**КУРСОВАЯ РАБОТА**

**«Договор коммерческой концессии»**

Введение

Основой любой коммерческой деятельности является цивилизованная рыночная экономика, существующая благодаря функционированию того или иного механизма (института) ее обеспечения, базой которого является законодательство, в т.ч. гражданское законодательство.

Одним из его институтов является институт права на результаты интеллектуальной деятельности. Гражданский оборот этих результатов сегодня находит активное применение в предпринимательской деятельности.

Правовой режим использования отдельных результатов интеллектуальной деятельности в предпринимательстве сегодня требует усовершенствования.

Правовая регламентация отношений по использованию результатов интеллектуальной собственности в российском законодательстве имеет целью создание института концессии как наиболее привлекательного и активно используемого в предпринимательской деятельности и открывающего широкие возможности при ведении бизнеса.

Одним из правовых средств оборота отдельных видов исключительных прав в предпринимательской деятельности является договор коммерческой концессии, который с введением в действие части второй Гражданского кодекса РФ приобрел свою самостоятельность и активно применяется сегодня предпринимателями в различных видах экономической деятельности.

Договор коммерческой концессии в настоящее время во всех развитых правовых системах носит характер предпринимательского договора и активно применяется как во внешней, так и во внутренней торгово-посреднической деятельности. В современной России сфера применения договора коммерческой концессии распространение на различные отрасли экономики. Благодаря своей конструкции договор коммерческой концессии является одним из эффективных средств правового регулирования, способом свободного распределения неимущественных прав и обязанностей между сторонами, если иное их распределение не предусмотрено законодательством. Наряду с последним договорное регулирование, в отличие от нормативно-правового (общеобязательного), является индивидуальным (законом для двоих). По своей сути договор коммерческой концессии является тем институтом гражданского права, который позволяет использовать результаты интеллектуальной деятельности для получения прибыли цивилизованным способом. Преимуществом применения договора коммерческой концессии является возможность использования положительного опыта одного успешного предпринимателя другим.

По данным Российской ассоциации франчайзинга, франчайзинг (договор коммерческой концессии) с успехом используется в более чем 60 видах деятельности и применяется в сферах быстрого питания, развлекательных центров, уборки квартир и офисов и бензозаправочных станций. Последнее исследование показало, что на основании франчайзинга в России создано 17000 рабочих мест и привлечено 350 млн. долларов иностранных инвестиций[[1]](#footnote-1).

**1. Общая характеристика договора коммерческой концессии**

1.1 Понятие и предмет договора коммерческой концессии

Согласно 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. 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).

Договор коммерческой концессии имеет своим предметом комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, который передается пользователю для использования в предпринимательской деятельности. В п. 1 ст. 1027 ГК перечислены лишь некоторые из объектов интеллектуальной собственности, которые могут входить в этот комплекс. Однако для того чтобы заключенный договор мог считаться именно договором коммерческой концессии, некоторые из таких объектов должны присутствовать в комплексе исключительных прав обязательно, другие же могут быть включены в него в факультативном порядке. В этой связи можно провести классификацию объектов интеллектуальной собственности, входящих в передаваемый по договору коммерческой концессии комплекс исключительных прав, на «обязательные» и «факультативные».

Обязательные объекты составляют существо договора. Без наличия таких объектов в составе комплекса исключительных прав договор коммерческой концессии не может считаться заключенным. К ним относятся:

1. Право на использование фирменного наименования правообладателя (фирмы), то есть наименование, закрепляемое за юридическим лицом – коммерческой организацией, под которым оно выступает в гражданском обороте и которое индивидуализирует это лицо в ряду других участников гражданского оборота[[2]](#footnote-2). А.П. Сергеев указывает на то, что в качестве объекта договора коммерческой концессии обычно выступает 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. Данное наименование может использоваться как наряду с собственным наименованием пользователя, так и в качестве такового с соблюдением требований к организационно-правовым формам юридических лиц, предусмотренным п. 2 ст. 50 ГК[[3]](#footnote-3). Представляется, что основным требованием к использованию «фирмы» правообладателя в качестве собственного коммерческого обозначения будет отсутствие совпадения организационно-правовой формы правообладателя и пользователя[[4]](#footnote-4), поскольку такая ситуация влечет за собой необходимость внесения фирменного наименования в учредительные документы пользователя со всеми вытекающими отсюда последствиями[[5]](#footnote-5).

2. Право на использование коммерческого обозначения правообладателя, под которым согласно ст. 6 – bis Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г.[[6]](#footnote-6) понимается общеизвестный знак, используемый для маркировки продукции, а также общеизвестное название бизнеса. Коммерческое обозначение нигде не регистрируется и не совпадает с фирменным наименованием, именем индивидуального предпринимателя или зарегистрированной торговой маркой, однако потребитель безоговорочно отличает товары (работы, услуги), вводимые в оборот под таким обозначением, от любых других товаров (работ, услуг). Ст. 19–1 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. №3520-I «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» гласит, что по заявлению юридического или физического лица общеизвестным в Российской Федерации товарным знаком может быть признан товарный знак, охраняемый на территории Российской Федерации на основании его регистрации, товарный знак, охраняемый на территории Российской Федерации без регистрации в соответствии с международным договором Российской Федерации, а также обозначение, используемое в качестве товарного знака, но не имеющее правовой охраны на территории Российской Федерации, если такие товарные знаки или обозначения в результате их интенсивного использования стали на указанную в заявлении дату в Российской Федерации широко известны среди соответствующих потребителей в отношении товаров этого лица. Защита коммерческих обозначений приравнивается к защите зарегистрированного товарного знака[[7]](#footnote-7). К таковым, в частности, могут относиться: форменная одежда сотрудников, стиль коммерческих помещений и др.

