**Договор коммерческой концессии**

Диплом

2008

**Оглавление**

Введение

Глава 1. История происхождения коммерческой концессии (франчайзинга)

Глава 2. Правовая природа договора коммерческой концессии

.1 Понятие коммерческой концессии

.2 Самостоятельность института коммерческой концессии

.3 Место коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров

Глава 3. Сущность договора коммерческой концессии

.1 Предмет и существенные условия договора

.2 Форма рассматриваемого договора

.3 Стороны договора: их права и обязанности

.4 Прекращение договора франчайзинга

Глава 4. Ответственность сторон по договору коммерческой концессии

Глава 5. Судебная практика

Заключение

Список использованных источников

**Введение**

В настоящее время Россия переживает этап становления рыночной экономики со всеми присущими ему договорными моделями. Одной из самых интересных и перспективных моделей договорного права как инструмента рыночной экономики и предпринимательства, в частности, является модель франчайзинга, которая поименована в Гражданском кодексе РФ как коммерческая концессия.

**Вернуться в каталог готовых дипломов и магистерских диссертаций –**

[**http://учебники.информ2000.рф/diplom.shtml**](http://учебники.информ2000.рф/diplom.shtml)

По франчайзинговому договору одна сторона - франчайзер (правообладатель) на определенных условиях предоставляет право другой стороне - франчайзи (пользователю) использовать свое имя, технологию и (или) ноу-хау - франшизу для ведения своего дела при сохранении полной юридической и экономической самостоятельности.

В развитых странах франчайзинг используется уже длительное время, что подтверждает его эффективность. Договор коммерческой концессии является относительно новым для цивильного права России, поскольку с момента легализации данного договора прошло не так много времени. Эта договорная конструкция мало используется в России на практике в связи с её малоизученностью и несовершенством закрепления в отечественном законодательстве. Данные положения придают объекту исследования особый научный и практический интерес.

Таким образом, объектом настоящего исследования являются общественные отношения, непосредственно связанные с договором коммерческой концессии и возникающие в области предпринимательской деятельности.

Предмет составляет совокупность правовых норм, регулирующих правовое положение договора коммерческой концессии.

Целью исследования является всестороннее изучение и рассмотрение с позиций гражданского права нового института - коммерческой концессии.

Для достижения этой цели необходимо решить следующие задачи:

 раскрыть понятие договора коммерческой концессии;

 проследить этапы возникновения и становления договора коммерческой концессии;

 исследовать правовую природу данного договора;

 охарактеризовать основные черты рассматриваемой договорной конструкции;

 обратить внимание на последние изменения в законодательстве, которые произошли в правовом регулировании договора коммерческой концессии.

При написании работы использовались как общенаучные методы познания: системный, исторический, формально-логический, лингвистический, так и отраслевые юридические: формально-юридический, сравнительно-правовой.

Про договор коммерческой концессии написано достаточно работ. Но в многих работах коммерческая концессия рассматривается с точки зрения ведения предпринимательской деятельности. Например, Владимир Колесников «Построение франчайзингового бизнеса. Курс для правообладателей и пользователей франшиз», Лебедев И.В. «Франчайзинг по-русски. Мифы и реальность», Цират А.В. «Франчайзинг и франчайзинговый договор». Один из самых основательных трудов на тему дипломной работы - это монография Сосны С.А. «Франчайзинг. Коммерческая концессия». Это, наверное, единственная работа, которая рассматривает так подробно и комплексно договор коммерческой концессии. В этой монографии на основе сравнения с зарубежным франчайзингом показаны существенные стороны российской коммерческой концессии. Также преимуществом этой монографии является, то, что договор коммерческой концессии рассматривается не со стороны предпринимательства, а через призму гражданского права. Помимо этого труда, договор коммерческой концессии рассматривается в работах таких отечественных цивилистов как Брагинский М.И., Садиков О.Н., Суханов Е.А., Сергеев А.П., Толстой Ю.К.

**Глава 1. История происхождения коммерческой концессии (франчайзинга)**

В современном законодательстве РФ вопросы, касающиеся гражданско-правового регулирования договора коммерческой концессии, закреплены только в части второй Гражданского кодекса РФ.

В Соединенных Штатах Америки сейчас на федеральном уровне действуют два отраслевых закона о франчайзинге: закон 1956 года об автомобильном дилерском франчайзинге и закон 1978 года о нефтесбытовой рыночной практике, а также некоторые штаты принимают свои франчайзинговые законы. Таким образом, правое регулирование в США носит ограниченно-отраслевой характер.

В рамках Европейского союза 30 ноября 1988 г. был принят Регламент 4087/88 о применении ст. 85 (п. 3) Римского договора к категории соглашений о франчайзинге. В настоящее время действует принятый Европейской Комиссией 22 декабря 1999 г. Регламент N 2790/1999 о применении ст. 81.1 Консолидированной версии Договора о ЕС к категории вертикальных соглашений и согласованной практике

Данный Регламент вступил в силу с 1 января 2000 г., а его положения применяются с 1 июня 2000 г.

Определенная этим Регламентом категория вертикальных соглашений включает соглашения, направленные на реализацию купли-продажи товаров или услуг, заключаемые между не конкурирующими между собой хозяйствующими субъектами, между определенными конкурентами или ассоциациями розничных торговцев товарами, а также вертикальные соглашения, содержащие дополнительные условия о предоставлении или использовании прав интеллектуальной собственности. Кроме того, это понятие охватывает также согласованную деловую практику.

Значение ранее действовавшего Регламента 4087/88 состояло в том, что в нем впервые в рамках ЕС давалось определение таких соглашений и выделялись основные их виды: промышленная франшиза на индустриальные товары, дистрибьюторская франшиза, направленная на продажу товара, и франшиза на обслуживание, имеющая целью предоставление услуг. Под действие Регламента подпадали те соглашения о франчайзинге, в которых пользователь предоставляет товары или оказывает услуги именно конечному потребителю. Целью таких соглашений, согласно Регламенту, является совершенствование сети распространения товаров и услуг таким образом, чтобы предоставить правообладателю возможность создать единую продажную сеть без крупных инвестиций, особенно малым и средним предприятиям.

Учитывая отсутствие определения данного вида соглашений в национальном законодательстве стран - членов Европейского союза, Регламент определял франшизу как комплекс промышленной и интеллектуальной собственности, касающейся товарных знаков, фирменных наименований, иных обозначений, полезных моделей, промышленных образцов (дизайна), авторских прав, ноу-хау и патентов, которые могут быть использованы при перепродаже товаров или оказании услуг конечному потребителю.

При применении нового Регламента N 2790/1999 в числе прочих факторов в первую очередь учитывается конкретная ситуация на рынке купли-продажи конкретного товара. Категорийные изъятия предоставляются тем вертикальным соглашениям, в отношении которых ясно, что они удовлетворяют требованиям Регламента и направлены на совершенствование эффективности цепи производства и сбыта через обеспечение наилучшей координации взаимодействия соответствующих хозяйствующих субъектов, в частности путем снижения для сторон себестоимости сделок и расходов на продвижение товаров и оптимизации их коммерческих и инвестиционных возможностей. Последствия таких соглашений оцениваются по двум критериям: с точки зрения занимаемой тем или иным хозяйствующим субъектом доли на конкретном рынке, а также уровня конкуренции со стороны иных поставщиков товаров и услуг, с учетом конкретных характеристик товаров, их цен и целей использования.

Если говорить об актах международного права, касающихся рассматриваемых вопросов, то Международный институт по унификации частного права (UNIDROIT) подготовил руководство по международным франшизным соглашениям, где подчеркивается, что для успешного функционирования франчайзинга необходима «здоровая правовая коммерческая среда», а именно, высокий уровень всего законодательства в целом.

Для того чтобы понять современный договор коммерческой концессии (франчайзинга) необходимо раскрыть историю его происхождения.

