исходя из содержания нормативно-правовых актов, посвященных регистрации договоров коммерческой концессии, следует отметить, что налоговые органы при регистрации договоров коммерческой концессии контролируют лишь соответствие предмета договора действующему законодательству РФ, проверяют принадлежность правообладателю исключительных прав на объекты, передаваемые по договору – фирменное наименование и/или коммерческое обозначение, а также проверяют правосубъектность сторон по договору (т.к. и правообладатель и пользователь должны быть либо коммерческими организациями, либо индивидуальными предпринимателями) – см. п. 1.3. Порядка регистрации налоговыми органами договоров коммерческой концессии. Срок регистрации договора коммерческой концессии налоговыми органами не должен превышать пять рабочих дней с даты представления документов в регистрирующий орган – см. абз. 3 п. 1.2. Порядка регистрации налоговыми органами договоров коммерческой концессии. При этом регистрация договоров коммерческой концессии (а также их изменения и расторжения) осуществляется без взимания за это каких-либо платежей, сборов и т.п.

Глава 5 Правил регистрации договоров в Роспатенте, посвященная особенности регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии) указывает, что Роспатент при регистрации проверяет: правосубъектность сторон договора, принадлежность правообладателю исключительных прав на объекты, охраняемые в соответствии с патентным законодательством и передаваемые по договору коммерческой концессии, наличие в договоре положений о соответствии качества товаров (работ, услуг) пользователя качеству товаров (работ, услуг), производимых (реализуемых) непосредственно правообладателем и о контроле правообладателя за качеством. В соответствующем официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности публикуются следующие сведения: дата и номер регистрации договора; определение сторон договора; предмет договора; объем передаваемых прав.

Следует отметить, что для российского законодательства традиционен подход, когда сделки с объектами исключительных прав, подлежащими обязательной регистрации, также подлежат регистрации под страхом их недействительности. Так, например, регистрации подлежит товарный знак и договоры о его уступке и передаче прав на его использование. Регистрации подлежат как изобретения, полезные модели и промышленные образцы, так и лицензионные договоры на их использование. Учитывая, что в соответствии с российским законодательством фирменное наименование как объект исключительных прав регистрируется органом, осуществляющим регистрацию юридических лиц, вполне естественно, что регистрация передачи прав на фирменное наименование по договору коммерческой концессии также осуществляется этим органом. Таким образом, требования о регистрации договора коммерческой концессии не являются проявлением особого подхода законодателя к специальному регулированию именно коммерческой концессии, а вполне согласуется с общими требованиями российского гражданского законодательства о регистрации сделок с объектами исключительных прав.

Учитывая изложенное, государственная регистрация договоров коммерческой концессии представляется необходимой процедурой. В рамках такой регистрации проверяется право сторон на заключение договора коммерческой концессии (в т.ч. их правосубъектность, принадлежность передаваемых исключительных прав правообладателю) и при положительном результате такое право официально подтверждается компетентными органами путем регистрации договора. Такая проверка в первую очередь соответствует интересам сторон, т.к. позволяет многократно снизить вероятность возникновения конфликтных ситуаций (связанных, например, с отсутствием в действительности у правообладателя исключительных прав на передаваемый объект), возникновения серьезных убытков для сторон.

С точки зрения публичного интереса, регистрация договоров коммерческой концессии является превентивной мерой, направленной на

недопущение заключения договоров коммерческой концессии ненадлежащими субъектами, договоров, условия которых противоречат императивным нормам законодательства РФ (например, договора, в соответствии с которым передаются права на использование товарного знака, однако в котором при этом отсутствуют положения о требованиях к качеству товаров и о контроле правообладателя за качеством товара), а также на недопущение введения в заблуждение потребителей. Регистрация договоров коммерческой концессии, изменения и расторжения договоров коммерческой концессии способствует фиксации условий договоров (т.к. в регистрирующий орган направляется экземпляр договора, дополнительных соглашений к нему) и таким образом вносит некую положительную статику в соответствующие правоотношения – стороны не вправе “задним числом” расторгнуть, изменить договор коммерческой концессии, и, к примеру, таким образом дать возможность правообладателю избежать субсидиарной (солидарной) ответственности, по требованиям, предъявляемым к нему в соответствии со ст. 1034 ГК РФ.

Все это позволяет признать несостоятельными предложения отдельных авторов об отмене требований по регистрации договоров коммерческой концессии.

3.2. Содержание договора коммерческой концессии

Под содержанием гражданско-правового договора понимается совокупность всех его условий¹⁹³, которые, по сути, представляют собой способ фиксации прав и обязанностей сторон по договору.

Договор коммерческой концессии является взаимным договором - законодателем сформулированы общие обязанности правообладателя и пользователя по договору коммерческой концессии, которым, соответственно, корреспондируют права другой стороны. **Общие обязанности правообладателя** закреплены в ст. 1031 ГК РФ. При этом обязанности, сформулированные в п. 1 означенной статьи являются императивными, т.е. не подлежащими изменению по соглашению сторон, а обязанности пользователя, перечисленные в п. 2 статьи, имеют силу, если договором коммерческой концессии не предусмотрено иное.

Итак, правообладатель обязан:

- передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав.

Как было сказано выше, право на охраняемую коммерческую информацию являются одним из обязательных элементов объекта договора коммерческой концессии. Указанное положение закрепляет примерный перечень практических действий правообладателя, посредством которых он передает пользователю права на охраняемую коммерческую информацию по договору коммерческой концессии;

- выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке.

Следует особо оговорить, о каких лицензиях идет речь. Согласно ст. 7 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ "О лицензировании

отдельных видов деятельности"¹⁹⁴ лицензия как специальное разрешение на осуществление конкретного вида деятельности при обязательном соблюдении лицензионных требований и условий, выданное лицензирующим органом юридическому лицу или индивидуальному предпринимателю, не может быть передана третьим лицам - вид деятельности, на осуществление которого предоставлена лицензия, может выполняться только получившим лицензию юридическим лицом или индивидуальным предпринимателем. В абзаце 3 п. 1 ст. 1031 ГК РФ подразумевается выдача правообладателем пользователю и оформление в установленном порядке лицензий на использование товарного знака (знака обслуживания), принадлежащего правообладателю, в смысле ст. 26 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-I "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (с изменениями от 27 декабря 2000 г., 30 декабря 2001 г., 11, 24 декабря 2002 г.)¹⁹⁵, либо лицензии на иной объект интеллектуальной собственности (например, патент).

Данная норма фактически дублирует обязанность правообладателя по регистрации договора коммерческой концессии в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков (в случае, если такая обязанность возложена на правообладателя в соответствии с абз. 2 п. 2 ст. 1031 ГК РФ), либо утрачивает смысл, если обязанность по регистрации договора коммерческой концессии возложена на пользователя: право на использование объекта промышленной собственности (лицензия) предоставляется правообладателем пользователю уже в силу заключения договора коммерческой концессии, содержащего соответствующее условие, оформление же лицензии в установленном порядке (т.е. регистрация договора в Патентном ведомстве) в последнем случае осуществляется пользователем, а не правообладателем.

¹⁹³ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 986.

¹⁹⁴ "Российская газета" от 10 августа 2001 г. № 153.

¹⁹⁵ Справочная правовая система "ГАРАНТ".

Учитывая изложенное, а также во избежание ненужного дублирования и путаницы по поводу термина “лицензия”, представляется, что указанная норма должна быть исключена из ГК РФ¹⁹⁶.

Кроме того, если договором коммерческой концессии не предусмотрено иное, правообладатель также обязан:

- обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии;
- оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников.

Текущее содействие правообладателя пользователю является важным элементом коммерческой концессии, т.к. в процессе такого содействия правообладатель фактически совершенствует деятельность предприятия пользователя и приближает ее к желаемому идеалу, исправляет возникающие у пользователя в текущей деятельности ошибки и недочеты, а также сообщает пользователю об усовершенствованиях и новшествах, появляющихся во франчайзинговой системе правообладателя.

- контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии.

Контроль за качеством товаров (работ, услуг), производимых пользователем, также является важным элементом коммерческой концессии и, несмотря на то, что контроль за качеством сформулирован в ГК РФ как обязанность правообладателя, на самом деле правообладатель в конечном итоге сам заинтересован в осуществлении такого контроля. Вот что пишет по данному поводу И.П. Янушкевич: “Существуют общие процедуры, свойственные хозяйственным методам ведения бизнеса. Эти элементы системы льготного предпринимательства (коммерческой концессии – авт.) разрабатываются головной фирмой (правообладателем – авт.). Довольный покупатель, чья лояльность завоевана товарами высокого качества или хорошими услугами, передвигаясь по стране, скорее отдает предпочтение

¹⁹⁶ См. п. 6 Приложения 2 к настоящей работе.

тому бизнесу, который проявил о нем большую заботу, чем его конкурент. Несостоявшийся покупатель в одной торговой точке также потерян для всех других. Дисциплина и контроль, сопутствующие бизнесу – существенная часть механизма, с помощью которого достигается успех”¹⁹⁷.

Поддержание общенационального имиджа франшизы принципиально важно для ее успеха, контроль за качеством товаров и услуг в торговых точках является постоянной проблемой, поскольку низкое качество товаров и услуг хотя бы одного франчайзи может нанести огромный урон репутации франшизы¹⁹⁸.

Рассматривая вопрос об обязанностях правообладателя хотелось бы возвратиться к практике правового регулирования коммерческой концессии в иностранных государствах (более подробно об этом см. параграф 2.1. настоящей работы) в части обязательств правообладателя (франчайзера) по раскрытию определенной информации потенциальным пользователям (франчайзи). В связи с этим представляется обоснованным внесение изменений в гл. 54 ГК РФ и введение новой обязанности правообладателя по раскрытию определенного перечня информации потенциальным пользователям перед заключением с ними договора коммерческой концессии в соответствии с требованиями закона о раскрытии информации¹⁹⁹ и принятие соответствующего федерального закона о раскрытии информации о коммерческой концессии на базе модельного закона о раскрытии информации о франшизе, разработанного УНИДРУА²⁰⁰.

Данная позиция, вероятно, вызовет нарекания у предпринимателей, которые сочтут такую обязанность лишним препятствием на пути к распространению и развитию коммерческой концессии в Российской Федерации. Однако хотелось бы отметить, что в России стоит еще только проблема распространения коммерческой концессии (франчайзинга), а в США, например, в период становления франчайзинга обнажилась другая

¹⁹⁷ Янушкевич И.П. Указ. соч., С. 9.

¹⁹⁸ Стэнворт Дж., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе / Пер. с английского под редакцией Л.Н. Павловой – М.: Аудит, ЮНИТИ, 1996, С. 95.

¹⁹⁹ См. п. 5 Приложения 2 к настоящей работе.

проблема, мешающая его развитию – череда банкротств и мошенничеств в сфере франчайзинга, вызванная плохой информированностью пользователей (франчайзи). Именно поэтому автор данной работы предлагает учесть опыт стран, в которых франчайзинг уже получил широкое развитие, а также рекомендации УНИДРУА и ликвидировать потенциальную проблему злоупотреблений в сфере коммерческой концессии в корне.

Также возможен следующий контраргумент против установления обязательств по информированию потенциальных пользователей: согласно абз. 3 п. 1 ст. 2 ГК РФ предпринимательская деятельность осуществляется на свой риск, пользователь является предпринимателем и сам должен нести всю ответственность за вступление в отношения коммерческой концессии. Однако, в данном случае следует учитывать, что в отношениях коммерческой концессии пользователь – по умолчанию более слабая сторона, кроме того коммерческая концессия ориентирована в основном на пользователей, которые являются малыми и средними предпринимателями, а поддержка малого и среднего предпринимательства, в свою очередь, является одной из наиболее задач для нашего государства в данный период времени. В связи с вышеизложенным представляется, что нормы о раскрытии информации в сфере коммерческой концессии должны быть приняты.

Обязанности пользователя сформулированы в п. 1032 ГК РФ. При этом все указанные обязанности пользователя являются императивными, однако в первом абзаце статьи сделана оговорка о том, что данные обязанности исполняются пользователем с учетом характера и особенности деятельности, осуществляемой пользователем по договору коммерческой концессии.

Пользователь обязан:

- использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя указанным в договоре образом;

²⁰⁰ См. Приложение 3 к настоящей работе.

- обеспечивать соответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем;

- соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том числе указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав;

- оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя;

- не разглашать секреты производства правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию;

- предоставить оговоренное количество субконцессий, если такая обязанность предусмотрена договором;

- информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии.

Договор коммерческой концессии является возмездным. Соответственно, **одной из основных обязанностей пользователя по договору коммерческой концессии является выплата вознаграждения правообладателю.**

Основная идея современных форм франчайзинга бизнес-формата заключается в концепции честной сделки, при которой обе стороны получают взаимную выгоду от усилий друг друга и справедливо делят затраты и прибыли от совместной деятельности²⁰¹.

²⁰¹ О. Новосельцев. Указ. соч., С. 106.

Вознаграждение по договору коммерческой концессии может выплачиваться пользователем правообладателю в форме фиксированных разовых или периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи, или в иной форме, предусмотренной договором (ст. 1030 ГК РФ).

По сути, данная норма является диспозитивной, предлагая сторонам договора коммерческой концессии самостоятельно определиться с системой выплаты и размером вознаграждения и закрепить данные условия в договоре. Указанная статья, безусловно, выполняет позитивную функцию, предлагая сторонам договора коммерческой концессии наиболее очевидные варианты установления и взимания вознаграждения по договору.

Традиционно франчайзеры первого поколения получали дополнительный доход от увеличения продаж своих товаров. Франчайзеры бизнес-формата все меньше зависят от продаж поставляемых товаров и все более – от суммы платы за управленческие услуги – основного источника дохода.

Все отчисления (платежи) франчайзи (пользователя) франчайзеру (правообладателю) в соответствии с принятой в России классификацией и правилам бухгалтерского учета можно разделить на:

- разовые, первоначальные единовременные платежи (в литературе по франчайзингу их называют вступительным взносом), которые производятся из собственных (заемных) средств пользователя и рассматриваются как долгосрочные инвестиции капитального характера в нематериальные активы, совершаемые, как правило, до начала выпуска и реализации продукции или услуг по договору коммерческой концессии;

- периодические отчисления²⁰² в зависимости от объемов продаж (оборота, прибыли), которые, в свою очередь, должны рассматриваться как текущие в соответствии с условиями договора, производственные расходы (платежи), связанные с производством и реализацией продукции, что

²⁰² В специальной литературе такие отчисления также именуется “роялти” - авт.