П. 2 ст. 1027 ГК предусматривает использование по договору коммерческой концессии также деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности. Возможность использования коммерческого опыта и деловой репутации – характерная черта договора коммерческой концессии, причем деловая репутация правообладателя используется пользователем практически автоматически без какой-либо передачи.

Деловая репутация юридического лица (в отличие от деловой репутации гражданина) не может быть признана личным неимущественным благом, которое является неотчуждаемым и непередаваемым, а нормы о защите деловой репутации гражданина применяются к защите деловой репутации юридического лица исключительно по аналогии в силу п. 7 ст. 152 ГК. Тесная привязка коммерческого опыта к деловой репутации не случайна, поскольку к объектам интеллектуальной собственности, к охраняемой информации он не имеет никакого отношения, а представляет собой результат приобретенных правообладателем знаний и навыков в силу продолжительной работы в определенной сфере предпринимательской деятельности. Коммерческий опыт, как и деловую репутацию, нельзя передать – ими можно только поделиться: деловой репутацией – путем передачи средств индивидуализации (товарного знака, фирменного наименования, коммерческого обозначения), коммерческим опытом – путем, в частности, инструктирования работников правообладателя (ст. 1031 ГК).

Представляется, что деловая репутация и коммерческий опыт, по сути, и должны были бы быть предметом договора коммерческой концессии. В самом деле, товарный знак и фирменное наименование приобретают ценность и вызывают у других желание их использования для извлечения прибыли только в том случае, если правообладатель своей деловой репутацией и коммерческим опытом подтверждает качество товаров (работ, услуг). Если у правообладателя имеется некая уникальная технология производства или секретная информация, использование которых сулит хорошую прибыль, но отсутствует деловая репутация и коммерческий опыт, то вполне можно обойтись обычным лицензионным соглашением, особенно если контрагент (лицензиар) в состоянии прибавить свой опыт и репутацию к передовым технологиям.

Таким образом, деловая репутация и коммерческий опыт имеют реальное денежное выражение, несмотря на то, что по своей сущности они являются нематериальными активами. В странах общего права эти понятия входят в более общее понятие Goodwill[[8]](#footnote-8).

«Goodwill» объединяет репутацию предприятия, сложившиеся деловые связи с клиентурой, само имя фирмы, которое в силу особенностей ее имиджа также может приниматься во внимание при продаже ее акций. Goodwill компании всегда учитывается на ее счетах, в балансах и различных финансовых отчетах. Очевидно, что чем старше компания и чем она известнее потребителям, тем выше оценивается ее goodwill. Goodwill нельзя оторвать от бизнеса, его можно передать или продать только в качестве элемента этого бизнеса, поскольку он является неотъемлемой его составляющей.

В этом смысле договор коммерческой концессии несет в себе значительный элемент фиктивности. Действительно, фирменное наименование (коммерческое обозначение) есть всего лишь материальное воплощение деловой репутации и коммерческого опыта, некое подобие «ценной бумаги» для нематериальных благ, и именно распространение (приобретение) деловой репутации (коммерческого опыта) составляет сущность интереса сторон в заключении договора коммерческой концессии.

Факультативные объекты представляют собой исключительные права, которые могут передаваться в составе комплекса по договору коммерческой концессии, но при их отсутствии договор все равно считается заключенным. К таковым относятся права на использование товарных знаков и знаков обслуживания, права на использование изобретений, полезных моделей и промышленных образцов, селекционных достижений, программных продуктов, топологий интегральных микросхем, объектов авторских и смежных прав[[9]](#footnote-9).

Согласно п. 1 ст. 1031 ГК правообладатель обязан выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке. По мнению М.И. Витрянского, в рамках договора коммерческой концессии право на использование товарного знака (знака) обслуживания может быть предоставлено правообладателем по лицензионному соглашению, соответствующему требованиям ст. 26 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (далее – ЗоТЗ). В частности, такое соглашение должно содержать условие о том, что качество продукции лицензиата будет не ниже качества продукции лицензиара, и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия[[10]](#footnote-10). Что касается изобретений, полезных моделей или промышленных образцов, то права на их использование могут быть предоставлены непосредственно договором коммерческой концессии (п. 5 ст. 10 Патентного закона), если только последний не носит характер рамочного соглашения, предусматривающего возможность предоставления в будущем таких прав. Следуя указанной логике, можно сказать, что заключение специального лицензионного договора требуется и при передаче селекционных достижений (ст. 16 Закона «О селекционных достижениях» – ЗоСД), авторского договора – при передаче авторских прав и смежных прав (ст. 30 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» – ЗоАС)[[11]](#footnote-11). Если передаются программные продукты (ст. 14 Закона РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» – ЗоПЭВМ) или топологии интегральных микросхем (ст. 6 Закона «О правовой охране топологий интегральных микросхем» – ЗоТИМ), то заключение специального договора не требуется[[12]](#footnote-12).