История развития франчайзинга (коммерческой концессии) уходит своими корнями в Средневековье. В Оксфордском словаре английского языка указано, что «franchising» - это все права и свободы епископатов, пожалованные королевской короной в 1559 г., а «franchises» - это ярмарки, рынки и другие места, отведенные для торговли. В свое время в Британии король предоставлял баронам право собирать налоги на определенных территориях в обмен на различные услуги. Например, такие, как обязанность поставлять солдат для армии. Свободным людям, или гражданам городов, было разрешено (дана франшиза) продавать свои товары на территории города на рынках и ярмарках. Эти элементы права, или привилегий, позволяющие эксплуатировать положение на определенной территории за плату, формировали основу франчайзинга в течение нескольких веков. Немецкие пивовары в 1840г. предоставляли франшизы определенным тавернам, чтобы продавать пиво.

Подлинного расцвета франчайзинг достиг в 1850-е гг., когда ряд крупных компаний, например «Зингер», уступают малому бизнесу право на продажу своих изделий по всей территории США. В то время было не принято приобретать швейные машины в магазинах, и производителю приходилось прибегать к «агрессивному» сбыту: продавец приходил домой к покупателю и наглядно демонстрировал достоинства товара. Поскольку у компании «Зингер» не хватало денег, чтобы нанимать коммивояжеров, ее владелец решил продавать права на реализацию швейных машин на определенной территории независимым продавцам (дилерам).

Не менее эффективная франчайзинговая система была создана компанией «Дженерал мотор». В 1898 г. молодая компания, не имеющая средств для открытия магазинов, стала продавать паровые двигатели через дилеров (франчайзи), положив начало современной системе продажи автомобилей. Франчайзи выделялась определенная территория и гарантировалась защита от конкуренции, а также большой объем продаж. В обмен на это дилер брал на себя обязательство не продавать машины других производителей, обеспечивать высокий уровень обслуживания и поддерживать имидж франчайзера. Примеру «Дженерал моторс» последовала компания «Рексол», торговавшая франшизами на организацию аптек.

Очень удачное применение франчайзинг нашел в индустрии безалкогольных напитков. К нему с успехом прибегнули известные всему миру гиганты, как «Кока-Кола» и «Пепси». Высокое содержание воды в их продукции делает невыгодными централизованное производство и продажу. Благодаря франшизе компании получили возможность производить концентрированный сироп и распределять его между местными заводами по розливу, которые находятся в собственности франчайзи и управляются ими. В США бурному развитию франчайзинга способствовал принятый в 1946 году Закон о товарных знаках. Дополнительную прибыль предприниматели получали уже благодаря тому, что предоставление права другим предприятиям на использование своих товарных знаков под разносторонним контролем и защитой закона позволяла владельцам без больших дополнительных затрат расширять границы своего бизнеса.

Пионером, так называемого «Business Format Franchisings», был основатель McDonald’s Рэй Крок. Его заслугой является не только изобретение мясного клопса между двумя половинками хлеба, но и разработка соответствующей дизайну ресторана рекламы и постоянного надзора за качеством. В 1945 г. в ресторан в San Bernardino на Западе США зашел агент, продающий молочные миксеры. Вместо того чтобы, как обычно после переговоров, двинуться дальше, он остался и наблюдал за рестораном целый день - от клиентов буквально не было отбоя. Успех ресторана не давал агенту покоя. Через несколько недель после своего посещения San Bernardino он обратился к владельцам и вскоре получил лицензию на право купли-продажи такого ресторана. 2 марта 1955 он основал собственную фирму. Запись в Коммерческом Регистре гласила: McDonald’s System, Inc. Имя основателя: Рэй Крок (Ray Kroc). Таким образом, если у франчайзинга и есть отец, то им с полным правом может считаться основатель McDonald’s Рэй Крок. Хотя франшизодатели существовали и до него, производитель гамбургеров как никто другой символизирует победное шествие этой формы сбыта. Из ресторана в глухой провинции развилась всемирная сеть с более чем 14000 предприятий.

В России франчайзинг появился только в 1992 г. пионером выступила компания «Дока-пицца», возглавляемая Владимиром Довганем. Развернутая франчайзинговая сеть насчитывала около тысячи пиццерий. Однако процесс вскоре пошел вспять. Имидж торговой марки был подорван ухудшением качества товара со стороны недобросовестных партнеров: продукт вскоре стал выпускаться франчайзи «Дока-Пиццы» с такими нарушениями рецептуры и технологии, что качество, а скоро и вся технологическая пирамида рухнули. Лавры пионера зарубежного франчайзинга в России заслуженно носит один из крупнейших в мире продавцов мороженого - компания Baskin Robins, реализовавшая свою первую франшизу в Москве в 1993 году.

Компания «1С» была просто вынуждена прибегнуть к франчайзингу, чтобы сохранить на прежнем уровне достигнутый в 1995г. объем продаж (6 тыс. копий в месяц) своего фирменного продукта - наиболее популярной бухгалтерской программы «1С-Бухгалтерия». Одно время объем продаж стал снижаться вследствие того, что неквалифицированные дилеры больше времени тратили на внедрение программ, нежели на продажу. Это подрывало престиж фирмы. Компания оказалась перед выбором: организовать отделы внедрения и тем самым перейти дорогу собственным дилерам или же прибегнуть к франчайзингу. Предпочтя второй путь, компания из 850 дилеров отобрала 70, которые стали франчайзи. Они обязались не продавать продукцию конкурентов и ежеквартально приобретать 50 копий программы, выплачивая определенный процент от выручки.

Российский франчайзинг достиг максимального развития в 4 отраслях хозяйствования: в сфере общественного питания («Ростик'с», «Елки-Палки», «Баскин 31 Роббинс», «Макдоналдс»), в розничной торговле («Копейка», «Эконика-обувь», «Монарх»), в сфере услуг («Кодак-экспресс», «1С») и в организации автозаправочных станций (ТНК, «Сибнефть», «Славнефть»).

Таким образом, на основе всего вышесказанного видно, что франчайзинг имеет длительную историю. Франчайзинг возник на Западе, но спустя несколько сот лет дошел и до России. Целью этой работы не является раскрытие сущности зарубежного франчайзинга. Эта глава введена для общего ознакомления с данным правовым институтом и его происхождением. Продолжительность существования франчайзинга свидетельствует о его практической пользе. Эта глава подтверждает тот факт, что в дальнейшем речь будет идти не просто о теоретической конструкции, а о действительно используемой на практике договорной модели - коммерческой концессии.

**Глава 2. Правовая природа договора коммерческой концессии**

**.1 Понятие коммерческой концессии**

договор коммерческий франчайзинг концессия

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

В главе 54 Гражданского кодекса РФ, исследуемая договорная модель названа как коммерческая концессия, но зарубежное законодательство не знает такого понятия. За рубежом данный договор носит название франчайзинг. Понятие «коммерческая концессия» не совсем точно, поскольку концессионные договоры не являются частноправовыми.

Слово «концессия» происходит от латинского «concessio» - «разрешение, уступка». Данный термин подразумевает санкционированную государством уступку прав: права собственности или права пользования. Классическая трактовка концессий основывается на так называемой лицензионной системе, при которой юридическим основанием для получения инвестором концессионных прав является не договор, а лицензия, представляющая собой односторонний властный акт государства по передаче им своих функций концессионеру.

В отечественном законодательстве понятие концессии закреплено в Федеральном законе от 21.07.2005 № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях». В силу статьи 3 этого Федерального закона «по концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество (далее - объект концессионного соглашения), право собственности, на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности».

Таким образом, особенности концессионного соглашения в следующем: концедент всегда орган публичной власти, а объект концессионного соглашения - только недвижимое имущество. Исходя из вышесказанного, понятие коммерческой концессии терминологически совсем не соответствует определяемым им отношениям, возникающим в предпринимательской сфере между коммерческими организациями и (или) гражданами - индивидуальными предпринимателями по поводу комплекса исключительных прав.

В свете всего упомянутого логичнее называть изучаемую договорную конструкцию по аналогии с зарубежными странами франчайзинг, но поскольку отечественный законодатель легализовал другой термин, то в данной работе понятия коммерческая концессия и франчайзинг будут использоваться как тождественные.

Но опять же нельзя путать термин «франшиза», используемый в значении договора коммерческой концессии, и термин «франшиза», применяемый в страховом праве (франшиза - одно из условий страхования - освобождает страховщика от возмещения убытков, не превышающих определенную величину).