позволяет включать эти периодические отчисления в себестоимость производства работ (оказания услуг).

Размеры первоначального (вступительного) взноса различаются в каждом отдельном случае и могут составлять значительные суммы.

Общепринято мнение, что не существует единых рекомендуемых значений первоначального (вступительного) взноса. Его размер, как правило, соответствует первоначальным затратам на организацию франчайзинга и обычно учитывает следующие управленческие услуги, которые оказываются правообладателем пользователю при покупке франшизы:

- оценка и подбор месторасположения торговой точки для деятельности;
- помощь в переговорах о лизинговом соглашении;
- помощь в подборе транспортных средств, финансирование или лизинг;
- комплекс предметов корпоративной идентификации;
- паблик рилейшн и отношения с прессой;
- обучение персонала;
- обучение управленческому учету и администрированию;
- руководство по управлению;
- учебные материалы и пособия;
- команда поддержки для “запуска” бизнеса;
- финансовое соглашение с банком;
- техническая и правовая поддержка.

Как и в случае с размером вступительного взноса, не существует четкой (определенной, заданной) процентной ставки (суммы) для платежей за управленческие услуги или текущей платы за франшизу²⁰³.

Следует, однако, порекомендовать сторонам договора коммерческой концессии как можно более детально описать в договоре систему

²⁰³ О. Новосельцев. Указ. соч. С.С. 106-108. В указанной статье также рассмотрено несколько возможных схем исчисления вознаграждения по договору коммерческой концессии, которые могут быть полезными для потенциальных сторон договора коммерческой концессии. В настоящей работе данные сведения не приводятся.

исчисления, размер вознаграждения, форму и периодичность уплаты вознаграждения, а также прочих платежей по договору коммерческой концессии, во избежание возникновения в ходе сотрудничества споров и судебных разбирательств. В этом смысле показательны решения судебных органов, отказывавших в исках о принудительном исполнении обязательств по совершению определенных платежей в соответствии с заключенным договором коммерческой концессии в связи с их недостаточной определенностью в тексте договора²⁰⁴.

Статья 1033 ГК РФ прямо допускает возможность установления в договоре коммерческой концессии определенных ограничений прав сторон договора. С частности, договором может быть предусмотрено:

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

При этом пунктом 2 указанной статьи прямо предусмотрен перечень условий, ограничивающих права сторон, которые при включении их в

²⁰⁴ См., например, Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 21.12.1998 N Ф09-1100/98-ГК, от 28.09.1998 N Ф09-821/98-ГК // По данным справочной правовой системы "Консультант +".

договор заведомо являются ничтожными. Так, являются ничтожными условия договора коммерческой концессии в соответствии с которыми:

- правообладатель вправе определять цену продажи товара пользователем или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) пользователем, либо устанавливать верхний или нижний предел этих цен;
- пользователь вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории.

Что касается запрета на установление ограничений, указанных в предыдущем абзаце, то такой запрет не вызывает сомнений – обратное означало бы возможность установления прямых дискриминационных условий в отношении покупателей (заказчиков), не удовлетворяющих определенным критериям, и монопольному разделению рынка.

Запрет же на определение правообладателем цены реализации товаров (работ, услуг) пользователем представляется спорным. С одной стороны, пользователь по договору коммерческой концессии является самостоятельным субъектом, не зависимым корпоративно от правообладателя – в связи с этим он вправе самостоятельно определять цену реализации товаров, работ и услуг. При этом цена реализации формируется из себестоимости товаров, работ и услуг, прочих издержек пользователя, а также исходя из размера желаемой прибыли пользователя. В ходе конкуренции на рынке с другими продавцами аналогичных товаров (работ, услуг) пользователь заинтересован в снижении цены путем снижения издержек, либо собственной прибыли, как следствие – потребители приобретают товар по оптимальной для себя цене. С другой стороны, правообладатель, выступая с экономической точки зрения в роли оператора сетевого проекта, заинтересован в проведении определенной ценовой политики в своей сети, ее дифференциации исходя из конкретных условий (регион, место расположения торговой точки пользователя и т.п.).

Представляется, что предоставление правообладателю права определять цену товаров (работ, услуг), реализация которых осуществляется пользователем, не может по умолчанию привести к каким-либо негативным последствиям. Кроме того, запрет, содержащийся в абзаце 3 п. 2 ст. 1033 ГК РФ применительно к установлению цены на товар, можно преодолеть не включая условие о ценообразовании в договор коммерческой концессии. При этом условие об установлении правообладателем цены товара, реализуемого пользователем, возможно включить в договор комиссии, заключенный между правообладателем и пользователем, соответственно, как между комитентом и комиссионером – ведь по договору комиссии комитент вправе давать указания комиссионеру по какой цене продавать товар.

В случае же реального нанесения ущерба конкуренции в действие могут вступить общие нормы, содержащиеся в антимонопольном законодательстве. Этому существует прямое подтверждение - последний абзац п. 1 статьи 1033 ГК РФ предусматривает общее правило, в соответствии с которым 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. Представляется, что такие условия могут быть признаны недействительными соответствующим судом в порядке искового производства.

Ответственность сторон по договору коммерческой концессии. Стороны договора коммерческой концессии несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств по договору в соответствии с общими положениями, предусмотренными ст. 393 ГК РФ, если какие-либо особые условия ответственности сторон не сформулированы в самом договоре коммерческой концессии.

Определенная специфика ответственности сторон по договору коммерческой концессии предусмотрена ст. 1034 ГК РФ для правообладателя. Так, правообладатель:

1. Несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии.

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

При этом в первом случае правообладатель несет субсидиарную, т.е. дополнительную ответственность перед покупателями товаров (работ, услуг) (ст. 399 ГК РФ) и покупатели вправе предъявить претензии к правообладателю только в том случае, если их требования не были удовлетворены пользователем.

Во втором случае правообладатель и пользователь являются солидарными должниками перед покупателями товаров (работ, услуг). При этом покупатели вправе требовать исполнения как от всех должников (в нашем случае - правообладателя и пользователя) совместно, так и от любого из них в отдельности, притом как полностью, так и в части долга – п. 1 ст. 323 ГК РФ.

Положения о субсидиарной и солидарной ответственности правообладателя по требованиям, предъявляемым к должнику, подвергаются серьезной критике со стороны предпринимателей, осуществляющих и стремящихся осуществлять свой бизнес с использованием коммерческой концессии. Данные положения, в частности, называются в качестве одного из факторов, сдерживающих развитие коммерческой концессии в России²⁰⁵.

Следует отметить, что такая критика не лишена оснований. С одной стороны, как верно отмечается некоторыми авторами, данные положения направлены на защиту прав **потребителей**. Вот что пишет по данному вопросу Л.А. Трахтенгерц: “Указанные положения направлены на повышение гарантий интересов потребителей. Вступая в отношения с

²⁰⁵ См., например, статью “Нужны изменения” // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50), С. 35.

пользователем, потребитель вправе рассчитывать на получение результата, эквивалентного тому, который он получил бы, имея дело непосредственно с правообладателем»²⁰⁶.

Следует отметить, что в качестве покупателя концессионных товаров (работ, услуг) могут выступать не только потребители в смысле Закона РФ «О защите прав потребителей»²⁰⁷ (т.е. граждане, имеющие намерение заказать или приобрести либо заказывающие, приобретающие или использующие товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности), но и субъекты, приобретающие (заказывающие) товары (работы, услуги) для целей, связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности. Согласно ст. 2 ГК РФ, предпринимательская деятельность осуществляется на свой риск. Профессиональный предприниматель обязан самостоятельно оценивать все потенциальные риски, в т.ч. оценить своего контрагента: изучить его учредительные, финансовые документы и уяснить его статус, в т.ч. определить, что данный субъект использует исключительные права на основании договора коммерческой концессии. Таким образом, в случае, когда товары (работы, услуги) приобретаются у пользователя для целей осуществления предпринимательской деятельности, установление дополнительной (субсидиарной, либо солидарной) ответственности для правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователям субъектами предпринимательской деятельности, а не потребителями, представляется необоснованным. В связи с изложенным, предлагается внести коррективы в положения ст. 1034 ГК РФ, и оговорить, что правообладатель отвечает субсидиарно (солидарно) лишь по требованиям, предъявляемым к нему потребителями (в значении, определенном в Законе РФ о защите прав потребителей). Также, по мнению автора, целесообразно уточнить в ст. 1034

²⁰⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный). – 4-е изд, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики /Рук. авт. коллектива и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О.Н. Садиков. – М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: ИНФРА-М, 2003, С. 744.

ГК РФ, что в случае удовлетворения правообладателем обоснованных требований со стороны потребителей товаров (работ, услуг) пользователя, правообладатель вправе предъявить пользователю регрессное требование о возмещении понесенных правообладателем расходов, связанных с удовлетворением таких требований²⁰⁸. В настоящий момент, при отсутствии данной нормы в ГК РФ, стороны договора коммерческой концессии вправе включить в него условие, в соответствии с которым, например, в случае предъявления соответствующих обоснованных претензий со стороны третьих лиц к правообладателю и удовлетворения таких требований правообладателем, пользователь возмещает правообладателю все понесенные последним расходы, а также выплачивает неустойку в определенном размере в связи с нарушением условий договора коммерческой концессии о поддержании качества товаров (работ, услуг).

В ряде случаев правообладатель может передавать пользователю по договору коммерческой концессии не только право на использование комплекса исключительных прав в деятельности пользователя, но и право передавать этот комплекс (или его часть) в пользование третьим лицам. Подобная схема работы в мировой практике известна как мастер-франчайзинг. В терминологии российского законодательства речь идет о **коммерческой субконцессии**.

Правовому регулированию коммерческой субконцессии посвящена ст. 1029 ГК РФ. Сделка коммерческой субконцессии является вторичной по отношению к сделке коммерческой концессии и как следствие – зависимой от нее. Выражается это в том, что:

- пользователь вправе передавать в пользование третьим лицам предоставленный ему комплекс исключительных прав (или его часть) на условиях, согласованных с правообладателем (либо закрепленных в договоре коммерческой концессии),

²⁰⁷ Закон Российской Федерации "О защите прав потребителей" (с изменениями от 17 декабря 1999 г., 30 декабря 2001 г.) // Справочная правовая система "ГАРАНТ".

²⁰⁸ См. п. 4 Приложения 2 к настоящей работе.

- договор коммерческой субконцессии не может быть заключен на более длительный срок, чем договор коммерческой концессии, на основании которого он заключается.

- если договор коммерческой концессии является недействительным, недействительны и заключенные на основании него договоры коммерческой субконцессии.

Данные положения отвечают одному из основных принципов цивилистики “никто не может передать прав больше, чем имеет сам”.

Зависимость сделки коммерческой субконцессии от сделки коммерческой концессии порождает зависимость вторичного пользователя от судьбы сделки коммерческой концессии. В связи с этим законодатель предоставил для вторичного пользователя определенные гарантии: в случае прекращения договора коммерческой концессии, заключенного на неопределенный срок (либо досрочного прекращения договора коммерческой концессии, заключенного на определенный срок), права и обязанности вторичного правообладателя по договору субконцессии переходят к первичному правообладателю, если последний не откажется от принятия на себя таких прав и обязанностей, т.о. происходит трансформация договора субконцессии в договор концессии между правообладателем и вторичным пользователем²⁰⁹. Однако, в договоре коммерческой концессии также может быть установлено ограничение на возможность такого перехода. В связи с этим участь вторичного пользователя представляется незавидной – даже в случае добросовестного исполнения им своих обязательств по договору коммерческой субконцессии он живет под страхом утраты права использования полученного комплекса исключительных прав в связи с нарушением вторичным правообладателем своих обязательств по договору с первичным правообладателем.

Предоставление прав, полученных пользователем по договору коммерческой концессии, на условиях субконцессии в соответствии у

²⁰⁹ Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный) Под ред. О.Н. Садикова, С. 619.

условиями договора коммерческой концессии может являться как правом, так и обязанностью пользователя – п. 1 ст. 1029 ГК РФ.

В договоре коммерческой концессии может быть предусмотрено ограничение ответственности пользователя перед правообладателем за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей. По умолчанию пользователь отвечает перед правообладателем за такой вред субсидиарно – п. 4 ст. 1029 ГК РФ.

Во всем остальном к договору коммерческой субконцессии применяются правила, предусмотренные для договора коммерческой концессии, если иное не вытекает из особенностей субконцессии и не противоречит сути субконцессии – п. 5 ст. 1029 ГК РФ.

3.3. Срок действия, изменение и прекращение договора коммерческой концессии.

Договор коммерческой концессии может быть заключен сторонами как на определенный, так и на неопределенных срок (п. 1 ст. 1027 ГК РФ).

По общему правилу, договор коммерческой концессии, заключенный на определенный срок может быть досрочно расторгнут по соглашению сторон, по инициативе одной из сторон в случае существенного нарушения договора другой стороной, а также в других случаях, прямо предусмотренных ГК РФ, другими законами или договором – ст. 450 ГК РФ.

Договор, заключенный без указания срока (т.е. заключенный на неопределенный срок) может быть расторгнут по инициативе любой из сторон. При этом сторона, желающая расторгнуть договор, обязана уведомить другую сторону о расторжении договора за шесть месяцев до предполагаемой даты расторжения, если договором коммерческой концессии не предусмотрен более продолжительный срок – п. 1 ст. 1037 ГК РФ. Из указанной нормы следует, что стороны не вправе установить в договоре, заключенном на неопределенный срок, более короткий срок для уведомления о желании расторгнуть договор. Это, по всей видимости, связано с желанием

законодателя внести стабильность в отношения сторон по договору коммерческой концессии, заключенному на неопределенный срок.

Общие положения об изменении договоров закреплены в главе 29 ГК РФ. Статья 1036 ГК РФ, посвященная изменению договора коммерческой концессии, содержит прямую отсылку на нормы главы 29 ГК РФ, таким образом специальных норм об изменении договора коммерческой концессии (за исключением требований о регистрации изменений) не предусмотрено. Изменения к договору коммерческой концессии совершаются в той же форме, что и договор, т.е. в письменной форме.