Думается, что такой подход не вполне корректен. Прежде всего, следует отметить, что вышеуказанные законы, посвященные исключительным правам, приняты до вступления в силу Конституции РФ и части второй ГК, а, следовательно, действуют в части, им не противоречащей. Исходя из содержания ст. ст. 421 и 431 ГК можно сделать вывод, что, во-первых, при толковании договора принимается во внимание не его название, а существо, и, во-вторых, договор может содержать элементы различных договоров, предусмотренных законом или иным правовым актом. К смешанным договорам применяются правила, относящиеся к соответствующим их элементам. Получается, что то или иное название (лицензионный или авторский), придаваемое договорам об уступке исключительных прав соответствующими законами, не имеет принципиального значения, а значение имеют лишь условия таких договоров, предписанные данными законами. Поэтому нет никаких препятствий к тому, чтобы соответствующие условия были воспроизведены в едином договоре коммерческой концессии[[13]](#footnote-13), тем более что регистрации в государственном органе (патентном ведомстве – Роспатент) подлежат только договоры о передаче прав пользования на охраняемые объекты промышленной собственности (п. 5 ст. 10 патентного закона, п. 2 ст. 1028 ГК РФ) и предоставлении прав пользования товарными знаками и знаками обслуживания (ст. 26 ЗоТЗ). Что касается обязанности правообладателя осуществлять контроль за качеством товаров (работ, услуг), производимых пользователем в соответствии с договором о предоставлении права пользования товарным знаком (ст. 26 ЗоТЗ), то точно такая же обязанность предусмотрена и в ст. 1031 ГК применительно к франчайзеру.

Исходя их вышесказанного, норму абзаца 3 п. 1 ст. 1031 ГК следует понимать лишь как возможность заключения договора коммерческой концессии в форме рамочных соглашений, предусматривающих в дальнейшем передачу исключительных прав по соответствующим договорам.

Таким образом, договор коммерческой концессии носит смешанный характер и может включать в себя элементы лицензионного договора, договора возмездного оказания услуг, договора о совместной деятельности (простого товарищества) и, может быть, договора купли-продажи.

1.2 Форма договора

Согласно п. 1 ст. 1028 ГК договор коммерческой концессии должен быть заключен в простой письменной форме. Несоблюдение письменной формы влечет ничтожность договора. Кроме того, следует учитывать, что договор коммерческой концессии может быть заключен только в виде единого документа, подписанного сторонами, поскольку применение иных способов заключения договора в письменной форме, предусмотренных п. 2 ст. 434 ГК, повлечет невозможность соблюдения требования п. 2 ст. 1028 ГК о государственной регистрации договора коммерческой концессии[[14]](#footnote-14).

Регистрация договоров коммерческой концессии осуществляется органом, осуществившим регистрацию правообладателя, а если правообладатель зарегистрирован в иностранном государстве, то органом, осуществившим регистрацию пользователя. Согласно ст. 2 Федерального закона «О государственной регистрации юридических лиц» от 8 августа 2001 г. №129 – ФЗ[[15]](#footnote-15) и п. 1 Постановления правительства РФ от 17 мая 2002 г. №319[[16]](#footnote-16) с 1 июля 2002 г. государственную регистрацию юридических лиц осуществляет Министерство по налогам и сборам РФ[[17]](#footnote-17). Приказом Минфина РФ от 12 августа 2005 г. №105н утвержден Порядок регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)[[18]](#footnote-18). В соответствии со статьями 1028, 1036, 1037 ГК РФ регистрации подлежит не только договор коммерческой концессии (субконцессии), но также и его изменение и расторжение. Регистрация осуществляется территориальным органом МНС (регистрирующим органом), осуществившим регистрацию соответственно юридического лица – правообладателя или пользователя – в срок не более чем пять рабочих дней со дня представления документов в регистрирующий орган.

В отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на договор только с момента его государственной регистрации. Другими словами, государственная регистрация не влияет на действительность договора, а лишь придает ему характер erga omnes (действительность не только для сторон, но и для третьих лиц). Для сторон договора коммерческой концессии он вступает в силу с момента подписания (если иное не предусмотрено договором), а для третьих лиц – с момента его государственной регистрации. Следует согласиться в данном случае с В.В. Витрянским, который, сетуя на неясность логики законодателя, указывает на то, что»:пользователь, заключив договор коммерческой концессии, получает право использовать принадлежащие правообладателю исключительные права в своей предпринимательской деятельности. Но такое использование возможно только во взаимоотношениях с третьими лицами, по отношению к которым пользователь не может ссылаться на договор коммерческой концессии. В то же время среди основных обязанностей пользователя по договору коммерческой концессии существует обязанность информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование: и иные средства индивидуализации в силу договора коммерческой концессии»[[19]](#footnote-19). Кроме того, действие договора inter partes до его государственной регистрации фактически блокирует норму ст. 1034 ГК о субсидиарной / солидарной ответственности правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю, поскольку для потребителя в данном случае договора коммерческой концессии вообще не существует. С другой стороны, передача исключительных прав по договору может осуществляться не одномоментно, а представлять собой комплексный акт, требующий наличия нескольких одновременно или последовательно совершенных действий. Во-первых, договор коммерческой концессии может быть уже зарегистрирован, а предмет договора правообладателем не предоставлен; во-вторых, пользователь вправе ссылаться на договор коммерческой концессии при осуществлении своей предпринимательской деятельности, но она может касаться сферы, требующей дополнительного урегулирования (регистрации и т.п.); в-третьих, пользователь действует и заявляет о себе как стороне коммерческой концессии еще при отсутствии оформленных надлежащим образом полномочий (разрешений, лицензий и проч.)[[20]](#footnote-20). То есть реальная возможность воспользоваться всеми преимуществами договора никак не связана с его государственной регистрацией. Поэтому вполне обосновано мнение о том, что никакой реальной помощи в защите прав сторон в случае возникновения споров и обращения в Арбитражный суд регистрация не дает[[21]](#footnote-21).