**2.2 Самостоятельность института коммерческой концессии**

Для полноты понимания объекта исследования необходимо провести сравнительную характеристику договора коммерческой концессии с другими смежными институтами. Также использование сравнительного метода поможет разобраться в причине разгоревшейся дискуссии в научной литературе по поводу правовой природы рассматриваемого договора.

На первый взгляд, кажется, что договор коммерческой концессии имеет элементы, как лицензионного договора, договора простого товарищества, так и купли-продажи, но при таком подходе тогда возникает сомнение в его самостоятельности как договорной конструкции. Однако ГК РФ развенчивает эти сомнения, поскольку договор коммерческой концессии выделен в отдельную главу, тем самым законодатель акцентирует внимание на его самостоятельности.

Наиболее частой проблемой, встречающейся на практике, является необходимость отграничить договор коммерческой концессии от лицензионного договора. Эта проблема еще более обострилась в связи с принятием части четвертой ГК РФ. Так предметом договора коммерческой концессии является передача комплекса исключительных прав, включающего в себя право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение и ноу-хау (п. 1 ст. 1027 ГК РФ).

Лицензионный договор о передаче права на использование товарного знака, равно как и договор коммерческой концессии, подлежит регистрации в Роспатенте. Согласно новой редакции п. 2 ст. 1028 ГК РФ из закона изъята норма о необходимости регистрации договора коммерческой концессии в органе, осуществившем регистрацию правообладателя (налоговом органе). Более того, в соответствии с п. 4 ст. 1027 ГК РФ к договору коммерческой концессии применяются все правила ГК РФ о лицензионном договоре.

Таким образом, часть четвертая ГК РФ делает основным отличием договора коммерческой концессии от лицензионного договора объект договора. Если лицензионный договор предусматривает использование прав на отдельные объекты интеллектуальной собственности, то по договору коммерческой концессии передается целый комплекс исключительных прав в разном объеме и сочетании. Пользователь использует имидж (brand name) и схему ведения предпринимательской деятельности правообладателя.

Договор коммерческой концессии, как правило, носит более детализированный характер, уточняя все аспекты взаимоотношений между сторонами.

В то время как лицензионный договор может быть возмездным и безвозмездным (п. 5 ст. 1235 ГК РФ), договор коммерческой концессии - это всегда возмездный договор (ст. 1027 ГК РФ).

В качестве правообладателя по договору коммерческой концессии, как правило, выступает коммерческая организация, в редких случаях - физическое лицо, являющееся предпринимателем. В то же время лицензиарами могут быть как предприниматели (физические и юридические лица), так и некоммерческие организации и граждане, владеющие патентами.

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. Кроме того, в лицензионных отношениях фактический изготовитель или услугодатель (лицензиат) всегда обязан так или иначе информировать о себе клиентов - потребителей и не вправе целиком скрываться под фирмой правообладателя (лицензиара)».

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 «Коммерческая концессия» как раз в том, что «в ней основное внимание уделено не содействию в реализации товаров, а вопросам лицензионных соглашений. Между тем вопросы лицензионных соглашений - это лишь часть, причем вспомогательная, по отношению к задаче реализации товара».

Нельзя не обратить внимание на родство изучаемого договора с иными гражданско-правовыми институтами договорного права: договором поручения, комиссии, агентским договором и договором простого товарищества.

Например, по мнению Городова О.А., все указанные договоры «сближает возможность опосредования сходных общественных отношений по обслуживанию, сбыту товаров, выполнению услуг, которое зиждется на принципах сотрудничества сторон и их равенства. Однако юридическое содержание в названных видах соглашений различно». Городов О.А. говорит, что различается предмет договора: если предметом договора коммерческой концессии является комплекс исключительных прав, то предметом договора простого товарищества - соединение вкладов товарищей и их совместные действия для достижения общей цели; предметом агентирования - юридические и иные (фактические) действия, предметом комиссии - одна или несколько сделок, предметом поручения - определенные юридические действия.

Авилов Г.Е. усматривает отличие договора коммерческой концессии от договора комиссии и агентского договора в том, что «комиссионер и агент действуют в интересах и по поручению комитента (принципала), оказывая последнему определенные услуги, за что получают от него вознаграждение. При этом сделки, заключенные комиссионером или агентом с третьими лицами, имеют имущественные последствия для комитента или принципала. Иначе строятся отношения сторон по договору коммерческой концессии. Здесь пользователь действует без поручения правообладателя и за свой собственный счет. Он осуществляет самостоятельную предпринимательскую деятельность с использованием средств индивидуализации правообладателя, его ноу-хау и коммерческого опыта, за что выплачивает правообладателю вознаграждение. Таким образом, если дистрибьютор, работающий по агентскому договору, получает от производителя товаров вознаграждение, то дистрибьютор по договору коммерческой концессии сам платит производителю за возможность работать под его фирмой».

В юридической литературе предпринимаются попытки выделить специфические черты коммерческой концессии, отличающие ее и от некоторых иных смежных институтов гражданского права. Так, Иванов А.А. обращает внимание на имеющиеся различия между коммерческой концессией и уступкой права (цессией). Он пишет: «Уступка прав - универсальный институт обязательственного права. В строгом смысле этого слова закон регламентирует уступку лишь требований в обязательствах, причем таких, которые могут существовать в отрыве от личности кредитора (ст. 383 ГК). Переход абсолютных прав данным институтом формально не охватывается. Между тем по договору коммерческой концессии передаются исключительные (абсолютные) права на результаты интеллектуальной деятельности, которые подчас неразрывно связаны с личностью правообладателя».

С различиями, выведенными Ивановым А.А. вряд ли стоит согласиться, так как уступка прав и коммерческая концессия не являются смежными институтами по отношению друг к другу. Также при коммерческой концессии нет места передачи прав (ни обязательственных, ни тем более исключительных), пользователю предоставляется правообладателем право использования комплекса исключительных прав, при этом сами исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности остаются у правообладателя. Пользователю только разрешается пользоваться комплексом исключительных прав, в данном случае и речи нет о каком-либо акте передачи прав, уступке (цессии).

Вместе с тем вполне уместным представляется проведенное Ивановым А.А. сравнение договора коммерческой концессии и договора простого товарищества, поскольку предоставление права на использование исключительных прав может служить и в качестве вклада товарища в общее имущество простого товарищества. Однако в последнем случае, как верно замечает Иванов А.А., «это право передается для достижения общих целей в рамках многостороннего договора. Все участники договора простого товарищества имеют общие интересы. В то же время договор коммерческой концессии является взаимным (синаллагматическим). Его участники имеют противоположные по направленности интересы; каждый из них стремится к извлечению максимальной выгоды за счет контрагента. Никакого общего имущества в данном случае не образуется».

На несомненное сходство коммерческой концессии и совместной деятельности обращает внимание также Авилов Г.Е., который подчеркивает, что «для коммерческой концессии свойственно сотрудничество сторон в процессе исполнения договора, так как конечные их интересы во многом совпадают. Поэтому франчайзинг в каком-то смысле можно считать разновидностью совместной деятельности. Однако было бы неправильно рассматривать его в контексте договора о совместной деятельности, также нашедшего свое место в ГК РФ (гл. 55). Помимо других очевидных различий между этими договорами, следует отметить, что характер сотрудничества сторон и его значение в этих договорах далеко не совпадают. Если в договоре о совместной деятельности такое сотрудничество имеет определяющее значение, то в коммерческой концессии оно является лишь одним из элементов и, кроме того, носит неравноправный характер, так как пользователь находится скорее в зависимых, чем в партнерских правоотношениях с правообладателем».

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.

Таким образом, учитывая все выше сказанное, можно сделать вывод, что договор коммерческой концессии является самостоятельным договором. Тогда возникает другой вопрос, к какой группе договоров он относится.

**2.3 Место коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров**

На сегодняшний день нет единого мнения о том, к группе каких договоров относится исследуемая договорная модель, тем не менее, многие юристы относят его к группе договоров об оказании услуг.