Законодателем предусмотрено, что подлежат регистрации²¹⁰ в порядке, установленном пунктом 2 ст. 1028 ГК РФ:

- изменение договора коммерческой концессии (абз. 2 ст. 1036 ГК РФ). При этом в отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на изменение договора лишь с момента регистрации этого изменения, если не докажут, что третье лицо знало или должно было знать об изменении договора ранее;
- досрочное расторжение договора коммерческой концессии, заключенного с указанием срока;
- расторжение договора, заключенного без указания срока – п. 2 ст. 1037 ГК РФ.

Установление обязательной регистрации изменений договора коммерческой концессии вполне логично (изменения договора коммерческой концессии являются его неотъемлемой частью, а сам договор подлежит регистрации) и преследует те же цели, что и регистрация договора коммерческой концессии. В широком смысле досрочное расторжение договора коммерческой концессии, заключенного с указанием срока и расторжение договора, заключенного без указания срока, также являются изменением договора (а именно – изменением условия о сроке договора), в связи с этим данные юридические факты также подлежат государственной регистрации.

В течение срока действия договора коммерческой концессии возможны различные изменения, связанные как с субъектами (сторонами) договора, так и с объектом договора коммерческой концессии. Правовые последствия некоторых таких изменений прямо предусмотрены положениями главы 54 ГК РФ.

В частности, предусмотрены правовые **последствия** следующих **изменений, касающихся субъектов (сторон)** договора коммерческой концессии:

- объявление правообладателя или пользователя несостоятельным (банкротом) (п. 4 ст. 1037 ГК РФ). В данном случае договор коммерческой концессии прекращается.

- смерть правообладателя (п. 2 ст. 1038 ГК РФ). В этом случае его права и обязанности по договору коммерческой концессии переходят к наследнику при условии, что он зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя. В противном случае договор коммерческой концессии прекращается. Данное положение относится к случаю, когда в качестве правообладателя выступает физическое лицо – индивидуальный предприниматель. Как было указано выше, законодатель предъявляет особые требования к субъектам договора коммерческой концессии – они должны быть профессиональными предпринимателями (юридическими лицами – коммерческими организациями, либо физическими лицами – индивидуальными предпринимателями). В связи с этим приобрести права и обязанности по договору коммерческой концессии может только наследник, обладающий вышеозначенной специальной правосубъектностью, либо приобретший ее в течение указанного в законе срока. Осуществление прав и исполнение обязанностей умершего правообладателя до принятия наследником этих прав и обязанностей или до регистрации наследника в качестве индивидуального предпринимателя осуществляется управляющим.

²¹⁰ Более подробно о регистрации договора коммерческой концессии см. параграф 3.1. настоящей работы.

Также в главе 54 ГК РФ предусмотрены правовые **последствия** отдельных **изменений, связанных с объектами**, права на использование которых передаются по договору коммерческой концессии:

- переход к другому лицу какого-либо исключительного права, входящего в предоставленный пользователю комплекс исключительных прав (п. 1 ст. 1038 ГК РФ). Основаниями для такого перехода могут являться, например, реорганизация правообладателя с передачей фирменного наименования новому субъекту, либо уступка исключительных прав на товарный знак.

Данный юридический факт не является основанием для изменения или расторжения договора коммерческой концессии. Новый правообладатель становится стороной этого договора в части прав и обязанностей, относящихся к перешедшему исключительному праву.

- изменение правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения, права на использование которых входят в комплекс исключительных прав, переданный по договору коммерческой концессии (ст. 1039 ГК РФ). В этом случае договор коммерческой концессии действует в отношении нового фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя, если пользователь не потребует расторжения договора и возмещения убытков. При этом, в случае продолжения действия договора, пользователь вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

- прекращение исключительного права, пользование которым предоставлено по договору коммерческой концессии (ст. 1040 ГК РФ). Такое прекращение может наступить в связи с истечением срока действия исключительного права (например, в связи с истечением срока действия регистрации товарного знака - абз. 1 п. 1 ст. 29 Закона РФ о товарных знаках), либо по иным основаниям (например, в связи с признанием недействительным предоставления правовой охраны товарному знаку – ст. 28 Закона РФ о товарных знаках). В данном случае договор коммерческой

концессии продолжает действовать, за исключением положений, относящихся к прекратившемуся праву. При этом пользователь, если иное не предусмотрено договором, вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

Изъятие из данного правила предусмотрено для случаев прекращения принадлежащих правообладателю исключительных прав на фирменное наименование или коммерческое обозначение (абз. 2 ст. 1040 ГК РФ). В случае, если право на фирменное наименование или коммерческое обозначение прекращается вообще (т.е. без замены их новыми аналогичными правами), то наступают последствия, предусмотренные п. 3 ст. 1037 ГК РФ – договор коммерческой концессии прекращается²¹¹. Данное положение обусловлено тем, что в соответствии с диспозицией ст. 1028 ГК РФ права на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение являются обязательным элементом договора коммерческой концессии.

Согласно ст. 1035 ГК РФ, по истечении срока договора (заключенного на определенный срок – авт.) пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет право на заключение договора на новый срок на тех же условиях. Правообладатель вправе отказать пользователю в заключении договора на новый срок лишь при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока договора он не будет предоставлять третьим лицам аналогичный комплекс исключительных прав (посредством заключения договора коммерческой концессии, либо посредством субконцессии) на территории действия старого договора. Если же в течение трех лет с момента истечения срока договора правообладатель пожелает предоставить кому-либо аналогичные права, он обязан предложить пользователю заключить новый договор (при этом условия нового договора должны быть не менее благоприятны для пользователя, чем условия старого договора), либо возместить понесенные им убытки.

²¹¹ Следует отметить, что в диспозиции ст. 1040 ГК РФ, вероятно, допущена ошибка. В абзаце втором статьи идет речь о наступлении последствий, “предусмотренных пунктом 2 статьи 1037 ГК РФ”, а в п. 2 означенной статьи речь идет о **регистрации расторжения** договора коммерческой концессии. О

Данное положение является по сути льготой, предусмотренной для добросовестного пользователя. Обусловлено это, вероятно, тем, что пользователь обычно после заключения договора коммерческой концессии и “вливания” в сеть правообладателя несет значительные расходы на аренду (или даже покупку), ремонт помещения, закупку оборудования и товаров. Однако при этом такое условие ограничивает интересы правообладателя и нивелирует условие об определенном сроке действия договора коммерческой концессии.

Во-первых, правообладатель вправе отказать пользователю в заключении договора коммерческой концессии на новый срок лишь в случае, если правообладатель решит не передавать аналогичные права на определенной территории третьим лицами (т.е. вести дело на указанной территории самостоятельно, либо не вести его вообще).

Следует отметить, что не всегда желание сотрудничать с контрагентом-пользователем может ставиться в зависимость от формального надлежащего исполнения последним своих обязательств по договору коммерческой концессии. Таким образом правообладатель по окончании срока договора коммерческой концессии может быть заинтересован в сотрудничестве с пользователем, финансовые и прочие ресурсы которого могут позволить наладить более эффективный бизнес, нежели чем у предыдущего пользователя.

Во-вторых, согласно положений ст. 1035 ГК РФ, условия вновь заключаемого договора коммерческой концессии должны быть не менее благоприятными (как минимум – теми же) для пользователя, что и условия прекратившегося договора. Данное положение необоснованно ограничивает волю правообладателя на формулирование условий договора. В конце концов, развитие бизнеса и повышение его доходности вследствие “раскрутки” комплекса исключительных прав могут дать основание правообладателю для пересмотра размера, либо системы уплаты

прекращении договора коммерческой концессии в связи с прекращением прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение речь идет в п. 3 указанной статьи.

вознаграждения по договору коммерческой концессии. С другой стороны, сам пользователь в течение срока действия договора коммерческой концессии также “раскручивает” комплекс исключительных прав, принадлежащий правообладателю, а также реализуя товары (работы, услуги) высокого качества в процессе надлежащего исполнения своих обязательств по договору коммерческой концессии укрепляет деловую репутацию правообладателя. Судя по всему право, на заключение договора на новый срок предоставлено пользователю также и по этому основанию. Однако не вполне обоснованным представляется право пользователя заключить договор на новый срок на тех же (либо не менее благоприятных) условиях.

Как верно отмечает И. Минеева, требования ст. 1035 ГК РФ, по сути, являются дискриминационными по отношению к франчайзеру. “Договор франчайзинга заключается обычно на срок 5-10 лет, за это время экономическая ситуация может сильно измениться. Кроме того, франчайзер может иметь достаточно оснований не возобновлять договор с данным франчайзи”²¹².

Здесь целесообразно провести аналогию с арендой – арендатор по истечении срока договора аренды **имеет при прочих равных условиях преимущественное право** на заключение договора аренды на новый срок. В связи с этим представляется обоснованным включения аналогичного положения применительно к договору коммерческой концессии и изложить ст. 1035 ГК РФ в следующей редакции: “1. Пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет по истечении срока договора коммерческой концессии право на заключение договора **на новый срок**.

2. Правообладатель вправе отказать в заключении договора коммерческой концессии на новый срок при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры коммерческой концессии и соглашаться на

²¹² Ирина Минеева. Успех и неуспех франшизы – составляющие очевидны. // Газета “Бизнес Адвокат” № 6 (78) март 2000, С. 12.

заключение аналогичных договоров коммерческой субконцессии, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор. В случае, если до истечения трехлетнего срока правообладатель пожелает предоставить кому-либо те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, он обязан предложить пользователю заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки. При заключении нового договора пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности по договору коммерческой концессии, имеет при прочих равных условиях преимущественное перед другими лицами право на заключение договора на новый срок»²¹³.

Следует отметить, что такое изменение по умолчанию, конечно же, в меньшей степени учитывает интересы добросовестного пользователя, который, по мнению отдельных авторов, является более слабой стороной в договоре коммерческой концессии²¹⁴. Однако при этом расширяется возможность для сторон самостоятельно регулировать данный вопрос в договоре коммерческой концессии (в соответствии с основным методом цивилистики – диспозитивным), например, пользователь может настаивать на включении в договор условия о своем праве на заключение договора коммерческой концессии на новый срок на не менее благоприятных для себя условиях.

По итогам третьей главы работы представляется возможным сформулировать следующие основные выводы:

1. Договор коммерческой концессии является консенсуальным, взаимным, возмездным.
2. Законодатель предъявляет особые требования к статусу субъектов договора коммерческой концессии – они должны быть профессиональными предпринимателями (коммерческими организациями, либо предпринимателями без образования юридического лица).

²¹³ Об этом см. также п. 8 Приложения 2 к настоящей работе.

²¹⁴ См., например, Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 1019.

3. Предметом договора коммерческой концессии являются действия, которые в соответствии с условиями договора должны совершить обязанные стороны (правообладатель и пользователь).

4. Объектом договора коммерческой концессии является комплекс исключительных прав, обязательными элементами которого в соответствии с действующим законодательством РФ являются: право на фирменное наименование и (или) право коммерческое обозначение и право на охраняемую коммерческую информацию, а факультативными – право на товарный знак, знак обслуживания и иные объекты исключительных прав.

Выделение законодателем таких категорий как “деловая репутация” и “коммерческий опыт”, которые не являются объектами исключительных прав, обусловлено, вероятно, желанием законодателя подчеркнуть экономическую сущность договора коммерческой концессии, в соответствии с которой посредством передачи комплекса исключительных прав правообладатель по сути делится с пользователем своим коммерческим опытом и позволяет использовать свою деловую репутацию.

5. Цель договора коммерческой концессии - предоставление пользователю разработанной правообладателем технологии ведения предпринимательской деятельности по реализации товаров (работ, услуг), а также прав на использование принадлежащих правообладателю средств индивидуализации участников гражданского оборота и других объектов исключительных прав, в обмен на долю в доходах, получаемых пользователем от использования такой технологии.

6. Учитывая то, что предмет, объект и цель договора коммерческой концессии образуют собой специфическое сочетание, характерное только для договора коммерческой концессии, договор коммерческой концессии следует рассматривать как новый самостоятельный вид гражданско-правовых договоров.

Из этого следует, что в правоприменительной практике в случае отсутствия специальных норм, регулирующих отношения коммерческой

концессии, субсидиарному применению подлежат лишь общие нормы о договорах и обязательствах, а не нормы о других видах договоров.

7. По договору коммерческой концессии передается право на фирменное наименование, а не фирменное наименование, поскольку фирменное наименование неотчуждаемо от владеющего им субъекта, за исключением случаев реорганизации субъекта. При этом по договору коммерческой концессии обычно передается право на вспомогательную часть фирменного наименования (фирму), то есть оригинальное название, индивидуализирующее субъекта, указываемое после основной части фирменного наименования (организационно-правовой формы).

Конкретные правомочия по использованию фирменного наименования, которые могут быть переданы пользователю по договору коммерческой концессии, закреплены в п. 8 Положения о фирме 1927 г.: право на фирму состоит в праве исключительного пользования фирменным наименованием в сделках, на вывесках, в объявлениях, рекламах, на бланках, на счетах, на товарах предприятия, их упаковке и т.п.

8. Несмотря на то, что в действующем законодательстве РФ содержится указание на коммерческое обозначение как на самостоятельный объект исключительных прав, в законодательстве отсутствуют нормы, регламентирующие его правовой режим. Средства индивидуализации субъектов гражданского оборота (фирменные наименования) и производимых ими товаров, услуг (товарные знаки и знаки обслуживания) уже охраняются российским законодательством. При этом у Российской Федерации отсутствуют международно-правовые обязательства вводить правовую охрану коммерческих обозначений.

Учитывая это, представляется, что российский законодатель должен отказаться от категории коммерческого обозначения в пользу традиционных для российского права объектов интеллектуальной собственности – фирменных наименований и товарных знаков (знаков обслуживания) и внести соответствующие изменения в нормативно-правовые акты.

9. В связи с неопределенностью правового режима коммерческого обозначения, потенциальными проблемами при защите исключительных прав на фирменное наименование, а также учитывая зарубежную практику правового регулирования франчайзинга, представляется необходимым скорректировать положения об обязательных объектах, передаваемых по договору коммерческой концессии, и в качестве договоров коммерческой концессии рассматривать договоры, в соответствии с которыми передаются права на фирменное наименование и (или) товарный знак (знак обслуживания) и охраняемую коммерческую информацию, а также внести в законодательство соответствующие изменения.

10. Под охраняемой коммерческой информацией, права на использование которой передаются по договору коммерческой концессии, подразумевается информация, составляющая коммерческую (служебную) тайну, одной из разновидностей которой является секреты промысла (ноу-хау), которые в подавляющем большинстве случаев и передаются по договору коммерческой концессии.