Государственная регистрация договора коммерческой концессии носит прежде всего фискальный интерес. Действительно, если право на фирменное наименование защищается только по требованию правообладателя (ст. 149 Основ Гражданского Законодательства Союза ССР и республик, утв. ВС СССР 31 мая 1991 г. №2211-I), то отсутствует более эффективная возможность фиксации наличия договора на использование данного фирменного наименования, чем регистрация такого договора. Налоговый кодекс РФ (ст. 18) систему налогообложения при выполнении договоров концессии относит к специальным налоговым режимам. Кроме того, в соответствии с Общероссийским классификатором видов экономической деятельности, продукции и услуг, утвержденным постановлением Госстандарта РФ от 6 августа 1993 г. №17, франчайзинговая деятельность отдельно не выделяется. Поэтому в соответствии с п. 8 Положения по бухгалтерскому учету «Учетная политика предприятия» ПБУ 1/98, утвержденного Приказом Минфина РФ от 9 декабря 1998 г.; 60н[[22]](#footnote-22), при формировании учетной политики осуществляется разработка организацией соответствующего способа исходя из ПБУ 1/98 и иных положений по бухгалтерскому учету. В организациях, предметом деятельности которых является предоставление за плату прав, возникающих из патентов на изобретения, промышленные образцы и других видов интеллектуальной собственности, поступления, получение которых связано с этой деятельностью (лицензионные платежи (включая роялти) за пользование объектами интеллектуальной собственности), относятся к доходам от обычных видов деятельности (п. 5 Положения по бухгалтерскому учету «Доходы организации» ПБУ 9/99, утвержденного Приказом Минфина РФ от 6 мая 1999 г. №32н)[[23]](#footnote-23). Деятельность по этому направлению включена в группу деятельности в области исследований и разработок раздела «Услуги, связанные с недвижимым имуществом, исследовательской и коммерческой деятельностью» под кодами 7310050–7310059 Общероссийского классификатора видов экономической деятельности[[24]](#footnote-24). То есть налоговые органы интересует не только формальное наличие договора, но и собственно его содержание.

Если договор коммерческой концессии содержит условия о передаче прав на объекты, охраняемые в соответствии с патентным законодательством, то такой договор подлежит регистрации также в патентном ведомстве. Отсутствие такой регистрации влечет ничтожность договора. Первым договором коммерческой концессии, содержащим объекты промышленной собственности и зарегистрированным в Патентном ведомстве России (Роспатенте) в июне 1996 г., стал договор между американской компанией «Колгейт-Палмолив» (правообладатель) и российским АО «Колгейт-Палмолив» (пользователь), по которому наряду с правом использования фирменного наименования российскому пользователю было передано право на использование 35 изобретений, 7 промышленных образцов в области производства предметов и средств гигиены, около 60 товарных знаков, техническое, технологическое, коммерческое ноу-хау[[25]](#footnote-25). Не вполне ясно, почему отсутствие регистрации в патентном ведомстве влечет ничтожность такого договора. Более целесообразным было бы применение ст. 180 ГК, то есть ничтожными должны быть соответствующие условия, а сам договор, если он мог бы быть заключен и в их отсутствие, признавать ничтожным нет никаких оснований.

договор концессия коммерческий правообладатель

1.3 Изменение и прекращение договора коммерческой концессии

В ст. 1036 ГК содержится отсылка к общим нормам ГК, в которых устанавливаются основания, порядок и правовые последствия изменения договора.

В гл. 29 ГК указывается, в частности, что основанием одностороннего изменения договора в судебном порядке является существенное нарушение договора другой стороной. Условия договора могут быть изменены и в силу требований ст. 1039, 1040 ГК в связи с изменением фирменного наименования или прекращения исключительного права, пользование которым передано по данному договору. Согласно ст. 452 ГК соглашение об изменении договора совершается в той же форме, в который был заключен сам договор. Кроме того, изменения должны быть зарегистрированы в том же порядке и в тех же органах, что и сам договор коммерческой концессии. Только после этого стороны договора в отношениях с третьими лицами могут ссылаться на изменение его условий. Вместе с тем они не лишаются права доказывать, что данное третье лицо знало или должно было знать ранее о таком изменении.

Основания прекращения договора коммерческой концессии различны. В частности, он может быть прекращен в силу изменения фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя (ст. 1039 ГК), прекращения исключительного права, пользование которым предоставлено по договору (ст. 1040 ГК), смерти правообладателя (физического лица), если правопреемник не получит статус предпринимателя в установленном законом порядке (ст. 1038 ГК), и др.