Профессор А.Ю. Кабалкин включает данный договор в группу договоров по оказанию услуг, а в качестве его предмета видит юридические и фактические действия. Эта точка зрения опирается на признание в качестве предмета договора действий по перепродаже пользователем товаров, принадлежащих на праве собственности правообладателю. При этом предоставление комплекса исключительных прав пользователю служит не конституирующим признаком договора, а лишь вспомогательным условием. Правда, при этом плата за такую услугу должна полагаться пользователю как исполнителю. Однако, согласно ст. 1030 ГК РФ, выплата вознаграждения по договору коммерческой концессии является обязанностью не правообладателя, а пользователя.

Так М.И. Брагинский и В.В. Витрянский включили его в свой труд «Договорное право», поместив в третьей книге, посвященной договорам о выполнении работ и оказании услуг. В. В. Витрянский отмечает, 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 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». При этом дополнительно подчеркивается, что это допускается и в смысле юридической техники, поскольку п. 2 ст. 779 ГК РФ не включает этот договор в перечень изъятий в отношении договоров возмездного оказания услуг. Однако последнее можно трактовать и иначе - договор коммерческой концессии вообще не имеет своим предметом действия в форме услуги, поэтому он и не включен в этот перечень. В данном случае отношения по оказанию услуг можно рассматривать в качестве дополнительных обязанностей правообладателя, в число которых входит инструктирование и обучение работников, консультационное содействие. Кстати, договор аренды транспортного средства с экипажем также включает в себя дополнительные обязанности арендодателя, которые можно квалифицировать как услуги, однако, договор в целом не утрачивает своей каузы. А договор подряда включает в качестве дополнительной обязанность заказчика оказывать содействие подрядчику, но эта обязанность не включается в его предмет. Эти отношения носят характер дополнительных, и не формируют предмет договора. Да и плата по договору предполагается не за эти услуги, а за предоставление комплекса исключительных прав. Именно отношения по предоставлению и использованию этого комплекса являются центральными по смыслу правового регулирования.

Распространена и другая точка зрения, так, по мнению Л.А. Трахтенгерца, договор коммерческой концессии относится к группе договоров лицензионного типа.

Помещение норм, регулирующих эти отношения в той части ГК РФ, которая посвящена в основном договорам об оказании услуг, нематериальный результат действия, которое должен совершить правообладатель, свидетельствует, что законодатель относит этот договор к родовой группе договоров об оказании услуг.

Но все-таки исходя из сущностного сходства предмета и объекта, данный договор можно отнести к группе договоров о передаче исключительных прав наряду с лицензионными, авторскими договорами, договорами о предоставлении прав на использование товарных знаков и т.д., поскольку его предмет - предоставление комплекса исключительных прав. В любом случае именно исключительность передаваемых прав является центральным звеном, обеспечивающим эксклюзивность самого товара и естественную монополию на рынке. При этом передача этих прав не по отдельности, а как единого комплекса, не меняет природу каждого отдельного права, т.е. права на отдельный объект. Более того, экономическая суть отношений, которые требуют правового регулирования в аспекте основного предмета - использование комплекса исключительных прав в предпринимательской деятельности, также не изменяет и сущности правоотношений, а, следовательно, не может служить основанием для полного отрицания лицензионной природы договора коммерческой концессии.

Признание отчасти лицензионной природы данного договора законодателем произошло совсем недавно, а именно с принятием части четвертой ГК РФ, поскольку в ст. 1027 ГК РФ появилась норма, согласно которой к договору коммерческой концессии применяются правила раздела о лицензионном договоре. Но хочется верить, что законодатель это сделал только в целях законодательной экономии и для удобства регулирования отношений коммерческой концессии. Поскольку иначе теряется смысл договорной конструкции коммерческой концессии (франчайзинга), и все наработки данной цивильной модели поглощаются лицензионным договором.

**Глава 3. Сущность договора коммерческой концессии**

## **3.1 Предмет и существенные условия договора**

В России отношения, основанные на договоре коммерческой концессии, получили нормативное регулирование на уровне кодифицированного источника, по существу прежде, чем соответствующие отношения получили достаточное развитие на практике. Более того, будучи предусмотренным договором, имея определенный в законе предмет, а соответственно и конкретную правовую цель (саusа), он является каузальной сделкой. Цель коммерческой концессии - расширение правообладателем рынка сбыта товаров, работ и услуг.

Этот договор является предпринимательским договором, поскольку стороны заключают его на свой страх и риск и осуществляют профессиональную деятельность по договору с целью систематического извлечения прибыли. Это - типичный эксклюзивный (исключительный) договор, поскольку закон дает право его сторонам включать в него условия, запрещающие заключать аналогичные договоры с другими лицами на срок действия договора и в пределах территории его действия.

Рассматриваемый договор является реальным, то есть считается заключенным с момента регистрации договора в Роспатенте. Также этот договор является возмездным и двусторонне-обязывающим.

Вопрос о предмете договора относится к одному из основных, поскольку условие о предмете является существенным условием. Так как общее правило гласит, что для заключения договора стороны должны придти к согласию по всем его существенным условиям, можно сделать вывод, что недостижение согласия или отсутствие даже попытки согласовать существенное условие, неважно по каким причинам, не приводит к искомому юридическому результату. Договор считается незаключенным, а, следовательно, у его сторон не возникает никаких прав и обязанностей.

Предметом рассматриваемого договора являются действия правообладателя по предоставлению за вознаграждение на срок или без указания срока права использовать в предпринимательской деятельности комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав.

Для того чтобы договор был надлежаще исполнен в соответствии с его предметом, необходимо не только определить само действие, но и указать тот объект, на который это действие направлено. Иными словами, предмет договора включает в себя в качестве элемента и объект договора.

Таким образом, объект договора - это то материальное благо - комплекс исключительных прав, на которое направлено само действие обязанного субъекта.

Термин «исключительное право» используется в законодательстве РФ в различных ситуациях, но всегда имеет один и тот же лексический и юридический смысл. Это закрепление права только за одним субъектом, кроме которого никто не может его реализовывать.

Основное значение имеет этот термин применительно к области прав на такие идеальные объекты, как результаты интеллектуальной деятельности. В ГК РФ к ним также приравниваются средства индивидуализации товаропроизводителя и его товара. Исключительные права в этом смысле отождествляются с понятием «интеллектуальная собственность». Исключительные права на идеальные объекты, которые используются в предпринимательской деятельности, формируют также понятие «промышленная собственность». Эта категория используется активно в международном праве, а термин встречается также и российском праве.

До внесения изменений ст. 1027ГК РФ включала в качестве объектов договора: фирменное наименование, коммерческое обозначение правообладателя, охраняемую коммерческую информацию, а также другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания. Но с 1 января 2008 года этот перечень подвергся корректировке. Из данного списка исчезло фирменное наименование, а охраняемая коммерческая информация превратилась в секрет производства (ноу-хау). Эти изменения привели к следующему: новый объект интеллектуальных прав - коммерческое обозначение, наконец-то, получило легальную защиту. Коммерческое обозначение не нуждается в какой-либо государственной регистрации, не подлежит обязательному включению в учредительные документы и в ЕГРЮЛ в отличие от фирменного наименования. Если фирменное наименование является принадлежностью исключительно коммерческих организаций, то коммерческое обозначение могут использовать также индивидуальные предприниматели и некоммерческие структуры (учреждения, фонды и т.п.), но только в части осуществления ими разрешенной коммерческой деятельности. В части четвертой ГК РФ для индивидуализации юридического лица разработчики определили фирменное наименование, которое совпадает с собственно наименованием юридического лица, а для индивидуализации предприятия, - коммерческое обозначение, которое в этой функции замещает фирменное наименование. В государствах же с развитым правопорядком фирменным наименованием считается название, под которым физическое или юридическое лицо обозначает предприятие, которое оно использует для идентификации своих отношений с клиентами в каком-либо конкретном секторе экономики. В соответствии с российским гражданским законодательством коммерческое обозначение призвано играть самостоятельную роль, выполняя функцию, которую согласно законодательствам большинства стран мира надлежит выполнять фирменному наименованию - идентифицировать предприятие определенного физического или юридического лица.

В отличие от фирменного наименования, служащего для индивидуализации юридических лиц, и от коммерческого обозначения, служащего для индивидуализации предприятия как имущественного объекта, товарный знак призван индивидуализировать отдельные товары и их группы (ст. 1477 ГК РФ).