Содержание охраняемой коммерческой информации, права на которые передаются правообладателем пользователю по договору коммерческой концессии, составляют определенные способы и методы осуществления предпринимательской деятельности (продажи товаров, выполнения работ и оказания услуг), разработанные правообладателем и направленные на оптимизацию предпринимательской деятельности в определенной сфере, извлечение прибыли и достижения максимального эффекта от осуществления данного вида деятельности.

С целью обеспечения охраны коммерческой информации, прав и законных интересов правообладателя, связанных с обладанием исключительных прав на нее, представляется целесообразным предусмотреть в договоре коммерческой концессии обязательства пользователя по включению в трудовые договоры со всеми своими сотрудниками условий о неразглашении охраняемой коммерческой информации, а также внести в

договор коммерческой концессии неустойки в конкретном размере за незаконное разглашение такой информации по вине пользователя.

11. Представляется необходимым исключить из обязанностей правообладателя по договору коммерческой концессии предоставление лицензий пользователю и их оформление в установленном порядке, поскольку данная обязанность, во-первых, дублирует обязанность правообладателя по регистрации договора на передачу объектов промышленной собственности в Патентном ведомстве (либо лишается смысла в случае, когда обязанность по регистрации договора – т.е. “оформление лицензии в установленном порядке” возложена на пользователя) и, во-вторых, влечет за собой путаницу и смешение понятий “лицензия на право использования объекта промышленной собственности” и “лицензия – разрешение государства на право осуществления определенного вида деятельности”.

12. Представляется необходимым снять запрет на установление права правообладателя определять цену товаров (работ, услуг), реализуемых пользователем по договору коммерческой концессии, поскольку данный запрет необоснованно (так как данное условие по общему правилу не причиняет ущерба конкуренции) ограничивает волю сторон на формулирование взаимоприемлемых условий договора коммерческой концессии. Более того, на практике данный запрет возможно обойти заключением между правообладателем и пользователем договора комиссии, по которому правообладатель-комитент будет вправе диктовать условие о цене пользователю-комиссионеру.

13. Представляется необходимым установление обязанности правообладателя по раскрытию перед потенциальными пользователями перед подписанием договора коммерческой концессии определенной информации и закрепление перечня такой информации в соответствии с рекомендациями УНИДРУА, сформулированными в модельном законе о раскрытии информации о франшизе.

В условиях, когда законодательно требования по предоставлению правообладателем потенциальным пользователям определенной информации не закреплены, пользователю желательно самостоятельно до заключения договора коммерческой концессии затребовать такую информацию от правообладателя с целью принятия взвешенного решения о рациональности заключения договора коммерческой концессии.

14. Необходимо предусмотреть, что ответственность (субсидиарная, либо солидарная) правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю, может наступать только в случае предъявления таких требований со стороны потребителей (т.е. граждан, приобретающих товары, работы, услуги для личных нужд, не связанных с осуществлением ими предпринимательской деятельности), а также предусмотреть право на предъявление правообладателем регрессных требований к пользователю.

15. Условие о вознаграждении по договору коммерческой концессии является существенным условием договора. В связи с тем, что законодатель предусматривает лишь возможные варианты установления вознаграждения по договору коммерческой концессии, условия о порядке исчисления и уплаты вознаграждения должны быть наиболее полно и точно определены сторонами в договоре.

16. Сделка коммерческой субконцессии является вторичной по отношению к сделке коммерческой концессии и как следствие – зависимой от нее. Выражается это в том, что:

- пользователь вправе передавать в пользование третьим лицам предоставленный ему комплекс исключительных прав (или его часть) на условиях, согласованных с правообладателем (либо закрепленных в договоре коммерческой концессии),
- договор коммерческой субконцессии не может быть заключен на более длительный срок, чем договор коммерческой концессии, на основании которого он заключается.

- если договор коммерческой концессии является недействительным, недействительны и заключенные на основании него договоры коммерческой субконцессии.

17. Законодатель предъявляет особые требования к форме и регистрации договора коммерческой концессии.

Договор коммерческой концессии должен быть заключен в письменной форме. Несоблюдение формы договора коммерческой концессии влечет его ничтожность.

Любой договор коммерческой концессии подлежит регистрации в органе, зарегистрировавшем правообладателя (в случае, если правообладатель расположен в иностранном государстве – то в органе, зарегистрировавшем пользователя). В настоящее время полномочия по государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей возложены на налоговые органы. Отсутствие регистрации договора коммерческой концессии в органе, зарегистрировавшем правообладателя не влечет его недействительности, однако лишает стороны права ссылаться на него в отношениях с третьими лицами.

Договор коммерческой концессии, связанный с передачей прав на объекты, охраняемые в соответствии с патентным законодательством и законодательством о товарных знаках (знаках обслуживания) подлежит регистрации в Роспатенте. Несоблюдение указанных в настоящем абзаце требований по регистрации влечет ничтожность договора коммерческой концессии.

Требования по регистрации договора коммерческой концессии являются необходимой процедурой, поскольку в рамках регистрации проверяется правосубъектность сторон, принадлежность правообладателю объектов исключительных прав, права на использование которых передаются им в составе соответствующего комплекса по договору коммерческой концессии, что минимизирует возможность возникновения споров и разногласий между сторонами договора, возможность возникновения серьезных убытков для сторон и в конечном итоге отвечает интересам самих

сторон по договору. С точки зрения публичного интереса, регистрация договоров коммерческой концессии является превентивной мерой, направленной на недопущение заключения договоров коммерческой концессии ненадлежащими субъектами, договоров, условия которых противоречат императивным нормам законодательства РФ (например, договора в соответствии с которым передаются права на использование товарного знака, однако в котором при этом отсутствуют положения о требованиях к качеству товаров и о контроле правообладателя за качеством товара), а также на недопущение введения в заблуждение потребителей.

18. Договор коммерческой концессии может быть заключен как на определенный срок, так и без указания срока.

Законодатель предусматривает ряд возможных изменений, связанных как с субъектами (сторонами) договора коммерческой концессии, так и с объектами, права на использование которых передаются по договору коммерческой концессии, и последствия данных изменений для договора коммерческой концессии (его изменение или прекращение).

Изменение и расторжение договора коммерческой концессии подлежит регистрации в порядке, предусмотренном для регистрации договора коммерческой концессии.

19. Право пользователя на заключение договора коммерческой концессии на новый срок на тех же условиях представляется необоснованным ущемлением прав правообладателя. Более справедливым представляется предусмотреть преимущественное при прочих равных условиях перед другими лицами право пользователя (при условии надлежащего исполнения им своих обязательств по предыдущему договору) по окончании срока действия договора коммерческой концессии заключить договор на новый срок (а не на новый срок на не менее благоприятных условиях).

Следует отметить, что такое изменение по умолчанию, конечно же в меньшей степени учитывает интересы добросовестного пользователя, который по мнению отдельных авторов является более слабой стороной в

договоре коммерческой концессии²¹⁵. Однако при этом расширяется возможность для сторон самостоятельно регулировать данный вопрос в договоре коммерческой концессии (в соответствии с основным методом цивилистики – диспозитивным), например, пользователь может настаивать на включении в договор условия о своем праве на заключение договора коммерческой концессии на новый срок на не менее благоприятных для себя условиях.

²¹⁵ См., например, Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч., С. 1019.

Заключение

Проведенное исследование показывает, что коммерческая концессия является высокоэффективным способом осуществления предпринимательской деятельности, который обладает рядом неоспоримых выгод и преимуществ для связанных с ним участников: предпринимателей, потребителей, государства и общества.

Сравнительный анализ позволяет сделать вывод о том, что понятие “коммерческая концессия”, сформулированное в действующем законодательстве РФ, не является синонимом понятия “франчайзинг”, широко известного в иностранных государствах. Коммерческая концессия является одной из разновидностей франчайзинга, а именно – аналогом франчайзинга бизнес-формата. Следует отметить, что в мире наибольшее развитие получил именно франчайзинг бизнес-формата. Таким образом, коммерческая концессия является аналогом того вида франчайзинга, который в настоящее время практически применяется в зарубежных государствах. При этом общие положения о франчайзинге применимы и к коммерческой концессии.

Франчайзинг как способ осуществления предпринимательской деятельности в его современном виде впервые появился в США, после чего развивался стремительными темпами и получил признание во всех экономически развитых странах мира.

Сущность коммерческой концессии как способа осуществления предпринимательской деятельности можно кратко сформулировать следующим образом. Правообладатель, разработавший и успешно испробовавший на практике определенную технологию осуществления предпринимательской деятельности, а также являющийся обладателем исключительных прав на хорошо известные потребителям средства индивидуализации субъектов гражданского оборота и производимых ими товаров (работ, услуг), предоставляет указанную технологию и права на использование средств индивидуализации пользователю (т.е. делится с пользователем своим коммерческим опытом и деловой репутацией) в обмен

на долю в доходах, извлеченных пользователем от использования полученных прав.

Один из основных вопросов, затронутых в исследовании – влияние специального правового регулирования на состояние и развитие коммерческой концессии. История наглядно демонстрирует, что франчайзинг появляется там, где для этого, в первую очередь, созрели экономические условия, отсутствие специального законодательства не может сдержать развитие франчайзинга. Отдельные специалисты в области коммерческой концессии и предприниматели высказывают мнение, что наличие специального правового регулирования коммерческой концессии, напротив, сдерживает ее развитие. Однако при этом практика показывает, что специальное правовое регулирование коммерческой концессии обеспечивает большие правовые гарантии субъектам, вовлеченным в отношения коммерческой концессии, и направлено на предотвращение нарушений и злоупотреблений со стороны недобросовестных субъектов, а также на защиту ряда публичных интересов. В общественные отношения, возникающие в рамках применения коммерческой концессии, помимо предпринимателей, вовлечены также такие участники, как потребители, общество и государство. Таким образом, развитие коммерческой концессии как способа предпринимательской деятельности является не единственной задачей государства. Следовательно, коммерческая концессия требует сбалансированного специального правового регулирования.

Российская Федерация относится к числу стран, имеющих специальное законодательство о коммерческой концессии, которое состоит, в основном, из норм главы 54 ГК РФ, посвященной регулированию договора коммерческой концессии.

Анализ правоприменительной практики и теоретического материала показывает, что в действующее российское законодательство о коммерческой концессии необходимо внести следующие конкретные изменения:

- изменить перечень обязательных объектов, передаваемых по договору коммерческой концессии: исключить из перечня таких объектов коммерческое обозначение, и, напротив, включить в него товарный знак;

- прямо предусмотреть, что несоблюдение требования о регистрации договора коммерческой концессии в органе, зарегистрировавшем правообладателя, не влечет его недействительности;

- установить, что правообладатель несет дополнительную ответственность (субсидиарную или солидарную) исключительно по требованиям, предъявляемым к пользователю со стороны потребителей в соответствии с Законом РФ о защите прав потребителей, а после удовлетворения таких требований правообладатель вправе предъявить соответствующие регрессные требования к пользователю;

- закрепить обязанность правообладателя по предоставлению потенциальным пользователям информации в соответствии со специальным законом о раскрытии информации о коммерческой концессии и принять соответствующий закон, основываясь на рекомендациях УНИДРУА, изложенных в Модельном законе о раскрытии информации о франшизе 2002 г. (см. Приложение 3 к настоящей работе);

- предусмотреть, что пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности по договору коммерческой концессии, имеет при прочих равных условиях преимущественное право на заключение договора коммерческой концессии на новый срок (а не на новый срок на не менее выгодных условиях).

Сравнительная таблица изменений в нормы главы 54 ГК РФ, предлагаемых автором, приведена в Приложении 2 к настоящей работе.

До внесения в действующее законодательство соответствующих изменений, предприниматели могут оптимальным образом использовать действующие правовые нормы и вправе самостоятельно регулировать свои взаимоотношения при помощи договора коммерческой концессии, составленного с учетом их интересов. В частности, определенную ценность может представлять типовый договор коммерческой концессии,

разработанный автором для регулирования отношений коммерческой концессии в рамках сети розничных книготорговых организаций (см. Приложение 4 к настоящей работе).

Кроме этого, представляется возможным сформулировать следующие практические рекомендации для предпринимателей, работающих или желающих работать с использованием коммерческой концессии:

- в связи с тем, что действующим законодательством обязанности правообладателя по предоставлению потенциальным пользователям информации о коммерческой концессии не предусмотрены, пользователю желательно самостоятельно до заключения договора коммерческой концессии затребовать такие сведения (по перечню, изложенному в Модельном законе УНИДРУА о раскрытии информации о франшизе) от правообладателя с целью принятия взвешенного решения о целесообразности заключения договора коммерческой концессии;

- с целью обеспечения охраны коммерческой информации правообладателя, права на использование которой передаются пользователю, правообладателю целесообразно включать в договор коммерческой концессии следующие условия:

- а) обязательства пользователя по включению в трудовые договоры со всеми своими сотрудниками условий о неразглашении охраняемой коммерческой информации,

- б) положения о неустойке в конкретном размере за незаконное разглашение такой информации по вине пользователя (в связи с проблематичностью доказывания размера ущерба, причиненного незаконным разглашением информации);

- в связи с тем, что законодатель предусматривает лишь возможные варианты установления вознаграждения по договору коммерческой концессии (ст. 1030 ГК РФ), условия о порядке исчисления и уплаты вознаграждения должны быть наиболее полно и точно определены сторонами в договоре во избежание последующих разногласий и споров сторон.

Представляется, что предложения и рекомендации, сформулированные в настоящем исследовании, в случае их реализации смогут улучшить правоприменительную практику в сфере коммерческой концессии, повысить правовые гарантии для предпринимателей – субъектов договора коммерческой концессии, а также для остальных участников отношений коммерческой концессии (например, потребителей) и установить наиболее оптимальный баланс их взаимных интересов. Это, в свою очередь, будет способствовать привлечению в отношения коммерческой концессии большего количества лиц, желающих самостоятельно заниматься предпринимательской деятельностью, развитию предпринимательства в России, и в конечном итоге – оказать благотворное влияние на российскую экономику в целом.