Способы прекращения договора коммерческой концессии тоже различны. Прежде всего, они зависят от того, обозначен ли в договоре срок его действия. Если договор заключен без указания срока, то применяется общее правило, согласно которому любая сторона договора во всякое время вправе по своему усмотрению от него отказаться. Отказ от договора представляет собой одностороннюю сделку, следовательно, речь в данном случае идет не о соглашении сторон. Более того, законодатель не требует согласия другой стороны на расторжение договора. В то же время он указывает, что такой отказ будет правомерным действием, если сторона, отказывающаяся от договора, заранее уведомит контрагента о своем решении. Если в самом договоре не предусмотрен более длительный срок для такого уведомления, то действует правило, сформулированное в п. 1 ст. 1037 ГК, устанавливающее 6-месячный срок. Этот срок необходим для того, чтобы другая сторона приняла необходимые меры, чтобы избежать возможных убытков, связанных с прекращением обязательства.

Расторжение договора должно быть оформлено письменно и зарегистрировано в тех же государственных органах, в которых он был зарегистрирован при заключении.

Конструкция, предусмотренная п. 1 ст. 1037 ГК, используется также в случае досрочного расторжения договора, заключенного на определенный срок.

Одним из специальных оснований прекращения договора коммерческой концессии является прекращение принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены его новым, поскольку исчезает основной элемент предмета договора, с которым отождествляется репутация правообладателя и его продукции. Если же происходит изменение фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя, у пользователя есть право выбора – расторгнуть договор или сохранить.

4. Основанием прекращения договора коммерческой концессии является объявление любой из его сторон банкротом. Это основание прекращения договора тоже имеет специальный характер, ибо оно отсутствует в общем перечне оснований прекращения обязательств в гл. 26 ГК. ГК предполагает в качестве общего основания прекращения обязательства ликвидацию юридического лица (ст. 419). Объявление его банкротом не всегда автоматически влечет его ликвидацию. В целях защиты прав его кредиторов законодатель предусматривает процедуры по оздоровлению банкрота и сохранения предприятий на рынке. Однако банкротство правообладателя подрывает его деловую репутацию, которая представляет собой основную ценность, на которой собственно и строится весь договор коммерческой концессии.

2. Содержание договора коммерческой концессии

2.1 Права и обязанности правообладателя

В п. 1 ст. 1031 ГК законодатель фиксирует обязанности правообладателя в императивной норме. Эти обязанности подразделяются на три группы.

Первая группа включает в себя обязанности по предоставлению в пользование комплекса исключительных и некоторых неисключительных прав. Эта обязанность исполняется путем передачи пользователю той информации, права на использование которой составляют предмет договора, если только эта информация не имеет открытого и доступного для пользователя характера. Ее материальные носители – техническая и коммерческая документация. Порядок передачи информации в ст. 1031 ГК не предусмотрен, но, как всякий юридический факт, такое действие должно быть юридически оформлено.

В ГК нет указания и на то, в какой форме должна передаваться иная информация, если в отношении нее не предусмотрена овеществленная форма (в виде документов, чертежей, схем), т.е. устные описания, пояснения и т.п. В этом случае, видимо, возможна устная форма передачи информации.

Вторую группу составляют обязанности по проведению инструктажа пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением исключительных прав. ГК не содержит расшифровки понятия «инструктаж». Опираясь на толкование этого термина в общем, а не в узко специальном значении, можно сказать, что речь идет также о передаче информации, устанавливающей порядок и способ осуществления каких-либо операций (наставление, обучение специальности, мастерству). Форма проведения инструктажа должна быть предусмотрена в самом договоре.

Третью группу составляют обязанности, связанные с предоставлением пользователю предусмотренных договором лицензий, их оформлением в установленном законом порядке.

Речь идет о передаче лицензий (разрешений) на использование объектов, которые защищаются патентами и свидетельствами. Под выдачей лицензии понимается заключение договора коммерческой концессии и его последующая регистрация в патентном ведомстве.

Обязанности правообладателя, содержащиеся в данном пункте, сформулированы диспозитивно, поэтому заключенная в нем норма действует в том случае, если сторонами в договоре не предусмотрено иное.

Если иное и договоре не предусмотрено, то правообладатель обязан обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии. Под таким обеспечением следует понимать осуществление организационных мероприятий и финансирование расходов по регистрации (хотя такие расходы будут включены правообладателем в цену договора).

Кроме того, правообладатель обязан оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников. Эта обязанность носит не разовый, а регулярный характер, чем отличается от установленной в п. 1 ст. 1031 ГК обязанности правообладателя провести инструктаж пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением исключительных прав. Если иное не предусмотрено договором, правообладатель обязан также контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании данного договора.

Законодатель справедливо сформулировал требование по контролю за качеством как обязанность, а не как право правообладателя. Таким образом защищаются права покупателей, клиентов, заказчиков пользователя (третьих лиц).

В то же время эффект такой формулировки в значительной мере снижается тем, что сама норма в п. 2 ст. 1031 ГК прописана диспозитивно, вследствие чего стороны могут исключить ее в своем договоре. Если же стороны соглашаются с этой нормой, то им необходимо дополнительно согласовать вопрос о формах и методах осуществления такого контроля, о последствиях нарушений данного обязательства, в частности предусмотреть ответственность правообладателя за неисполнение им контрольных обязанностей.

2.2 Права и обязанности пользователя

Основной обязанностью пользователя (ст. 1032 ГК) по договору коммерческой концессии является использование при осуществлении предусмотренной договором коммерческой деятельности фирменного наименования и / или коммерческого обозначения правообладателя указанным в договоре образом (ст. 1032 ГК). Данная обязанность пользователя имеет два аспекта.