Товарным знаком признается обозначение, служащее для индивидуализации товаров (п. 1 ст. 1477 ГК РФ). То есть основная функция товарного знака - это способность отличать товары юридических лиц и индивидуальных предпринимателей от однородных товаров и услуг других юридических лиц и предпринимателей.

Соответственно знаки обслуживания выполняют ту же функцию в отношении выполняемых работ или оказываемых услуг. Поэтому все правила ГК РФ полностью применяются и к знакам обслуживания (п. 2 ст. 1477 ГК РФ).

Если говорить об охраняемой коммерческая информации, то теперь она непосредственно связана с новым объектом интеллектуальной собственности - с секретом производства (ноу-хау).

Помимо предмета существенным условием является условие о вознаграждении. Согласно ст.1030 ГК РФ вознаграждение может выплачиваться в любой форме, предусмотренной договором, в частности, в форме фиксированных разовых (паушальный платеж) или периодических платежей (роялти), отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи, и т.п. Выбор той или иной формы выплаты вознаграждения зависит от того, в какой сфере коммерческой деятельности предоставляется концессия, насколько велико доверие сторон друг к другу, как строится учет правообладателя или пользователя и других причин. Например, при выполнении работ (оказании услуг) тяжело применять вознаграждение в форме наценки на оптовую цену товара.

Отчисления от выручки для себя изберет тот правообладатель, который будет уверен в том, что пользователь эту выручку от него не будет утаивать. Разовый платеж целесообразен тогда, когда сразу же после предоставления концессии пользователь получает все необходимые ему права и информацию и в дальнейшем содействии правообладателя при их реализации уже не нуждается.

Условие о сроке несущественное, поскольку в п.1 ст. 1027 ГК РФ закреплено, что договор заключается с указанием или без указания срока. В данном случае действует правило, что каждая из сторон договора коммерческой концессии, заключенного без указания срока, вправе в любое время отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок (ст. 1037 ГК РФ).

Территория использования комплекса исключительных прав пользователем также не существенное условие, а условие, имеющее существенное значение. Если территория не определена в договоре, то она определяется с учетом учредительных документов пользователя и степени его правоспособности.

## **3.2 Форма рассматриваемого договора**

В соответствии со ст. 1028 ГК РФ договор должен быть заключен в письменной форме. В случае несоблюдения этого требования договор считается ничтожным. При этом, хотя закон не указывает на это специально, этот договор должен быть заключен путем подписания одного документа. Иными словами, нельзя использовать такой способ, как обмен документами - письмами, телеграммами, а также в ответ на письменную оферту давать акцепт в форме конклюдентных действий (т.е. действий, свидетельствующих об акцепте). Это связано с дополнительной обязательной формальностью - регистрацией такого договора.

Количество экземпляров договора, составленного путем подписания одного документа обеими сторонами, должно быть не менее количества его участников, а в необходимых случаях стороны могут согласиться на подписание большего количества экземпляров, например для целей регистрации, предоставления в налоговые, судебные органы или хранения дополнительных экземпляров для безопасности в банковском сейфе. Все экземпляры договора, подписанного сторонами, имеют одинаковую юридическую силу. В силу правила ст. 452 ГК РФ, изменение и расторжение договора должны иметь ту же форму, в которой он был заключен. Однако и способ выражения воли при письменной форме (путем составления одного документа, обмена документами, молчанием или конклюдентными действиями) при этом играет важную роль. Поскольку все изменения договора, так же как и его расторжение, подлежат государственной регистрации, то они должны быть совершены путем составления одного документа. Исключение составляют случаи, когда изменение или расторжение договора допускаются в одностороннем порядке и совершаются в форме односторонней сделки или производятся на основании судебного решения.

С 1 января 2008 года была отменена двойная регистрация договора коммерческой концессии. До этого дня договор должен был быть зарегистрирован органом, осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, выступающего по договору в качестве правообладателя (налоговым органом), а в случае наличия объектов патентного права в договоре - федеральным органом исполнительной власти в области патентов и товарных знаков. Но если договор стороны не зарегистрировали, то они просто не могли ссылаться на незарегистрированный договор перед третьими лицами, но к недействительности договора это не приводило. Исключение было предусмотрено лишь для объектов патентного права: договор концессии патентного объекта без регистрации в Роспатенте считался недействительным.

В настоящее время законодатель оставил только регистрацию в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, а именно в Федеральной службе по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам. Но по новым правилам незарегистрированный договор коммерческой концессии признается ничтожным. Государственной регистрации подлежит также любое изменение договора концессии, а также его прекращение.

В Постановлении Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 21 января 2003 г. № Ф03-А73/02-1/2898 говорится о споре между Обществом с ограниченной ответственностью и Открытым акционерным обществом по поводу взыскания задолженности с ОАО, вытекающей из договора коммерческой концессии. По договору ООО передало ОАО комплекс исключительных прав, принадлежащих обществу на навесные плуги для гладкой пахоты, в том числе право изготавливать эти плуги и насыщать ими рынки России и СНГ, а ОАО свои обязанности по оплате не исполнило. Но судом было выяснено, что заключенный сторонами договор не был зарегистрирован, поэтому договор является ничтожным и ООО было отказано в удовлетворении его требований.

## **3.3 Стороны договора: их права и обязанности**

Согласно российскому законодательству, в роли правообладателя и пользователя могут выступать только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. Это требование сохраняется и в отношении сторон в договорах коммерческой субконцессии. Субпользователь по договору коммерческой субконцессии, также как вторичный пользователь и каждый последующий субпользователь, при создании разветвленной сети коммерческой субконцессии должен обладать статусом либо юридического лица - коммерческой организации, либо статусом гражданина-предпринимателя.

По договору коммерческой концессии правообладатель обязан обеспечить передачу пользователю всего комплекса исключительных прав по договору (п. 1 ст. 1031 ГК РФ). Эта обязанность в законе расшифрована достаточно подробно и сформулирована как императивная. Она включает в себя ряд положений:

a. Передать пользователю техническую и коммерческую документацию (планы, расчеты, чертежи), проинструктировать пользователя и его работников по вопросам осуществления прав, переданных по договору коммерческой концессии, а также предоставить пользователю иную информацию, необходимую для осуществления этих прав. По сути, данная обязанность является информационной, которая требует, чтобы правообладатель снабдил пользователя любой информацией, которая окажется необходимой для осуществления прав, передаваемых по договору коммерческой концессии. Перечень данных, которые можно потребовать раскрыть, оставлен открытым. Данный вопрос должен быть урегулирован непосредственно в самом договоре для предотвращения в дальнейшем каких-либо спорных ситуаций.. Проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением прав, предоставленных по договору коммерческой концессии.

Првообладатель также обязан обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии (п. 2 ст. 1028 ГК РФ). Эта обязанность, как и все последующие, является диспозитивной.

Также обязанностью является оказание пользователю постоянного технического и консультативного содействия, включая содействие в обучении и повышении квалификации, работников. Возложение на правообладателя этой обязанности вполне логично, особенно в рамках долгосрочного договора. Ведь объекты прав, передаваемых по договору коммерческой концессии, как правило, непрерывно совершенствуются. Поэтому пользователь объективно заинтересован в получении новой информации, которая улучшит его. Действие по выполнению данной обязанности представляет собой услугу или, вернее, целый комплекс услуг, содержание которых зависит от соответствующего этапа договорного обязательства. Первоначальный этап наиболее сложен для правообладателя, поскольку он должен обеспечить нормальные стартовые условия для деятельности пользователя. Поэтому основной объем таких услуг падает на него. Это - первоначальная и основная, по сути, услуга по обучению персонала пользователя. Хотя зарубежное законодательство обычно тоже не дает развернутого перечня действий по оказанию первоначальной помощи или услуг правообладателя пользователю, богатая франшизная практика подсказывает, чего пользователь вправе требовать от правообладателя на этапе «запуска» своего бизнеса.

Необходимо проводить и последующее обучение вновь принятых работников или повышение квалификации действующих сотрудников. Порядок обучения может быть различным: организация обучения специально для работников пользователя и/или приглашение их на различного рода семинары, которые правообладатель проводит публично и для других пользователей.