Список использованных нормативных правовых актов:

1. Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. – М.: “Юридическая литература”, 1993.
2. Конвенция по охране промышленной собственности (Париж, 20 марта 1883 г.) (по состоянию на 14 июля 1967 г.) // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, 1996, № 2.
3. Конвенция, учреждающая Всемирную Организацию Интеллектуальной Собственности (Стокгольм, 14 июля 1967 г.). Ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 19 сентября 1968 г. Текст Конвенции официально опубликован не был.
4. Гражданский кодекс Российской Федерации. Части первая и вторая. – М: Издательство “СПАРК”, 1996 г. (с последующими изменениями и дополнениями).
5. Налоговый кодекс Российской Федерации часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ и часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ (с изменениями от 30 марта, 9 июля 1999 г., 2 января, 5 августа, 29 декабря 2000 г., 24 марта, 30 мая, 6, 7, 8 августа, 27, 29 ноября, 28, 29, 30, 31 декабря 2001 г., 29 мая, 24, 25 июля, 24, 27, 31 декабря 2002 г., 6, 22, 28 мая, 6, 23, 30 июня, 7 июля, 11 ноября 2003 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации от 3 августа 1998 г. № 31 ст. 3824, Собрание законодательства Российской Федерации от 7 августа 2000 г. № 32 ст. 3340.
6. Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. N 197-ФЗ (с изменениями от 24, 25 июля 2002 г., 30 июня 2003 г.) // "Российская газета" от 31 декабря 2001 г. № 256.
7. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" (в ред. Федерального закона от 23 июня 2003 г. № 76-ФЗ) // “Российская газета” от 25 июня 2003 г. № 122.
8. Федеральный закон от 3 февраля 1996 г. № 17-ФЗ "О внесении изменений и дополнений в Закон РСФСР "О банках и банковской

деятельности в РСФСР" (с изменениями от 31 июля 1998 г., 5, 8 июля 1999 г., 19 июня, 7 августа 2001 г., 21 марта 2002 г., 30 июня 2003 г.) // "Российская газета" от 10 февраля 1996 г.

9. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. N 128-ФЗ "О лицензировании отдельных видов деятельности" (с изменениями от 13, 21 марта, 9 декабря 2002 г., 10 января, 27 февраля, 11, 26 марта 2003 г.) // "Российская газета" от 10 августа 2001 г. № 153.

10. Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-I "Об авторском праве и смежных правах" (с изменениями от 19 июля 1995 г.) // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 12 августа 1993 г., № 32, ст. 1242.

11. Закон Российской Федерации "О защите прав потребителей" (с изменениями от 17 декабря 1999 г., 30 декабря 2001 г.) // Собрание законодательства Российской Федерации от 15 января 1996 г. № 3, ст. 140.

12. Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-I "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" (с изменениями от 27 декабря 2000 г., 30 декабря 2001 г., 11, 24 декабря 2002 г.) // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации № 42 от 22 октября 1992 г., ст. 2322.

13. Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-I "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" (с изменениями от 24 декабря 2002 г.) // Ведомостях Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации № 42 от 22 октября 1992 г., ст. 2325.

14. Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-I "О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках" (с изменениями от 24 июня 1992 г., 25 мая 1995 г., 6 мая 1998 г., 2 января 2000 г., 30 декабря 2001 г., 21 марта, 9 октября 2002 г.) // Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ от 18 апреля 1991 г., № 16, ст. 499.

15. Закон РФ от 20 февраля 1992 г. № 2383-I "О товарных биржах и биржевой торговле" (с изменениями от 24 июня 1992 г., 30 апреля 1993 г., 19 июня 1995 г., 21 марта 2002 г.) // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 7 мая 1992 г., № 18, ст. 961.

16. Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-I (с изменениями от 27 декабря 2000 г., 30 декабря 2001 г., 24 декабря 2002 г., 7 февраля 2003 г.) // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 22 октября 1992 г. № 42 ст. 2319.

17. Постановлении Правительства РСФСР от 5 декабря 1991 г. № 35 "О перечне сведений, которые не могут составлять коммерческую тайну" (с изменениями от 3 октября 2002 г.) // Собрание постановлений Правительства Российской Федерации, № 1-2, 1992 г., ст. 7.

18. Постановление Правительства РФ от 17 мая 2002 г. № 319 "Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем государственную регистрацию юридических лиц, крестьянских (фермерских) хозяйств, физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей" (с изменениями от 12 августа 2002 г., 25 апреля, 16 сентября 2003 г.) // "Российская газета", 22 мая 2002 г., № 89.

19. Постановление Центрального Исполнительного Комитета СССР и Совета Народных Комиссаров СССР от 22 июня 1927 г. "О введении в действие положения о фирме" (в ред. от 17 августа 1927 г.) // Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР, 1927 г., № 40, ст. 394, 395.

20. Постановление ВС РФ от 14 февраля 1992 г. № 2355-I "О порядке использования наименований "Россия", "Российская Федерация" и образованных на их основе слов и словосочетаний в названиях организаций и других структур" (с изменениями от 19 мая 1995 г.) // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 5 марта 1992 г., № 10, ст. 470.

21. Приказ Минфина РФ от 16 октября 2000 г. № 91н "Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету "Учет нематериальных активов" ПБУ 14/2000" // "Экономика и жизнь", декабрь 2000 г., № 48.

22. Приказ МНС РФ от 20 декабря 2002 г. № БГ-3-09/730 "О регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)" // "Российская газета" от 25 января 2003 г. № 15 (специальный выпуск).

23. Приказ Роспатента от 29 апреля 2003 г. № 64 "О Правилах регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных" // "Российская газета" от 3 июня 2003 г. № 106 (специальный выпуск).

Обзоры судебной практики, постановления органов судебной власти:

24. Письмо Высшего Арбитражного Суда РФ от 29 мая 1992 г. № С-13/ОПИ-122 "Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике"// Вестник ВАС РФ № 1, 1992 г.

25. Постановление Президиума ВАС РФ № 4193/01 от 05 марта 2002 г. // "Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации", 2002 г., № 6.

26. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 21.01.2003 № Ф03-А73/02-1/2898 // Справочная правовая система "Консультант +".

27. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 02.10.2001 № Ф04/2965-975/А45-2001, Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29.09.2000 № Ф09-1427/2000-ГК // Справочная правовая система "Консультант+".

28. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-сибирского округа от 02.10.2001 № Ф04/2965-975/А45-2001 // Справочная правовая система “Консультант+”.

29. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 10.09.2001 № КА-А40/4873-01 // Справочная правовая система “Консультант +”.

30. Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 25 января 2001 г. № КА-А40/6520-00 // Справочная правовая система “Гарант”.

31. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 29.09.2000 № Ф09-1427/2000-ГК // Справочная правовая система “Консультант+”.

32. Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 21.12.1998 N Ф09-1100/98-ГК, от 28.09.1998 № Ф09-821/98-ГК // Справочная правовая система “Консультант +”.

Список использованной литературы:

Книги, монографии:

1. А.З. Майлер, С.А. Куликов. Пособие по франчайзингу. – М.: Российская Ассоциация развития франчайзинга, 2001.
2. А.П. Сергеев. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Учебник. Издание второе, переработанное и дополненное. – М.: ПБОЮЛ Гриженко Е.М., 2001.
3. Большой англо-русский словарь. Том I. – М.: “Русский язык”, 1987.
4. Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Д. Зорькина, В.Е. Крутских. – М.: ИНФРА-М, 1998.
5. Брагинский М.И, Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – М.: “Статут”, 2002.
6. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть I / Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. – М.: Издательство ТЕИС, 1996.
7. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: “ПРОСПЕКТ”, 1997.
8. ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО. Учебник. Часть III / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. – М.: ПРОСПЕКТ, 1998.
9. Гражданское право. В 2 т. Том I: Учебник / отв. ред. проф. Е.А. Суханов – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Издательство БЕК, 1998.
10. Гражданское право: В 2 т. Том II полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., переработанное и дополненное – М., 1999.
11. Довгань В.В. Франчайзинг: путь к расширению бизнеса. – Тольятти: Издательская фирма “Дока-Пресс”, 1994.
12. Калятин В.О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): Учебник для вузов. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА-ИНФРА-М), 2000.
13. Каминка А.И. Очерки торгового права – СПб, 1912.
14. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части первой (постатейный). Под ред. д.ю.н., проф. О.Н. Садикова. – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ; ИНФРА-М, 1997.

15. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный) Под ред. д.ю.н., проф. О.Н. Садикова) – М.: Юридическая фирма КОНТРАКТ, издательская группа ИНФРА-М – НОРМА, 1996.

16. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный). – 4-е изд, испр. и доп. с использованием судебно-арбитражной практики /Рук. авт. коллектива и отв. ред. д-р юрид. наук, проф. О.Н. Садилов. – М.: Юридическая фирма “КОНТРАКТ”: ИНФРА-М, 2003.

17. Коммерческая концессия (франчайзинг). Учебное пособие / И.П. Янушкевич – М.: ИНИЦ Роспатента, 2000.

18. Коммерческое (торговое) право: Учебник / Под ред. Ю.Е. Булатецкого и В.А. Язева. – М.: ИД ФБК-ПРЕСС, 2002.

19. Мартин Мендельсон. Руководство по франчайзингу. - М.: “Сибли Интернэшнл, Инк.”, 1995.

20. Мейер Д.И. Русское гражданское право (в 2 ч.). По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. М.: “Статут”, 2000.

21. Пугинский Б.И. Коммерческое право России. – М., 2000.

22. Рыкова И.В. Франчайзинг: новые технологии, методология, договоры – М.: Современная экономика и право, 2000.

23. Стэнворт Дж., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе / Пер. с английского под редакцией Л.Н. Павловой –М.: Аудит, ЮНИТИ, 1996.

24. С.И. Ожегов. Словарь русского языка. – М.: “Русский язык”, 1990.

Диссертации, научные статьи и публикации:

25. А. Грибанов. Предприятие и фирменное наименование. // “Хозяйство и право” № 11 ноябрь 2000.

26. А. Майлер. Анализ правовых основ франчайзинга // Сборник. Материалы международной конференции “Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле и сфере услуг”. - М.:, 2002.

27. А. Шишков. Франчайзинг в торговле. // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50).

28. В.А. Дозорцев. Понятие секрета промысла (ноу-хау) // Вестник ВАС РФ № 7 (104) июль 2001 г.
29. В. Бублик. Правовое регулирование предпринимательства: частные и публичные начала. // “Хозяйство и право” № 9 сентябрь 2000.
30. В. Бузанов. Право на фирму как объект гражданского оборота. // “Хозяйство и право” № 8 август 2002 г.
31. В.Ю. Бузанов. Правовой режим коммерческих обозначений. // “Законодательство”, 2002, № 8.
32. Д. Дьяченко. Фатальный успех концессии. // “Бизнес адвокат” № 5 (77) март 2000.
33. Д. Ивлиев. Плюсы и минусы коммерческой тайны // “Бизнес адвокат” № 12 (156) июнь 2003.
34. Евдокимова В. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе РФ. // “Хозяйство и право”, 1997 г., № 12.
35. Е. Дряхлов. Законодательство и нормы в области франчайзинга. // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50).
36. И. Рыкова. Споры о знаках на интеллектуальном фронте // “Бизнес адвокат”, № 5 март 2002 г.
37. И. Рыкова. “Коммерческая концессия = франчайзинг?” // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50).
38. И. Рыкова. Особенности национального франчайзинга. “Бизнес адвокат”, № 11 2002 г.
39. Ирина Минеева. Успех и неуспех франшизы – составляющие очевидны. // “Бизнес Адвокат” № 6 (78) март 2000.
40. Иванов В. Нужны изменения // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50).
41. Л. Чиканова. Трудовой договор // “Хозяйство и право”, № 5 2002 г.

42. Месяшная Н.В. Вопросы правового регулирования франчайзинга в России. Диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук. - М., 2000.

43. Мировая практика развития франчайзинга. Опыт франчайзинга в странах Европы и США. // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50).

44. Новосельцев О.В. Оценка коммерческой концессии. // Хозяйство и право, 2000 г., № 3.

45. С.И. Ненашев. “Технологии франчайзинга: условия и принципы его успешного применения” // Сборник. Материалы международной конференции “Франчайзинг: мировой опыт и его применение в российской торговле и сфере услуг”. - М.:, 2002.

46. Франчайзинг в России // Оборудование, рынок, предложение, цены (приложение к журналу “Эксперт”), февраль 2001 №2 (50).

47. Э. Гаврилов. К вопросу об охране коммерческой, служебной и личной тайны. Гражданско-правовые аспекты. // Хозяйство и право № 5 май 2003.

Литература на иностранных языках:

48. Franchising. Aspects of the Market Economy. // Stam Verlag, Koln, Munchen, 1996.

49. Kinch, John E. with Hayes, John P. Franchising: The inside Story. – Wilmington, TriMark Publishing Co. Inc., 1986.

50. Martin Mendelsohn. Franchising in Europe – London: Cassell, 1993.

51. Martin Mendelsohn. The Guide to Franchising – London: Cassell, 1996.

52. Sherman, Andrew. Franchising and licensing: two ways to build your business. – New York: AMACOM, 1991.

53. The Franchise Advantage. Make it work for you. By Donald D. Boroian and Patrick J. Boroian, Chicago, IL : Prism Creative Groups, 1987.