1. Заключая договор коммерческой концессии, пользователь становится звеном интегрированной производственной или торговой сети правообладателя, а, следовательно, правообладатель вправе рассчитывать на то, что товары, работы, услуги, которые производятся (выполняются, оказываются) с комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя, будут реализовываться под его фирменным наименованием или с использованием его коммерческого обозначения. Действительно, если производимые (выполняемые, оказываемы) таким образом товары (работы, услуги) реализуются под фирменным наименованием пользователя, то заключение договора коммерческой концессии утрачивает всякий смысл.

2. Использование фирменного наименования и иных исключительных прав правообладателя не может осуществляться пользователем исключительно по своему усмотрению, а ограничено условиями договора. В противном случае получается, что под фирменным наименованием или коммерческим обозначением правообладателя пользователь может реализовывать свои собственные товары (работы, услуги), что, естественно, не может не причинить ущерба деловой репутации правообладателя[[26]](#footnote-26).

С защитой деловой репутации правообладателя непосредственно связана обязанность пользователя обеспечивать соответствие качества производимых на основе договора коммерческой концессии товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем. Действительно, потребитель, приобретая товар у пользователя, руководствуется, прежде всего, известностью имени правообладателя, его торговой марки, а потому потребитель вправе рассчитывать на то, что качественные характеристики товара пользователя не будут отличаться от таких характеристик товара, реализуемого непосредственно правообладателем. Если же такие отличия будут налицо, то это может серьезно ударить по деловой репутации правообладателя. Именно поэтому соответствующей обязанности пользователя противостоит право (а в случаях, предусмотренных договором, и обязанность) правообладателя контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии (п. 2 ст. 1031 ГК). В этой связи возникает вопрос, какая степень аналогии должна иметь место, чтобы товары (работы, услуги) пользователя могли признаваться неотличающимися от товаров (работ, услуг) правообладателя? Если вести речь о том, что различимых отличий не должно быть никаких, то распространение франчайзинговых сетей будет весьма ограниченным, поскольку условия, в которых осуществляет коммерческую деятельность пользователь, могут сильно отличаться от условий деятельности правообладателя. Такими «отличительными» условиями прежде всего являются инвестиционный климат и предпочтения потребителей. Поэтому реализация товаров (работ, услуг), полностью повторяющих товары (работы, услуги) правообладателя, в регионе деятельности пользователя может оказаться просто невозможной[[27]](#footnote-27). Не случайно автомобили «Форд», произведенные в ЕС для стран ЕС, значительно отличаются по своему дизайну и техническим характеристикам от автомобилей той же марки, произведенных в США и для США. То же самое можно сказать и в отношении сигарет «Marlboro», производимых в РФ, продукции «McDonalds», «Efes Pilsner» т.д. – примеров достаточно.

При решении данного вопроса следует иметь в виду, что:

а) пользователь производит товары, (осуществляет работы, выполняет услуги), используя комплекс исключительных прав, предоставленный ему правообладателем;

б) несоответствие качественных характеристик товаров сказывается на деловой репутации правообладателя, а, следовательно, и влечет убытки прежде всего для него;

в) естественным «детектором» качества товаров является поведение потребителей.

Исходя из вышесказанного, можно сделать вывод о том, что товар пользователя (работы, услуги) должен признаваться аналогичным товару (работам, услугам) правообладателя, если при использовании того же самого объема исключительных прав, который был передан пользователю по договору, при тех же условиях, в которых осуществляет коммерческую деятельность пользователь, правообладатель получил бы точно такой же результат – товар (работы, услуги). Смысл контроля качества правообладателем как раз и заключается в том, чтобы пользователь не отступал в своей деятельности от соответствующих стандартов качества правообладателя. В конце концов, именно правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии, и солидарную – по требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя (ст. 1034 ГК). Таким образом, осуществление контроля за качеством затрагивает интерес прежде всего правообладателя, поэтому по общему правилу – это его право, а не обязанность. Если все-таки такая обязанность возлагается на правообладателя по договору, то стоит согласиться с В.В. Витрянским в том, что она не укладывается в рамки двухстороннего обязательственного правоотношения между правообладателем и пользователем, а скорее напоминает обязанность правообладателя перед третьими лицами – потребителями. По отношению к третьим лицам (потребителям) пользователь также несет специальные обязанности: обязанность информирования потребителей наиболее очевидным для них образом о том, что он использует фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации, принадлежащее правообладателю, в силу договора коммерческой концессии; обязанность оказывать потребителям все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя.

Под требованиями, которые потребитель вправе предъявить при продаже ему товаров ненадлежащего качества, понимаются следующие требования (статьи 475, 503 ГК РФ):

– соразмерно уменьшить покупную цену;

– безвозмездно устранить недостатки товара;

– возместить расходы потребителя на устранение недостатков товара;

– вернуть уплаченную за товар сумму (отказавшись от исполнения договора купли-продажи);

– заменить товар.

При производстве работ ненадлежащего качества имеются в виду требования, предъявляемые в соответствии со статьями 723, 737 ГК РФ; при оказании услуг ненадлежащего качества – требования в соответствии со ст. 783 ГК РФ.

Возможно предъявление и других требований (см., например, статьи 7, 12–15, 18, 23, 28, 29, 32 Закона РФ от 07.02.92 №2300–1 «О защите прав потребителей», если лицо, приобретающее (заказывающее) товары (работы, услуги), подпадает под действие этого закона).