В качестве обязанности правообладателя в договоре может быть предусмотрено осуществление контроля качества товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии. Правообладателю проще проконтролировать их качество, чем пользователю, поскольку правообладатель - обычно и создатель интеллектуальных продуктов, права на которые передаются по договору коммерческой концессии. Именно правообладатель заинтересован в том, чтобы эти творческие продукты не обесценивались в результате выпуска товаров (выполнения работ, оказания услуг) худшего качества.

В договоре коммерческой концессии требования к качеству определяются путем указания либо нормативных документов по стандартизации, образца и (или) описания, которым должно соответствовать качество товара, либо показателей качества товара, либо и тому и другому.

К показателям качества могут относиться требования надежности, безопасности, энергопотребления, эргономических, эстетических, экологических, количественных, и других характеристик товара.

Правообладатель является гарантом качества продукции (работы, услуги), на которые распространяются права. Именно поэтому, важно определение в рамках договора объема передаваемых прав и порядка их использования, надлежащее оформление передачи и соответственно принятия коммерческого опыта и всей необходимой пользователю информации, а также своевременное осуществление контроля качества.

Обеспечение соответствия товаров, работ, услуг пользователя стандартам качества правообладателя - ключевое условие франчайзинга как особой системы отношений обладателя исключительных прав и пользователя такими правами, смысл самого существования франчайзинга как специфического способа предпринимательства.

Договор коммерческой концессии не был бы синаллагматическим, если бы обязанности лежали только на правообладателе.

Пользователь обязан:

) использовать комплекс полученных им исключительных прав в строгом соответствии с условиями договора, в установленном объеме и надлежащим образом (и. 2 ст. 1027, ст. 1032 ГК РФ). Эта обязанность взаимодействует с его правом использовать такой комплекс (п. 1 ст. 1027 ГК РФ). Право использовать исключительные права касается главным образом тех действий, которые может совершать пользователь. Обязанность его состоит в том, чтобы не выходить за пределы пользования, установленные договором.

а) использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации правообладателя указанным в договоре образом. Если в договор внесены какие-либо ограничения, касающиеся такого использования, они должны соблюдаться. Отсутствие в договоре каких бы то ни было ограничений на этот счет означает, что коммерческое обозначение правообладателя может использоваться любым, не запрещенным законодательством способом.

б) информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует коммерческое обозначение, товарный знак (знак обслуживания) или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии. Основной сферой, в которой осуществляется данная обязанность, является реклама. Пользователь должен проинформировать своих покупателей (заказчиков) о том, что он выступает в качестве пользователя именно по договору коммерческой концессии, причем в отношении конкретного правообладателя, который тут же должен быть назван. Способ доведения до покупателей (заказчиков) информации о том, что средства индивидуализации используются на основании договора коммерческой концессии, зависит от того, как они используются. Словесная форма использования предполагает устное сообщение, письменная или графическая - наличие необходимых надписей и т. п. Невыполнение этого требования является нарушением договора и может привести к негативным для пользователя правовым последствиям.

в) соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как этот комплекс используется правообладателем, в том числе указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав. Инструкции и указания могут быть даны правообладателем, как при заключении договора коммерческой концессии, так и в любое время в период его действия. При этом если в договоре не ограничен объем или содержание указаний (инструкций), они могут быть любыми. Однако правообладатель не может предъявлять к пользователю требования, которые не соблюдает сам. Именно это правило служит тем ограничением, которое не позволяет давать чрезмерные или невыполнимые инструкции (указания), а потом требовать досрочного расторжения договора коммерческой концессии по причине их невыполнения. Необходимо согласовывать с правообладателем и место расположения коммерческих помещений, поскольку от места расположения объекта напрямую зависит объем продаваемой продукции (оказываемых услуг и т.д.) и соответственно популярность и размер дохода предприятия.

г) не разглашать секреты производства (ноу-хау) правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию. С вступлением в силу части четвертой ГК РФ усилилось гражданско-правовое регулирование секретов производства (ноу-хау), поскольку появилась глава 75 «Право на секрет производства (ноу-хау)». В ней закреплено, что такое секрет производства (ноу-хау). «Секретом производства (ноу-хау) признаются сведения любого характера (производственные, технические, экономические, организационные и другие), в том числе о результатах интеллектуальной деятельности в научно-технической сфере, а также сведения о способах осуществления профессиональной деятельности, которые имеют действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности их третьим лицам, к которым у третьих лиц нет свободного доступа на законном основании и в отношении которых обладателем таких сведений введен режим коммерческой тайны». При заключении договора коммерческой концессии сторонам необходимо указывать те сведения, в отношении которых принимаются меры к охране конфиденциальности. Правообладатель должен указать, какие сведения он относит к секретным, и только в отношении них возникает обязанность пользователя держать их в секрете;

)своевременно выплачивать правообладателю обусловленное договоренностью вознаграждение (ст. 1030 ГК РФ);

)обеспечивать соответствие качества производимых им на основании договоре товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем. Эта обязанность вытекает из цели договора - содействовать расширению сбыта товаров (работ, услуг). Если пользователь изготовляет товары (работы, услуги), которые по качеству ниже, чем производимые правообладателем, покупатели (заказчики) таких товаров (работ, услуг) вводятся в заблуждение. Ведь они рассчитывали на определенное качество, которое отождествляется с использованием соответствующих средств индивидуализации (товарного знака, фирменного наименования и т. п.), но не получили его. Следовательно, покупатели (заказчики) товаров (работ, услуг) могут предъявить пользователю требования, вытекающие из необеспечения им того качества, которое присуще товарам (работам, услугам) правообладателя, со ссылкой на договор коммерческой концессии и ст. 309,469,721 ГК РФ. Причем эти требования основаны как на правилах, направленных на защиту прав потребителей, так и на нормах ГК РФ. На основании статьи 1032 ГК РФ и статьи 4 Закона РФ «О защите прав потребителей» потребитель вправе рассчитывать на соответствующий уровень качества товаров и сервиса. В отношении предпринимателя - нарушителя могут применяться нормы:

 законодательства о потребителях (нарушение требований об информации и качестве);

 законодательства о рекламе (если правообладатель не обеспечивает контроль за пользователем и потребитель умышлешю вводится в заблуждение).

1. оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя. Эта обязанность, как и предыдущая, вытекает из цели договора коммерческой концессии;
2. не передавать полученного им комплекса прав или его части в субконцессию без согласия правообладателя (ст. 1029 ГК РФ);
3. предоставить оговоренное количество субконцессий, если такая обязанность предусмотрена договором.

Поскольку две последние обязанности тесно связаны друг с другом, их содержание можно излагать одновременно.

Субконцессия - это договор, в соответствии с которым пользователь обязуется передать вторичному пользователю весь комплекс полученных

им от правообладателя по договору коммерческой концессии прав или их часть. В результате заключения договора субконцессии пользователи по отношению к вторичному пользователю становится правообладателем. Не случайно к договору коммерческой субконцессии применяются правила о договорах коммерческой концессии, если иное не вытекает из особенностей субконцессии (п. 5 ст. 1029 ГК РФ), в том числе и такие, как обязательная государственная регистрация (см. абз. 4 п. 2 ст. 1028 ГК РФ).

Права вторичного пользователя, таким образом, становятся производными от прав самого пользователя. В отношения с правообладателем косвенно, через посредство пользователя, вступает новое лицо - вторичный пользователь. Это обременяет правообладателя дополнительными обязанностями, которые не могут быть возложены на него без его согласия. Отсюда обязательное требование закона о том, что условия субконцессии должны быть согласованы пользователем с правообладателем или определены в договоре коммерческой концессии (п. 1ст. 1029 ГК РФ).

Передача пользователем всего комплекса полученных им прав или его части в субконцессию может быть прямо запрещена договором. В этом случае любой договор коммерческой субконцессии, заключенный пользователем, недействителен, поскольку заключен при отсутствии необходимых полномочий (ст. 174 ГК РФ). Вторичный пользователь в данном случае может предъявлять претензии только к пользователю, но никак не к первичному правообладателю.