Схемы

Схема 1. Соотношение понятий “коммерческая концессия” и “франчайзинг”

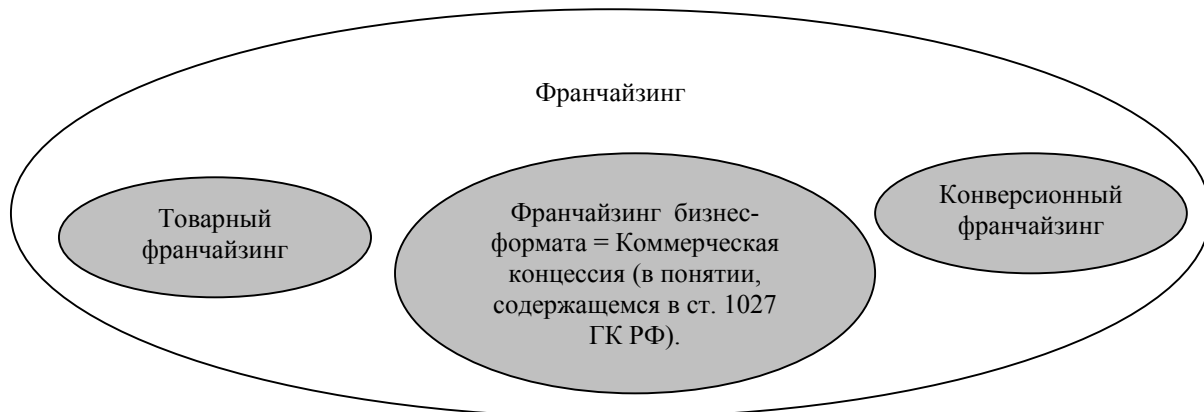


Схема 2. Объект договора коммерческой концессии

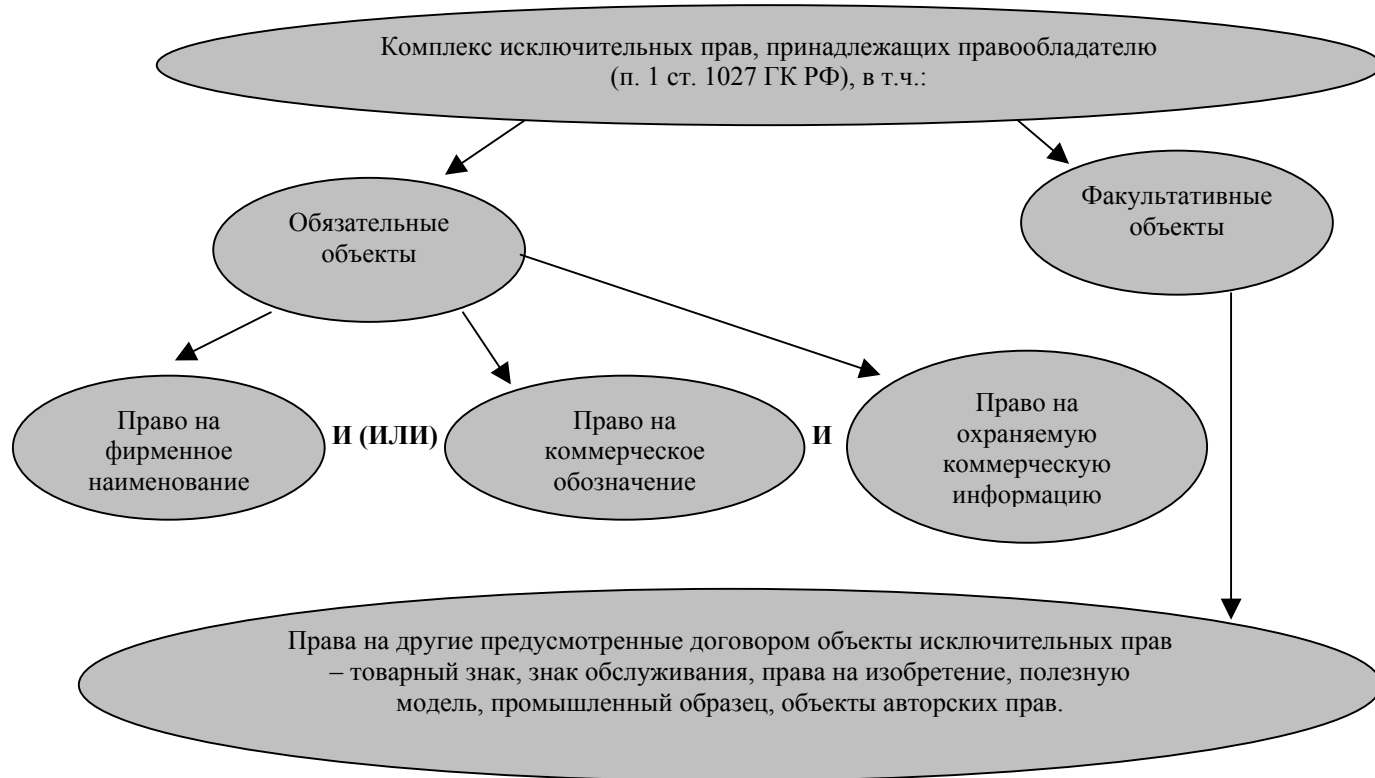
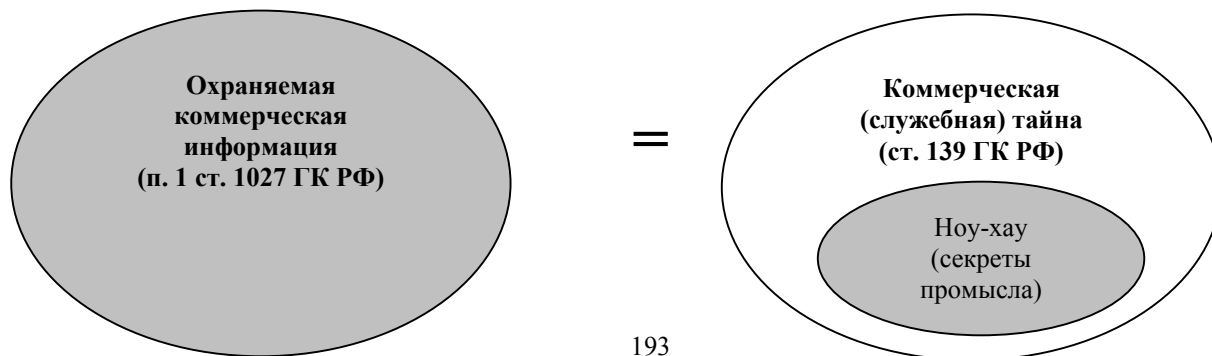


Схема 3. Охраняемая коммерческая информация



**Таблица изменений в нормы ГК РФ,
регулирующие коммерческую концессию,
предлагаемых автором**

№ п.п.	Абзац, пункт и № статьи ГК РФ	Действующая редакция	Предлагаемая редакция
1	П. 1 ст. 1027	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 исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя , на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак , знак обслуживания и т.д.	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 исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) товарный знак (знак обслуживания) правообладателя , на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав.
2	Абзац 3 п. 2 ст. 1028	В отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на договор лишь с момента его регистрации.	Несоблюдение требования о регистрации договора в соответствии с положениями абзаца первого настоящего пункта не влечет его недействительности , однако при этом в отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на договор лишь с момента его регистрации.
3	Первое предложение абзаца 4 п. 2 ст. 1028	Договор коммерческой концессии на использование объекта, охраняемого в соответствии с патентным законодательством , подлежит регистрации также в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков.	Договор коммерческой концессии на использование объекта, охраняемого в соответствии с законодательством о патентах и товарных знаках , подлежит регистрации также в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков.
4	Ст. 1034	Правообладатель несет субсидиарную ответственность по	Правообладатель несет субсидиарную ответственность по

		<p>предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии.</p> <p>По требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя, правообладатель отвечает солидарно с пользователем.</p>	<p>предъявляемым к пользователю требованиям со стороны потребителей о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии.</p> <p>По требованиям, предъявляемым к пользователю со стороны потребителей как изготовителю продукции (товаров) правообладателя, правообладатель отвечает солидарно с пользователем.</p> <p>Под потребителями для целей настоящей статьи понимаются граждане, имеющие намерение заказать или приобрести либо заказывающие, приобретающие или использующие товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.</p> <p>В случае удовлетворения правообладателем обоснованных требований, предъявленных ему со стороны потребителей товаров (работ, услуг) пользователя, правообладатель вправе предъявить пользователю регрессное требование о возмещении понесенных им расходов, связанных с удовлетворением таких требований.</p>
5	Абзац 2 п. 1 ст. 1031	<p>передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав;</p>	<p>Считать абзацем 3 указанного пункта. Абзац 2 изложить в новой редакции: Правообладатель обязан до заключения договора коммерческой концессии довести до пользователя информацию в соответствии с законом о раскрытии информации о коммерческой концессии. В противном случае Пользователь вправе потребовать расторжения договора и (или) возмещения причиненных ему убытков в порядке, предусмотренном настоящим Кодексом, а также законом о раскрытии информации о коммерческой концессии.</p>
6	Абз. 3	<p>выдать пользователю</p>	<p>Исключить</p>

	п. 1 ст. 1031	предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке.	
7	Абз. 2 п. 2 ст. 1033	правообладатель вправе определять цену продажи товара пользователем или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) пользователем, либо устанавливать верхний или нижний предел этих цен;	Исключить.
8	Ст. 1035	<p>1. Пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет по истечении срока договора коммерческой концессии право на заключение договора на новый срок на тех же условиях.</p> <p>2. Правообладатель вправе отказать в заключении договора коммерческой концессии на новый срок при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры коммерческой концессии и соглашаться на заключение аналогичных договоров коммерческой субконцессии, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор. В случае, если до истечения трехлетнего срока правообладатель пожелает предоставить кому-либо те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, он обязан предложить пользователю заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки. При заключении нового договора его условия должны быть не менее благоприятны для пользователя, чем условия прекратившегося договора.</p>	<p>1. Пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет по истечении срока договора коммерческой концессии право на заключение договора на новый срок.</p> <p>2. Правообладатель вправе отказать в заключении договора коммерческой концессии на новый срок при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры коммерческой концессии и соглашаться на заключение аналогичных договоров коммерческой субконцессии, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор. В случае, если до истечения трехлетнего срока правообладатель пожелает предоставить кому-либо те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, он обязан предложить пользователю заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки. При заключении нового договора пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности по договору коммерческой концессии, имеет при прочих равных условиях преимущественное перед другими лицами право на заключение договора на новый срок.</p>

**УНИДРУА
МЕЖДУНАРОДНЫЙ ИНСТИТУТ УНИФИКАЦИИ ЧАСТНОГО
ПРАВА**

=====

**МОДЕЛЬНЫЙ ЗАКОН
О РАСКРЫТИИ ИНФОРМАЦИИ О ФРАНШИЗЕ²¹⁶
Рим, сентябрь 2002**

СТАТЬЯ 1

СФЕРА ПРИМЕНЕНИЯ ЗАКОНА

(1) Данный закон применяется к франшизам, которые будут вновь предоставлены, либо возобновлены в рамках одного, либо нескольких франшизных предприятий на территории [наименование государства, принимающего закон].

(2) За исключением случаев, прямо предусмотренных настоящим законом, его положения не влияют на действительность франчайзингового соглашения, либо его части.

СТАТЬЯ 2

ОПРЕДЕЛЕНИЯ

Для целей настоящего закона:

Аффилированное лицо франчайзи - физическое, либо юридическое лицо, которое непосредственно, или косвенно управляет или управляется франчайзи, или контролируется иным субъектом, который управляет франчайзи;

Аффилированное лицо франчайзера - физическое, либо юридическое лицо, которое непосредственно, или косвенно управляет или управляется франчайзером, или контролируется иным субъектом, который управляет франчайзером;

Соглашение о развитии - соглашение, в соответствии с которым в обмен на прямую или косвенную финансовую компенсацию, франчайзер предоставляет другой стороне право приобрести более, чем одну франшизу в рамках одной и той же франшизной системы;

Документ раскрытия - документ, содержащий информацию, предоставление которой обязательно в соответствии с требованиями настоящего закона;

Франшиза - право, предоставленное одной стороной (франчайзером), уполномочивающее и обязывающее другую сторону (франчайзи) в обмен на прямую или косвенную финансовую компенсацию осуществлять предпринимательскую деятельность по продаже товаров или оказанию услуг от своего имени, но по системе, разработанной франчайзером, которая включает в себя: ноу-хау и содействие со стороны франчайзера, предписывает основные приемы и способы, которыми должна осуществляться деятельность, предусматривает существенный текущий контроль со стороны франчайзера и использование товарного знака, знака обслуживания, фирмы или логотипа, принадлежащих франчайзеру.

Под понятие франшизы также попадают:

(А) права, предоставленные франчайзером субфранчайзеру в соответствии с соглашением о мастер-франчайзинге;

(В) права, предоставленные субфранчайзером субфранчайзи в соответствии с субфранчайзинговым соглашением;

(С) права, предоставленные франчайзером другой стороне в соответствии с соглашением о развитии.

В понятие "прямая или косвенная компенсация" не включаются платежи в размере разумных наценок на оптовую цену товаров, предназначенных для перепродажи;

²¹⁶ Далее приводится текст закона в переводе с английского языка, осуществленном автором.

Франчайзинговое соглашение – соглашение, в соответствии с которым предоставляется франшиза;

Франчайзинговое предприятие - предприятие, управляемое франчайзи на условиях франчайзингового соглашения;

Под понятие франчайзи попадают также субфранчайзи в рамках отношений с субфранчайзером и субфранчайзер в рамках отношений с франчайзером;

Под понятие франчайзор попадает субфранчайзер в рамках отношений с субфранчайзи;

Мастер-франшиза - право, предоставленное франчайзером другой стороне (субфранчайзеру) передавать франшизу третьим лицам (субфранчайзи).

Существенное изменение в информации, которая подлежит раскрытию - изменение, которое может повлиять на решение франчайзи по приобретению франшизы;

Существенный факт - любая информация, которая может повлиять на решение франчайзи по приобретению франшизы ;

Предоставление неверной информации - неверное заявление, о несоответствии которого действительности сторона, делающее заявление, знало или должно было знать в момент заявления;

Соккрытие информации - сознательное сокрытие информации о факте, которая должна была быть раскрыта и об обязательном раскрытии которой сторона знала на момент сокрытия;

Понятие "государство" включает в себя все территориальные образования, входящие в данное государство (в государстве, имеющем территориальные образования);

Субфранчайзинговое соглашение - франчайзинговое соглашение, заключенное субфранчайзером с субфранчайзи в соответствии с условиями мастер-франчайзингового соглашения.

СТАТЬЯ 3

ДОСТАВКА ДОКУМЕНТА РАСКРЫТИЯ

(1) Франчайзер обязан предоставить каждому предполагаемому франчайзи документ раскрытия, к которому должен прилагаться проект франчайзингового соглашения, четырнадцатью днями ранее любого из изложенного ниже событий:

(А) подписания потенциальным франчайзи любого соглашения, относящегося к франшизе, (за исключением соглашений о конфиденциальности предоставляемой информации); или

(В) платежа франчайзеру или аффилированному лицу франчайзера.

(2) Документ раскрытия должен обновляться в течение [X] дней по окончании финансового года франчайзера.

В случае существенных изменений в информации, раскрытие которой требуется в соответствии со статьей 6 настоящего закона, письменное извещение такого о таких изменениях должно быть доставлено потенциальным франчайзи так скоро, насколько это практически возможно, но до наступления событий, указанных в подпунктах (1 (А) или (1) (В).