Следует полагать, что требования потребителя к пользователю, по которым правообладатель несет соответственно субсидиарную или солидарную ответственность, могут предъявляться только в случае нарушения пользователем стандартов правообладателя, основанных на переданных по договору коммерческой концессии исключительных правах. Правообладатель в данном случае будет нести ответственность за неосуществление или за ненадлежащее осуществление контроля.

Думается, что ст. 1032 ГК содержит указанные выше соображения в оговорке о том, что пользователь несет перечисленные в статье обязанности с учетом характера и особенностей осуществляемой им по договору коммерческой концессии деятельности. «Характер и особенности деятельности» ограничивают прежде всего степень аналогии, качества, количество и характер дополнительных услуг и соответственно ответственность по требованиям потребителей о несоответствии качества, а не сферу деятельности, к которой применяются данные положения. Если бы речь шла исключительно об отграничении сферы применения ст. 1032 ГК от иных сфер деятельности пользователя, не затрагиваемых договором коммерческой концессии, то не имело бы никакого смысла упоминать об учете «характера и особенностей». Собственно эта мысль содержится и в приводимом В.В. Витрянским отрывке из работы О.А. Городова: «Характер и особенности деятельности пользователя: зависят от объема предоставленного по договору комплекса исключительных прав и сферы предпринимательской деятельности»[[28]](#footnote-28). При таком подходе правообладатель будет нести ответственность, в том числе за несоответствие качества товаров (работ, услуг) обязательным стандартам и требованиям страны пользователя, которые могут быть более жесткими, чем стандарты и требования страны правообладателя.

Пользователь обязан соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав и не вправе разглашать секреты производства правообладателя и иную полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию. При этом обязательными для пользователя могут признаваться лишь такие инструкции и указания правообладателя, которые даются в рамках договора коммерческой концессии и характеризуются направленностью на создание условий работы пользователя, идентичных условиям работы самого правообладателя.

Заключение

В связи с изложенным необходимо подчеркнуть, что в целом появление в отечественном законодательстве и дальнейшее развитие конструкции договора коммерческой концессии актуально для стимулирования привлечения иностранных инвестиций в экономику России. Однако более активное использование договора коммерческой концессии сдерживается тем, что в российском законодательстве не регулируется весь комплекс отношений, характерных для института франчайзинга с учетом международной практики и законодательства зарубежных стран, а также отсутствием понятия «франчайзинг» в нормативно-правовой базе России. Кроме того, как представляется, необходимо законодательное закрепление гарантий и способов защиты прав иностранных правообладателей для снижения высокого предпринимательского риска, который не стимулирует привлечение иностранных франчайзеров на территорию России и внедрение такой формы предпринимательства как франчайзинг на российском рынке.

Широкое распространение франчайзинга с эффективным использованием этой формы предпринимательства в более чем 80 странах мира доказывает оправданность его системного применения в целях преодоления препятствий для зарубежных инвестиций путем создания благоприятных условий для развития предпринимательства, что свидетельствует об актуальности развития в Российской Федерации этого способа ведения предпринимательской деятельности.

**Список использованной литературы**

1. Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. // Ведомости Верховного Совета СССР №40, 1968 г.
2. Часть вторая Гражданского кодекса Российской Федерации от 26 января 1996 г. №14-ФЗ // СЗ РФ. 1996. №5. ст. 410.
3. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. №129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» // СЗ РФ. 2001. №33 (Часть I). ст. 3431
4. Закон РФ от 6 августа 1993 г. №5605–1 «О селекционных достижениях» // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации №36 от 9 сентября 1993
5. Закон РФ от 23 сентября 1992 г. №3523-I «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации №42 от 22 октября 1992.
6. Закон РФ от 23 сентября 1992 г. №3526-I «О правовой охране топологий интегральных микросхем» // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации №16 от 18 апреля 1991
7. 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» // СЗ РФ. 2002. №20. ст. 1872
8. Приказ Минфина РФ от 12 августа 2005 г. №105н «О регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. №38.
9. Приказ Минфина РФ от 9 декабря 1998 г. №60н «Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету «Учетная политика организации» ПБУ 1/98» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999. №2.
10. Приказ Минфина РФ от 6 мая 1999 г. №32н «Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету «Доходы организации» ПБУ 9/99» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999
11. Общероссийский классификатор видов экономической деятельности ОК 029–2001 (ОКВЭД) (КДЕС Ред.1) (введен в действие постановлением Госстандарта РФ от 6 ноября 2001 г. №454-ст). М., ИПК Издательство стандартов, 2002
12. Письмо Высшего Арбитражного суда РФ от 29 мая 1992 г. N С-13/ОПИ-122 «Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике» // Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. №1. 1992.
13. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002.
14. Данилов М.В. Договор коммерческой концессии // Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. 2003. №3
15. Дьяченко Д. Фатальный успех концессии // Право и экономика. 1999. NN 1, 2.
16. Ершова Е.А. Гражданско-правовая роль особых нематериальных активов в странах общего права // «Законодательство», №12, декабрь 2002
17. Зорин Н.А. Популярно о коммерческой концессии // Современное право. 2002. №2.
18. Киселев М., Иниятуллина Г. Нематериальные активы: правовое регулирование // «Финансовая газета», NN 44, 45 ноябрь 2000
19. Коммерческое право: Учебник / А.Ю. Бушев, О.А. Городов, Н.С. Ковалевская и др.; Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. М., 2003.
20. Майлер А. Российская ассоциация франчайзинга // инт-т: www.a-z.ru. 2003
21. Минеева И. Успех и неуспех франшизы – составляющие очевидны // Бизнес адвокат. 2000. №5.
22. Новосельцев О. Франчайзинг: История развития, правовое регулирование, оценка // «Финансовая газета», №19, май 1999
23. Панченко Т.М. Передача и поступление неисключительных прав на нематериальные активы // Аудиторские ведомости. №10. 2001
24. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Москва, «Проспект», 2000.