Передача прав в субконцессию может быть разрешена пользователю договором. И в этом случае она может рассматриваться или как право, или как обязанность пользователя. Выбор того или иного варианта зависит от того, какие положения на этот счет существуют в договоре коммерческой концессии. Если договор формулирует возможность заключать договор коммерческой субконцессии как право пользователя (или правообладателем дано согласие на передачу прав в субконцессию), то объем этого права зависит от тех ограничений, которые содержатся в договоре (согласии правообладателя, которое дается после заключения договора). При отсутствии таких ограничений право пользователя передавать полученные им права в субконцессию должно считаться полным, то есть распространяться на весь комплекс полученных им прав и каждое из них в отдельности. В данном случае пользователь может передать в субконцессию тот объем прав, который имеет сам. Выход пользователя за пределы границ, установленных правообладателем, не связывает последнего, а заключенный договор субконцессии недействителен на основании ст. 174 ГК РФ.

Заключение договоров коммерческой субконцессии может быть и обязанностью пользователя. Это весьма важно для правообладателей с точки зрения создания сбытовых или торговых сетей и последующего, эффективного управления ими. Включение в условия договора такой обязанности, как правило, объясняется желанием правообладателя максимально расширить круг лиц, продающих товары (выполняющих работы, оказывающих услуги) с использованием изначально принадлежащих ему исключительных прав. При использовании системы субконцессий первичный пользователь берет на себя дополнительные организационные и управленческие функции, которые нередко становятся для него основными. Таким образом, он еще более тесно интегрируется с правообладателем. Чем шире круг ниц, использующих данный комплекс исключительных прав, тем выше стоимость последних, а значит, и бизнеса правообладателя. Именно этим можно объяснить включение в договор обязанности пользователя в течение определенного срока предоставить субконцессии определенному числу лиц.

Результат, аналогичный системе субконцессий, может быть достигнут также с помощью комбинации коммерческой концессии с другими договорами. Например, стороны могут договориться о том, что пользователь по договору коммерческой концессии будет привлекать других пользователей и впоследствии выполнять по отношению к ним отдельные организационные и управленческие функции, действуя как представитель правообладателя, то есть его поверенный или агент. В этом случае все новые пользователи будут связаны договорами коммерческой концессии не с первичным пользователем, а непосредственно с правообладателем.

Действие договора коммерческой субконцессии неразрывно связано с судьбой самого концессионного договора, в осуществление которого субконцессия была выдана. Нормы, которые ГК РФ вводит в данном случае, есть не что иное, как известный принцип: никто не может передать больше прав, чем имеет сам. В самом деле, пользователь получает от правообладателя некоторый объем прав и передать вторичным пользователям эти права в большем объеме он просто не вправе.

Пользователь часто видит договор впервые уже в готовом варианте, и ему необходимо обратить внимание на условия об ответственности сторон. В частности на то обстоятельство, что правообладателю бывает выгодно воспользоваться предоставленной законом п. 4 ст. 1029 ГК РФ возможностью изменить ответственность пользователя за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей по договору субконцессии. До подписания договора коммерческой концессии у пользователя есть возможность установить режим ответственности, более отвечающий его интересам. Хотя в целом его позиция достаточно защищена, поскольку законодатель, изначально видя в пользователе более слабого партнера, установил ему серьезные гарантии стабильности (ст. 1038 ГК РФ), за их действия. Устанавливая подобное правило, законодатель, по-видимому, исходил из того, что и пользователь, и вторичные пользователи используют одни и те же права, принадлежащие правообладателю, причем первый - непосредственно, а вторые - через посредство первого.

1. пользователь обязан не допускать дискриминации потребителей. Эта обязанность вытекает из статьи 426 ГК РФ (публичный договор), поскольку договоры, заключаемые пользователем (вторичным пользователем) с потребителями концессионных товаров, в основном подпадают под общее определение публичного договора.

Статья 1035 ГК РФ предусматривает право пользователя по срочному договору коммерческой концессии на заключение договора на новый срок. Данное положение защищает интересы пользователя как более слабой стороны договора. Находясь в зависимости от правообладателя, пользователь по окончании срока действия договора рискует оказаться в сложном положении: ему практически придется начинать свое дело с нуля, так как он более не сможет пользоваться средствами индивидуализации и коммерческим опытом правообладателя. Это было бы несправедливо, ведь пользователь вкладывал свои собственные средства в развитие предпринимательской деятельности правообладателя (в продвижение на рынок его товаров работ или услуг, увеличение объемов его производства). Тем самым пользователь оказал услугу не только правообладателю, но и тому лицу, которое по окончании договора может занять его место в коммерческой системе правообладателя. Если в отношениях между пользователем и правообладателем выгода была, по крайней мере, взаимной, то за услугу, оказанную другому лицу, пользователь, разумеется, ничего не получит.

Это право существенно отличается от преимущественного права на заключение договора на новый срок, например по договору аренды, или преимущественного права покупки доли в обшей собственности. Преимущественное право предполагает возможность заключения договора на новых условиях, причем таких, которые предлагает третьим лицам прежний арендодатель или продавец. А в данном случае пользователь вправе требовать заключения нового договора на условиях прежнего договора.

Круг обязанностей сторон договора коммерческой концессии не исчерпывается теми, которые рассмотрены выше. Отдельную группу обязанностей составляют такие, которые возникают вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения договора. Это обязательства в форме ответственности за нарушение договора: обязанность нарушителя возместить убытки другой стороне - в полном или ограниченном объеме. При этом, учитывая предпринимательский характер договора, нельзя включить в договор условие об освобождении от возмещения убытков в целом, если только за подобное нарушение не установлена обязанность нарушителя уплатить исключительную неустойку. Помимо этого стороны могут использовать различные формы обеспечения исполнения обязательств каждой стороной. Эти меры также порождают, в случае их использования, дополнительные обязанности сторон, в том числе и дополнительную ответственность. Помимо ответственности, санкции за нарушение договора могут включать и такие, как право стороны в одностороннем порядке изменить отдельные условия договора, а также требовать его расторжения (в том числе во внесудебном порядке) или отказаться от исполнения договора. Хотя законодатель в общих нормах об обязательствах и договорах, в специальных нормах о договоре коммерческой концессии и сформулировал подобные права и обязанности сторон, однако надо помнить, что в нормативных актах невозможно предусмотреть вес особенности, которые должны быть отражены в конкретном договоре. Поэтому потенциальные участники сами должны проанализировать ситуацию с тем, чтобы наиболее полно и четко сформулировать в договоре обязанности и права сторон в целях эффективной организации их деятельности и создания механизмов максимального предотвращения негативных последствий разного рода рисков.

## **3.4 Прекращение договора франчайзинга**

Каждая из сторон договора коммерческой концессии, заключенного без указания срока, вправе в любое время отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок. Досрочное расторжение договора коммерческой концессии, заключенного с указанием срока, а также расторжение договора, заключенного без указания срока, подлежат государственной регистрации в том же порядке, что и заключение договора. Также прекращение договора происходит при объявлении правообладателя или пользователя несостоятельным (банкротом).

Прекращение договора происходит в случае прекращения права на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение, если это право включено в комплекс прав, охватываемых концессией, без адекватной замены (п. 3 ст. 1037 ГК РФ). Ранее договор прекращался только в случае прекращения принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами.

При этом в отношении коммерческого обозначения предполагается, что в случае его прекращения у пользователя возникает аналогичное право в отношении нового коммерческого обозначения, возникшего у правообладателя (ст. 1039 ГК РФ).

Если же новое коммерческое обозначение пользователя не устраивает, он вправе в одностороннем порядке потребовать расторжения договора концессии с соразмерным уменьшением причитающегося правообладателю вознаграждения.

Кроме этого в ст.1038 ГК РФ закреплено, что договор коммерческой концессии сохраняется при перемене сторон. Смена сторон может произойти в случае перехода к другому лицу какого-либо исключительного права, входящего в предоставленный пользователю комплекс исключительных прав, и смерти правообладателя. В последнем варианте договор сохраняется, если наследник правообладателя зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства зарегистрируется в качестве индивидуального предпринимателя. Осуществление прав и исполнение обязанностей умершего правообладателя до принятия наследником этих прав и обязанностей или до регистрации наследника в качестве индивидуального предпринимателя осуществляются управляющим, назначаемым нотариусом.