СТАТЬЯ 4

ФОРМАТ ДОКУМЕНТА РАСКРЫТИЯ

(1) Раскрытие информации о франшизе должно осуществляться в письменной форме.

(2) Франчайзор может использовать любой формат для документа раскрытия, при условии, что информация, содержащаяся там, представлена одновременно в едином документе и отвечает требованиям, изложенным в настоящем законе.

СТАТЬЯ 5

ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО РАСКРЫТИЮ ИНФОРМАЦИИ

Документ раскрытия не требуется в следующих случаях:

(А) в случае предоставления привилегии лицу, которое являлось должностным лицом или директором франчайзора или аффилированного лица франчайзора на протяжении как минимум одного года до момента подписания франчайзингового соглашения;

(В) в случае уступки, либо иной передачи франчайзи своих прав и обязанностей по договору третьему лицу, при условии, что условия договора не меняются и что франчайзор не играл какой-либо значительной роли при осуществлении такой уступки, кроме как ее одобрение.

(С) в случае предоставления франшизы на продажу товаров или услуг физическому или юридическому лицу, которое было занято в таком же, либо подобном бизнесе в течение предыдущих двух лет, при условии, что стороны на момент заключения добросовестно предполагают, что в течение первого года действия франчайзингового соглашения совокупные продажи франчайзи не будут более, чем на 20 % превышать объем совокупных продаж франчайзи и его аффилированных лиц, существовавший до заключения франчайзингового соглашения;

(D) в случае предоставления франшизы, в соответствии с которой общие предполагаемые затраты франчайзи составляют более [X];

(Е) в случае предоставления франшизы франчайзи, который вместе с аффилированными лицами составляет сеть размером более [Y] торговых точек или имеет товарооборот более [Z]; или

(F) в случае возобновления или расширения сферы действия франчайзингового соглашения на тех же условиях.

СТАТЬЯ 6

ИНФОРМАЦИЯ, КОТОРАЯ ДОЛЖНА БЫТЬ РАСКРЫТА

(1) В документе раскрытия франчайзор должен указать следующую информацию:

(A) фирменное наименование, организационно-правовая форма, юридический адрес франчайзера и адрес головного офиса франчайзера;

(B) товарный знак, фирменное наименование, или подобное наименование, под которым франчайзер осуществляет (или намеревается осуществлять) свою деятельность и под которым будет осуществлять деятельность франшизное предприятие франчайзи;

(C) адрес головного офиса франчайзера в государстве нахождения франчайзи;

(D) описание сути франшизы, которая предлагается потенциальному франчайзи;

(Е) описание делового опыта франчайзера и его аффилированных лиц, которые предоставляют аналогичные франшизы, включая:

(i) срок, в течение которого каждый из них вел бизнес, который предстоит вести франчайзи; и

(ii) срок, в течение которого каждый из них предоставлял франшизы на осуществление аналогичного вида бизнеса;

(F) имена, официальные адреса и должности высшего руководства франчайзера, имеющего отношение к осуществлению бизнес-операций в рамках бизнеса, франшиза на осуществление которого передается потенциальному франчайзи;

(G) уголовные осуждения, гражданские и арбитражные иски, связанные с мошенничеством, предоставлением неверной информации и аналогичными деяниями (в т.ч. находящиеся в судах в стадии рассмотрения) в отношении:

(i) франчайзера; и

(ii) аффилированных лиц франчайзера, вовлеченных во франчайзинг, за последние пять лет;

(H) сведения о банкротстве, неплатежеспособности (в т.ч. о находящихся в стадии рассмотрения судебных процессах на данный предмет) или аналогичных обстоятельствах в отношении франчайзи и его аффилированных лиц, за последние пять лет;

(I) общее число франчайзинговых и корпоративных торговых точек франчайзера и его аффилированных лиц, которые предоставляют франшизы с аналогичными средствами индивидуализации;

(J) наименования, адреса и служебные телефоны прочих франчайзи франчайзера и его аффилированных лиц, использующих аналогичные средства индивидуализации, торговые точки которых расположены наиболее близко к предполагаемой торговой точке

потенциального франчайзи, но во всех случаях не более, чем [х] франчайзи в государстве нахождения франчайзи и/или сопредельных государствах;

(К) информация о франчайзи франчайзера и его аффилированных лиц (которые используют аналогичные средства индивидуализации), которые выбили из франчайзинговой сети франчайзера в течение предыдущих трех финансовых лет с указанием причин выбытия;

(L) следующая информация об интеллектуальной собственности, права на использование которой будут переданы франчайзи, в частности, о товарных знаках франчайзера, патентах, объектах авторского права и программном обеспечении:

(i) сведения о регистрации и/или о заявлении на регистрацию исключительных прав,

(ii) наименование владельца прав на интеллектуальную собственность и/или наименование лица, подавшего заявление на регистрацию прав на интеллектуальную собственность;

(iii) дата, когда истекает срок охраны на передаваемые объекты интеллектуальной собственности; и

(iv) судебные разбирательства или другие процессуальные действия, которые могут существенно повлиять на право франчайзи (эксклюзивное, либо неэксклюзивное) использовать объекты интеллектуальной собственности в стране, где должен осуществляться бизнес франчайзи;

(М) информация о товарах и/или услугах, которые франчайзи должен купить и/или арендовать, с указанием:

(i) должны ли они покупаться (приобретаться в аренду) у франчайзера, его аффилированных лиц, либо у поставщиков, рекомендованных франчайзером;

(ii) имеет ли франчайзи право рекомендовать других поставщиков, которых впоследствии утверждает франчайзер,

(iii) информации о прямых и косвенных доходах, которые получит франчайзер от поставщиков товаров (услуг) в случае приобретения таких товаров (услуг) франчайзи.

(N) финансовые вопросы, включая:

(i) (a) оценка первоначальных инвестиций франчайзи,

(b) предложения франчайзера по финансированию, если таковые имеются;

(c) финансовые отчеты франчайзера (баланс и отчет о прибылях и убытках) за предыдущие три года деятельности, а при наличии - отчеты независимых аудиторов о финансовом состоянии франчайзера ;

(ii) (a), если потенциальному франчайзи предоставляется информация об истории финансового состояния или о проектах финансового состояния корпоративных торговых точек франчайзера, его аффилированных лиц и прочих франчайзи, информация должна:

(aa) иметь указание на период времени, когда такое состояние имело место быть;

(bb) включать допуски, лежащие в основе ее подготовки и представления;

(cc) содержать указание, основана ли данная картина на реальных результатах деятельности существующих торговых точек;

(dd) содержать указание, являются ли данные показатели результатом деятельности корпоративных точек франчайзера, либо прочих франчайзи; и

(ee) указывать в процентном соотношении количество торговых точек, соответствующих, либо выбывающих из приведенных показателей.

(b), если финансовая информация, упоминаемая в предшествующем абзаце, была предоставлено франчайзи, франчайзер должен заявить, что реальные показатели торговой точки франчайзи могут отличаться от показателей, предоставленных франчайзером.

(О) описание:

(i) состояние общего рынка товаров и услуг, которые являются предметом контракта;

(ii) состояние местного рынка товаров и услуг, которые являются предметом контракта;

(iii) перспективы развития рынка; и

(Р) любая иная информация, необходимая для предотвращения неверной трактовки потенциальным франчайзи отдельных положений документа раскрытия.

(2) Приведенная ниже информация также должна быть включена в документ раскрытия. Если данная информация содержится во франчайзинговом соглашении, франчайзер в документе раскрытия может сделать ссылку на соответствующий раздел франчайзингового соглашения, однако если данная информация не содержится во франчайзинговом соглашении, франчайзер должен указать ее в документе раскрытия:

(А) срок и условия возобновления франшизы;

(В) описание первоначальных и текущих программ обучения;

(С) диапазон эксклюзивных прав, которые будут предоставлены, включая эксклюзивные права в отношении территории и/или клиентов, а также информация относительно любого сохранения права франчайзера:

(i) самостоятельно использовать, либо передавать право на использование средств индивидуализации (товарных знаков и т.п.), передаваемых франчайзи на условиях соглашения;

(ii) самостоятельно продавать или распределять товары и/или услуги, право на распространение которых передано франчайзи;

(D) условия, в соответствии с которыми франчайзинговое соглашение может быть расторгнуто франчайзером и последствия такого расторжения;

(E) условия, в соответствии с которыми франчайзинговое соглашение может быть расторгнуто франчайзи и последствия такого расторжения;

(F) ограничения, налагаемые на франчайзи (при наличии таковых), применительно к территории осуществления предпринимательской деятельности и к клиентам;

(G) договоренности о взаимной “неконкуренции”;

(H) первоначальный франчайзинговый платеж, информация о возвратности части первоначального взноса, срок и условия такого возврата;

(I) прочие платежи, включая платежи роялти, требуемые франчайзером в качестве возмещения уплаченных последним налогов;

(J) ограничения, налагаемые на франчайзи относительно товаров и/или услуг, которые франчайзи может продавать;

(K) условия для уступки или другой передачи франшизы;

(L) условия процедур разрешения споров и особенности подсудности споров.

(3) В случае, если франшиза является мастер-франшизой, субфранчайзер должен в дополнение к информации, указанной в абзацах (1) и (2) раскрыть потенциальному субфранчайзи информацию о франчайзоре, которую субфранчайзер получил в соответствии с абзацами (1 (А), (Е), (Н), и (2) (С) и (F) настоящей статьи, а также проинформировать потенциального субфранчайзи о последствиях расторжения договора мастер-франчайзинга и о содержании договора мастер-франчайзинга.

СТАТЬЯ 7

ПОДТВЕРЖДЕНИЕ ПОЛУЧЕНИЯ ДОКУМЕНТА РАСКРЫТИЯ

Потенциальный франчайзи должен по требованию франчайзера в письменной форме подтвердить получение документа раскрытия.

СТАТЬЯ 8

ВОССТАНОВЛЕНИЕ НАРУШЕННЫХ ПРАВ ФРАНЧАЙЗИ

(1) Если документ раскрытия или уведомление о существенном изменении:

(А) не был предоставлен в течение срока, установленного в статье 3;

(В) содержит неверную информацию о существенном факте; или

(С) не содержит информации о существенном факте;

то франчайзи вправе расторгнуть франчайзинговое соглашение с письменным уведомлением франчайзера за 30 дней до даты расторжения и/или требовать возмещения убытков, причиненных деяниями, предусмотренными подпунктами (А), (В) и (С), настоящей статьи, за исключением случаев, когда франчайзи получил информацию, которая должна быть раскрыта, из других источников, не полагался на неверно изложенную информацию, либо если расторжение договора - несоразмерная мера при данных обстоятельствах.

(2) восстановление нарушенных прав франчайзи способами, предусмотренными настоящей статьей, должно быть осуществлено не позже, чем:

(А) одного года после деяния - в случае реализации франчайзи права на расторжение договора;

(В) трех лет после деяния - в случае реализации франчайзи права на возмещение ущерба;

(С) одного года с момента выявления франчайзи фактов, дающих основания для предъявления иска; или

(D) девяноста дней с момента доставки франчайзи письменного уведомления, конкретизирующего отдельные разделы документа раскрытия.

(3) права, предусмотренные абзацем (1) настоящей статьи не ограничивают прав франчайзи на применение иных мер по восстановлению своих нарушенных прав, предусмотренных действующим законодательством.

(4) Прочие вопросы, касающиеся расторжения договора и возмещения убытков, прямо не предусмотренные настоящей статьей, регулируются соответствующим применимым законодательством.

СТАТЬЯ 9

ДЕЙСТВИЕ НАСТОЯЩЕГО ЗАКОНА ВО ВРЕМЕНИ

Настоящий закон применяется как ко вновь заключаемым франчайзинговым соглашениям, так и к соглашениям, возобновляемым после его вступления в силу.

СТАТЬЯ 10

НЕДОПУСТИМОСТЬ ОГРАНИЧЕНИЯ ПРАВ ФРАНЧАЙЗИ

Любое ограничение прав франчайзи по сравнению с правами, предусмотренными настоящим законом (в т.ч. с согласия самого франчайзи) ничтожно.

**Типовой договор коммерческой концессии, разработанный автором
для сети розничных организаций
по торговле книгами и сопутствующими товарами**

Договор коммерческой концессии № _____

г. Москва

“ ____ ” _____ 200__ г.

Общество с ограниченной ответственностью "Библиосфера", именуемое в дальнейшем “Правообладатель”, в лице генерального директора _____, действующего на основании Устава, с одной стороны и _____, именуемое в дальнейшем “Пользователь”, в лице _____, действующего на основании _____, с другой стороны, заключили настоящий Договор о нижеследующем:

1. Предмет договора

1.1. По настоящему Договору Правообладатель обязуется предоставить Пользователю за вознаграждение на срок, установленный Договором, право использовать в предпринимательской деятельности Пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих Правообладателю, в том числе право на фирменное наименование Правообладателя, охраняемую коммерческую информацию Правообладателя, а также на объект авторского права – изображение (логотип) Правообладателя (далее по тексту “Комплекс исключительных прав”).

1.2. Комплекс исключительных прав, деловая репутация и коммерческий опыт Правообладателя должен использоваться Пользователем в объеме, на территории и в сфере предпринимательской деятельности, определенных условиями настоящего Договора.

2. Термины и понятия, используемые в Договоре; толкование Договора

Стороны для целей настоящего Договора договорились использовать следующие термины и понятия.

2.1. Магазин Пользователя – нежилое помещение, занимаемое пользователем на соответствующем основании (право собственности, право аренды), в котором Пользователь осуществляет торговую деятельность.

2.2. Сотрудники Пользователя – физические лица, выполняющие в интересах Пользователя определенные повседневные функции, с которыми у Пользователя заключен трудовой договор, либо гражданско-правовой договор подряда на выполнение определенных работ (оказание услуг).

2.3. При толковании терминов и понятий настоящего Договора Стороны договорились использовать их легальные определения, закрепленные в действующем законодательстве РФ, а при отсутствии таких определений – их общеупотребительный смысл.

3. Комплекс исключительных прав, передаваемый Правообладателем Пользователю в рамках настоящего Договора

3.1. В Комплекс исключительных прав, передаваемых Правообладателем Пользователю по настоящему Договору входят: право на фирменное наименование Правообладателя, право на логотип Правообладателя и право на охраняемую коммерческую информацию Правообладателя.

3.2. Фирменное наименование Правообладателя – Общество с ограниченной ответственностью “Библиосфера” зарегистрировано в Едином государственном реестре юридических лиц (Свидетельство от 05 февраля 2003 г. выдано Инспекцией Министерства Российской Федерации по налогам и сборам №9 по Центральному Административному округу г. Москвы, бланк серия 77 № 003380690).