1. Майлер А. Российская ассоциация франчайзинга //инт-т: www.a-z.ru. 2003. [↑](#footnote-ref-1)
2. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Москва, "Проспект", 2000. С.571 [↑](#footnote-ref-2)
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002. С.974. [↑](#footnote-ref-3)
4. Письмо Высшего Арбитражного суда РФ от 29 мая 1992 г. N С-13/ОПИ-122 "Об отдельных решениях совещаний по арбитражной практике" // Вестник Высшего Арбитражного суда РФ. N 1. 1992. [↑](#footnote-ref-4)
5. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М., 2000. С.588.. [↑](#footnote-ref-5)
6. Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. // Ведомости Верховного Совета СССР N 40, 1968 г. [↑](#footnote-ref-6)
7. Брагинский М.И., В.В. Витрянский. Договорное право. Книга третья. М., 2002. С.974-975. [↑](#footnote-ref-7)
8. Ершова Е.А. Гражданско-правовая роль особых нематериальных активов в странах общего права // "Законодательство", N 12, декабрь 2002 [↑](#footnote-ref-8)
9. Закон РФ от 6 августа 1993 г. N 5605-1 "О селекционных достижениях" // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации N 36 от 9 сентября 1993., Закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3523-I "О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных" // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации N 42 от 22 октября 1992.; Закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3526-I "О правовой охране топологий интегральных микросхем" // Ведомости Съезда Народных Депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации N 16 от 18 апреля 1991. [↑](#footnote-ref-9)
10. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002. С.978. [↑](#footnote-ref-10)
11. Киселев М., Иниятуллина Г. Нематериальные активы: правовое регулирование // "Финансовая газета", NN 44, 45 ноябрь 2000 г. [↑](#footnote-ref-11)
12. Данилов М.В. Договор коммерческой концессии // Судебно-арбитражная практика Московского региона. Вопросы правоприменения. 2003. N 3 [↑](#footnote-ref-12)
13. Панченко Т.М. Передача и поступление неисключительных прав на нематериальные активы // Аудиторские ведомости. N 10. 2001 г. [↑](#footnote-ref-13)
14. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002. С.983-984. [↑](#footnote-ref-14)
15. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. N 129-ФЗ "О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей" // СЗ РФ. 2001. N 33 (Часть I). ст. 3431 [↑](#footnote-ref-15)
16. Постановление Правительства РФ от 17 мая 2002 г. N 319 "Об уполномоченном федеральном органе исполнительной власти, осуществляющем государственную регистрацию юридических лиц, крестьянских (фермерских) хозяйств, физических лиц в качестве индивидуальных предпринимателей" // СЗ РФ. 2002. N 20. ст. 1872 [↑](#footnote-ref-16)
17. Зорин Н.А. Популярно о коммерческой концессии // Современное право. 2002. N 2. [↑](#footnote-ref-17)
18. Приказ Минфина РФ от 12 августа 2005 г. N 105н "О регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)" // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. N 38. [↑](#footnote-ref-18)
19. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002. С.986. [↑](#footnote-ref-19)
20. Дьяченко Д. Фатальный успех концессии // Право и экономика. 1999. NN 1, 2. [↑](#footnote-ref-20)
21. Минеева И. Успех и неуспех франшизы - составляющие очевидны // Бизнес адвокат. 2000. N 5. [↑](#footnote-ref-21)
22. Приказ Минфина РФ от 9 декабря 1998 г. N 60н "Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету "Учетная политика организации" ПБУ 1/98" // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999. N 2. [↑](#footnote-ref-22)
23. Приказ Минфина РФ от 6 мая 1999 г. N 32н "Об утверждении Положения по бухгалтерскому учету "Доходы организации" ПБУ 9/99" // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1999 [↑](#footnote-ref-23)
24. Общероссийский классификатор видов экономической деятельности ОК 029-2001 (ОКВЭД) (КДЕС Ред.1) (введен в действие постановлением Госстандарта РФ от 6 ноября 2001 г. N 454-ст). М., ИПК Издательство стандартов, 2002 [↑](#footnote-ref-24)
25. Новосельцев О. Франчайзинг: История развития, правовое регулирование, оценка // "Финансовая газета", N 19, май 1999 [↑](#footnote-ref-25)
26. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М., 2002. С.997-998. [↑](#footnote-ref-26)
27. Минеева И. Успех и неуспех франшизы - составляющие очевидны // Бизнес адвокат. N 5. 2000. [↑](#footnote-ref-27)
28. Коммерческое право: Учебник / А.Ю. Бушев, О.А. Городов, Н.С. Ковалевская и др.; Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. М., 2003. С.424. [↑](#footnote-ref-28)