3.3. Правообладатель передает Пользователю по настоящему Договору право на использование части фирменного наименования (обязательного добавления) - “Библиосфера” (далее по тексту “Фирма”).

3.4. Правообладатель передает Пользователю по настоящему Договору право на использование объекта авторского права – произведения изобразительного искусства, представляющего собой логотип (специально разработанное оригинальное начертание

сокращенного наименования Правообладателя), исключительные права на которые принадлежат Правообладателю далее по тексту (“Логотип”). Изображение Логотипа приведено в Приложении № 1 к настоящему Договору, являющемся его неотъемлемой частью.

3.5. Пользователь вправе использовать Firmу и Логотип следующим образом:

3.5.1. Размещать на вывеске и в витрине своего магазина, на ценниках, чеках, фирменных бланках, счетах, рекламных материалах (плакатах, листовках, пакетах и т.п.), объявлениях, упаковочных материалах, униформе персонала.

3.5.2. Использовать в рекламных материалах, размещаемых за пределами магазина Пользователя, а также размещаемых в средствах массовой информации.

3.5.3. Пользователь вправе использовать Firmу и Логотип иным образом, чем предусмотрено п.п. 3.5.1. и 3.5.2. лишь с письменного разрешения Правообладателя.

3.6. Правообладатель передает Пользователю по настоящему Договору право на использование охраняемой коммерческой информации Правообладателя. Охраняемая коммерческая информация Правообладателя содержит следующие сведения:

3.6.1. рекомендации по комплектованию штата магазина,

3.6.2. рекомендации по комплектованию магазина торговым оборудованием, компьютерной техникой, оргтехникой, мебелью и прочим оборудованием,

3.6.3. способы наиболее оптимальной организации торгового зала, рабочих мест сотрудников,

3.6.4. технология поставки товара,

3.6.5. технология реализации товара,

3.6.6. технология маркетинга и рекламы,

3.6.7. рекомендации по учету товародвижения в магазине,

3.6.8. рекомендации по бухгалтерскому учету и налоговому планированию.

3.7. Правообладатель передает Пользователю охраняемую коммерческую информацию посредством обучения сотрудников Пользователя и (или) посредством передачи Пользователю документов на бумажных и электронных носителях: пособий, инструкций и т.п. Конкретные обязательства Сторон по предоставлению и использованию прав на охраняемую коммерческую информацию закреплены в разделе 5 настоящего Договора.

4. Объем, территория и сфера использования Пользователем Комплекса исключительных прав

4.1. Пользователь вправе использовать Комплекс исключительных прав в объеме, предусмотренном разделом 3 настоящего Договора.

4.2. Пользователь вправе использовать Комплекс исключительных прав при оказании услуг розничной торговли полиграфической (в т.ч. книжной, журнальной) продукцией, канцелярскими товарами, детскими развивающими играми и пособиями, аудио-, видео-продукцией, электронными носителями информации в магазине Пользователя, расположенном по адресу: (субъект федерации), (населенный пункт), (улица), (дом) площадью _____ квадратных метров.

4.3. При наличии письменного согласия Правообладателя Пользователь вправе использовать Комплекс исключительных прав при торговле в указанном в п. 4.2. магазине прочими сопутствующими товарами и при оказании прочих сопутствующих услуг.

4.4. Объем, территория и сфера использования Комплекса исключительных прав могут быть изменены по соглашению Сторон.

5. Права и обязанности Сторон

5.1. Правообладатель обязан:

5.1.1. Организовать и провести обучение персонала Пользователя в соответствии Программой обучения, утвержденной Правообладателем. По окончании обучения составить и подписать Акт об окончании обучения.

5.1.2. Передать Пользователю документацию, содержащую охраняемую коммерческую информацию Правообладателя. Перечень и содержание Документации определяется Правообладателем.

Документация на электронных носителях передается по акту приема-передачи. Документация может передаваться по электронным каналам связи (факс и электронная почта). О передаче документации на электронных носителях составляется акт приема-передачи. При передаче документации по электронным каналам связи подтверждением ее получения может являться акт, переданный с использованием факсимильной связи.

Документация на бумажных носителях передается в прошитом и пронумерованном виде. Документация составляется в двух идентичных экземплярах. Один из них подписывается Правообладателем и передается Пользователю, на другом Пользователь ставит отметку о получении, в т.ч. дату, подпись, расшифровка подписи, печать.

5.1.3. Рекомендовать Пользователю поставщиков книжной продукции и прочей продукции, перечисленной в п. 4.2. настоящего Договора, а также поставщиков компьютерного оборудования и оргтехники и поставщиков (арендодателей) торгового оборудования.

5.1.4. Оказывать Пользователю постоянное консультативное содействие. Форма и вид такого содействия дополнительно согласовывается Сторонами.

5.1.5. Контролировать качество услуг розничной торговли, оказываемых Пользователем.

5.1.6. Ссылаться на Пользователя в рекламных кампаниях, проводимых Правообладателем, как на члена розничной книготорговой сети Правообладателя.

5.1.7. Зарегистрировать настоящий Договор в органе, зарегистрировавшем Правообладателя, а также регистрировать все изменения к настоящему Договору, подписанные Сторонами.

5.2. Пользователь обязан:

5.2.1. Направить своими силами и за свой счет на обучение к Правообладателю своих сотрудников в соответствии с Положением об обучении. По окончании обучения подписать Акт о завершении обучения.

5.2.3. Использовать Комплекс исключительных прав только способами, прямо предусмотренными настоящим Договором.

5.2.4. Использовать Комплекс исключительных прав только для торговли в магазине Пользователя, указанном в п. 4.2. Договора перечисленными в этом же пункте товарами, приобретенными (принятыми на комиссию) Пользователем у поставщиков (комитентов), согласованных в письменной форме с Правообладателем, т.е. в течение срока действия настоящего Договора торговать в магазине Пользователя, указанном в п. 4.2. Договора исключительно товарами, приобретенными (принятыми на комиссию) у поставщиков (комитентов), согласованных в письменной форме с Правообладателем.

5.2.5. Обеспечить качество услуг розничной торговли, оказываемых Пользователем, качеству аналогичных услуг, оказываемых непосредственно Правообладателем.

5.2.6. Соблюдать инструкции и указания Правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том числе указания, касающиеся технологии розничной книготорговли, технологии учета и отчетности, внешнего и внутреннего оформления магазина Пользователя и проч.

5.2.7. Не разглашать и не передавать третьим лицам секреты промысла правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию (информацию, составляющую коммерческую тайну Правообладателя), а также включить в договоры со всеми своими работниками условия о неразглашении работниками коммерческой тайны Пользователя и Правообладателя.

5.2.8. Информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным способом о том, что он использует фирменное наименование Правообладателя в силу договора коммерческой концессии (в т.ч. посредством размещения при входе в магазин вывески (информационной таблички) с указанием собственного фирменного наименования и места нахождения, посредством размещения на информационном стенде торгового зала собственного свидетельства о регистрации и т.п.).

5.2.9. Не получать от третьих лиц (в т.ч. конкурентов, потенциальных конкурентов Правообладателя) права, аналогичные полученным по настоящему Договору (в т.ч. права на фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания) по каким-либо договорам.

5.2.10. Уплачивать вознаграждение Правообладателю в соответствии с разделом 6 настоящего Договора.

5.2.11. Предоставить возможность Правообладателю контролировать исполнение обязательств Пользователем по настоящему Договору для чего:

5.2.11.1. Установить программно-аппаратный комплекс, предназначенный для учета товародвижения, согласованный в письменной форме с Правообладателем и на дополнительно согласованных Сторонами условиях регулярно предоставлять Правообладателю информацию о товародвижении в магазине Пользователя, указанном в п. 4.2. настоящего Договора.

5.2.11.2 Допускать уполномоченных представителей Правообладателя в магазин Пользователя, в т.ч. подсобные помещения с целью осуществления контроля за исполнением Пользователем обязательства по настоящему Договору, в т.ч. для: проведения внешнего осмотра, изучения документации, осуществления видео- и фотосъемки.

5.2.11.3. Направлять Правообладателю отчетность по форме и с периодичностью, предусмотренными в Приложении № 2 к настоящему Договору.

5.12. Нести за свой счет все расходы на закупку (аренду) торгового оборудования, компьютерной и оргтехники, товара, подлежащего реализации в магазине Пользователя, расходы на ремонт и оформление помещения магазина. Стороны договорились, что при осуществлении (аренде) закупок торгового оборудования, компьютерной и оргтехники, поставщики (арендодатели) указанного оборудования, рекомендованные Правообладателем, имеют преимущественное перед третьими лицами право на поставку (сдачу) в аренду оборудования Пользователю и на заключение с Пользователем соответствующего договора.

5.3. Пользователь не вправе передавать свои права и обязанности по настоящему Договору без письменного согласия Правообладателя.

5.4. Пользователь не вправе разрешать другим лицам использование предоставленного ему Комплекса исключительных прав или части этого комплекса на условиях субконцессии.

6. Вознаграждение по Договору

6.1. За передачу Комплекса исключительных прав Пользователь выплачивает Правообладателю фиксированное вознаграждение в размере _____ (_____) рублей, а также периодические платежи (далее по тексту "Роялти").

6.2. Фиксированное вознаграждение выплачивается Пользователем в следующем порядке:

6.2.1. Сумма в размере _____ выплачивается Пользователем Правообладателю в течение 3 (Трех) банковских дней с момента подписания Сторонами настоящего Договора.

6.2.2. Сумма в размере _____ выплачивается Пользователем Правообладателю в течение 3 (Трех) банковских дней с момента подписания Сторонами Акта об окончании обучения.

6.3. Роялти исчисляется и уплачивается Пользователем в следующем порядке:

7. Ответственность Сторон

7.1. За неисполнение или ненадлежащее исполнение настоящего Договора Стороны несут ответственность в соответствии с действующим законодательством РФ, если иное прямо не предусмотрено настоящим Договором.

7.2. За просрочку уплаты вознаграждения в соответствии с п. 6.2. настоящего Договора Пользователь уплачивает Правообладателю пеню в размере 0,5 (Пяти десятых долей) % от суммы просроченной задолженности за каждый день задержки платежа.

7.3. За нарушение обязательств по п. 5.2.4. Пользователь уплачивает Правообладателю штраф в размере 300 МРОТ (Триста минимальных размеров оплаты труда) за каждый факт нарушения. При этом ранее выявленное нарушение считается новым в случае, если оно не было устранено в течение 5 (Пяти) рабочих дней с момента выявления.

7.4. В случае предъявления к Правообладателю со стороны третьих лиц требований в соответствии со ст. 1034 ГК РФ и их удовлетворения Правообладателем, Пользователь в течение 3 (Трех) банковских дней возмещает Правообладателю все понесенные последним в связи с этим расходы, а также уплачивает Правообладателю штраф в размере 100 МРОТ (Сто минимальных размеров оплаты труда).

7.5. В случае разглашения Пользователем секретов производства Правообладателя и (или) другой полученной от Правообладателя охраняемой коммерческой информации, Пользователь выплачивает Правообладателю штраф в размере 10.000 МРОТ (Десять тысяч минимальных размеров оплаты труда).

8. Срок действия Договора.

8.1. Настоящий Договор вступает в силу с момента его подписания Сторонами.

8.2. Настоящий Договор действует в течение одного года с момента его вступления в силу. В случае, если не позднее, чем за один месяц до окончания срока его действия, ни одна из сторон не заявит в письменной форме о желании его расторгнуть, договор пролонгируется сроком на один год. Пролонгация в соответствии с настоящим пунктом может осуществляться неограниченное количество раз.

9. Изменение и расторжение Договора

9.1. Все изменения и дополнения к настоящему Договору действительны лишь в случае, если они совершены в письменной форме и подписаны уполномоченными представителями обеих Сторон.

9.2. В соответствии с действующим законодательством РФ, все изменения и дополнения к настоящему Договору подлежат регистрации в органе, зарегистрировавшем Правообладателя.

9.3. Настоящий Договор может быть досрочно расторгнут по соглашению Сторон.

9.4. Настоящий Договор может быть досрочно расторгнут по инициативе одной из Сторон в случаях, предусмотренных настоящим Договором, а также действующим законодательством РФ.

9.5. Настоящий Договор может быть досрочно расторгнут по инициативе Правообладателя в одностороннем порядке в случае нарушения Пользователем (в т.ч. однократного и крайне незначительного) своих обязательств по настоящему Договору, либо нарушения Пользователем своих обязательств перед поставщиками (комитентами и т.п.), которые ранее были ему рекомендованы Правообладателем во исполнение последним своих обязательств по п. 5.1.3. Договора.

9.6. В случае прекращения Договора по любым основаниям (в т.ч. в связи с его расторжением) Пользователь обязуется в течение пяти рабочих дней с момента его расторжения возвратить Правообладателю все ранее переданные Правообладателем Пользователю инструкции и пособия, прекратить использование в любой форме объектов исключительных прав, права на которые были переданы ему в соответствии с настоящим Договором, в т.ч., но не исключительно, демонтировать вывеску с указанием Фирмы и Логотипа наименования Правообладателя, убрать из торгового зала все материалы, содержащие Фирму и Логотип Правообладателя и т.д.

10. Разрешение споров

10.1. Все споры, связанные с настоящим Договором, подлежат разрешению путем претензионной переписки Сторон. Претензия направляется заказным письмом с уведомлением о вручении, либо вручается курьером под расписку. Досудебный порядок урегулирования споров является обязательным.

10.2. Если стороны не достигнут соглашения в процессе досудебного урегулирования спора, спор подлежит рассмотрению в Арбитражном суде г. Москвы.

11. Заключительные положения

11.1. С момента подписания Сторонами настоящего Договора все соглашения Сторон, в т.ч. деловая переписка, касающаяся предмета настоящего Договора, утрачивает силу.

11.2. Во всем, что прямо не предусмотрено условиями настоящего Договора, Стороны руководствуются действующим законодательством РФ.

11.3. Настоящий Договор составлен, подписан и скреплен печатями Сторон в трех подлинных идентичных экземплярах по одному для каждой из Сторон настоящего Договора и один экземпляр – для органа, уполномоченного в соответствии с действующим законодательством РФ зарегистрировать настоящий Договор.

12. Адреса и реквизиты сторон