Характерной особенностью договора коммерческой концессии является возможность для сторон устанавливать определенные ограничения прав, вытекающих из этого договора, по существу направленных на ограничение конкуренции на рынке соответствующих товаров, работ и услуг.

Договором коммерческой концессии (франчайзинга) могут быть предусмотрены оспоримые ограничения (которые возможно установить в договоре, но при определенных обстоятельствах они могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа (п. 1 ст. 1033 ГК РФ). К ним относятся, в частности, условия об исключительном территориальном характере передаваемых прав, обязательство не осуществлять на договорной территории конкуренции с правообладателем, отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя и обязательство пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

В ГК РФ предусмотрен перечень ничтожных ограничений (включение которых в договор прямо запрещено). Это право правообладателя определять цену продажи товара (работ, услуг) пользователем; установление верхнего или нижнего предела этих цен; продажа товаров (работ, услуг) пользователем исключительно определенной категории покупателей или заказчиков либо покупателям, имеющим местонахождение на определенной в договоре территории.

# **Глава 4. Ответственность сторон по договору коммерческой концессии**

Договор коммерческой концессии регулирует отношения, связанные с предпринимательской деятельностью, следовательно, ответственность сторон договора коммерческой концессии друг перед другом наступает независимо от вины, а именно по правилам ответственности по обязательствам при осуществлении предпринимательской деятельности (п. 3 ст. 401 ГК РФ). Причем при определении размера убытков могут учитываться не только реальный ущерб, но и упущенная выгода (ст., ст. 393 и 15 ГК РФ).

Однако коммерческая концессия предполагает, что передаваемые исключительные права используются, как правило, в целях расширения сбыта товаров, выполнения работ или оказания услуг. Качество этих товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем, должно быть не ниже, чем у правообладателя. Последний, в свою очередь, обязан контролировать качество товаров (работ, услуг), если договором коммерческой концессии не предусмотрено иное. Тем самым обеспечивается повышенная защита интересов потребителя. Вступая в отношения с пользователем, покупатель или заказчик вправе рассчитывать на получение изделий и услуг, эквивалентных тем, которые он получил бы непосредственно от правообладателя.

Правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии (абз. 1 ст. 1034 ГК РФ). Если же пользователь выступает в роли изготовителя товаров правообладателя, то есть продаст покупателям вещи (товары), изготовленные на его предприятии, на которых находятся товарные знаки и другие фирменные обозначения правообладателя, последний отвечает за качество этих товаров солидарно с пользователем (ч. 2 ст. 1034, ст. 322 - 325 ГК РФ).

При условии субсидиарной ответственности, необходим жесткий контроль за качеством производимых товаров, оказываемых услуг, необходимо постоянно заниматься совершенствованием, решать совместно различные проблемы, давать консультации пользователю по любому вопросу относительно веления бизнеса.

Эта статья имеет важное значение, так как она направлена на защиту прав и интересов потребителей и общественных интересов в целом. Она связана с сутью коммерческой концессии, предполагающей своего рода подмену субъекта правоотношения, когда одно лицо разрешает другому использовать в отношениях с третьими лицами свои средства индивидуализации. В результате такой сделки оба ее участника получают немалые выгоды. Правообладатель получает возможность развивать свой бизнес и продвигать свои товары или услуги на новые рынки, а пользователь может с минимальным риском организовать свое дело, присоединившись к уже налаженной системе производства или сбыта. Однако покупатели товаров, заказчики работ или услуг, реализуемых на основе коммерческой концессии, не должны страдать. Поэтому закон предоставляет им возможность в определенных случаях привлечь к ответственности обе стороны договора коммерческой концессии.

Важно понимать также и то, что возложение на правообладателя ответственности по предъявляемым к пользователю требованиям ни в коей мере не лишает правообладателя возможности отнести на счет пользователя убытки, образовавшиеся в результате удовлетворения таких требований, основанием которых послужило неисполнение пользователем обязанности по обеспечению надлежащего качества товаров, работ или услуг (такая возможность вытекает, в частности, из статьи 1032 ГК РФ). Поэтому вряд ли можно говорить о том, что статья 1034 ГК направлена против правообладателя. Наоборот, данное положение ГК РФ в конечном счете отвечает его интересам. Ведь предъявление к нему подобных исков свидетельствует, что тот или иной его партнер не соблюдает условий концессии, чем наносит ущерб его репутации на рынке. Таким образом, правило статьи 1034 ГК РФ об ответственности правообладателя поможет ему лучше контролировать работу пользователей и избавляться от тех из них, кто не обеспечивает стандарты качества.

В зависимости от сферы действия договора, требования к правообладателю подпадают под общие нормы об ответственности продавца за качество продаваемых товаров, установленные ст. 469 - 477 ГК РФ, либо под общие нормы об ответственности подрядчика за качество выполненных работ (ст. 721 - 725 ГК РФ), которые распространяются и на оказание возмездных услуг. При этом следует также учитывать специальные правила о розничной купле-продаже (ст. 503 - 505 ГК РФ) и об ответственности за качество работ, выполняемых по бытовому подряду (ст. 737 ГК).

Если по договору коммерческой концессии пользователь не только продает, но и сам производит товар, право, на производство которого передано правообладателем, то потребитель имеет право заявить свои требования по поводу такого товара как обеим сторонам, так и любой из сторон в соответствии с правилами о солидарной ответственности (ст.322 - 325 ГК РФ).

Ответственность правообладателя наступает только при несоответствии качества товаров, работ или услуг (но не количества, ассортимента, комплектности, сроков и иных условий договора пользователя с его контрагентами).

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

 соразмерно уменьшить покупную цену;

 безвозмездно устранить недостатки товара;

 возместить расходы потребителя па устранение недостатков товара;

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

 заменить товар.

Согласно ст. 18 Закона РФ «О защите прав потребителей», потребитель вправе потребовать также полного возмещения убытков, причиненных ему вследствие продажи товара ненадлежащего качества.

При производстве работ ненадлежащего качества имеются в виду требования, предъявляемые в соответствии со ст. 723, 737 ГК РФ. К этим требованиям относятся:

* безвозмездное устранение недостатков в разумный срок;
* соразмерное уменьшение установленной за работу иены;
* возмещение своих расходов на устранение недостатков, когда право заказчика устранять их предусмотрено в договоре;
* безвозмездное выполнение работы заново с возмещением заказчику причиненных просрочкой исполнения убытков.

Если отступление в работе от условий договора или иные недостатки результата работы в установленный заказчиком срок не были устранены либо являются существенными и неустранимыми, заказчик вправе отказаться от исполнения договора и потребовать возмещения причиненных убытков.

Статья 737 ГК РФ предусматривает, что в случае обнаружения недостатков во время приемки результата работы или после его приемки в течение гарантийного срока, а если он не установлен, - разумного срока, но не позднее двух лет (для недвижимого имущества - пяти лет) со дня приемки результата работы, заказчик вправе по своему выбору осуществить одно из предусмотренных в статье 723 ГК РФ прав либо потребовать безвозмездного повторного выполнения работы или возмещения понесенных им расходов на исправление недостатков своими средствами или третьими лицами.

При оказании услуг ненадлежащего качества предъявляются требования в соответствии со ст. 783 ГК РФ, которые аналогичны требованиям, предъявляемым при производстве работ ненадлежащего качества, т.е. тем, которые перечислены в ст.723, 737 ГК РФ.

Распределение ответственности при причинении потребителю вреда предусмотрено ст.1095 ГК РФ, которая устанавливает, что вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу гражданина или имуществу юридического лица вследствие конструктивных, рецептурных или иных недостатков товара, работы или услуги, а также вследствие недостоверной или недостаточной информация о товаре (работе, услуге), подлежит возмещению продавцом или изготовителем товара, лицом, выполнившим работу или оказавшим услугу (исполнителем), независимо от их вины и от того, состоял ли потерпевший с ними в договорных отношениях или нет.

В статье 14 Закона РФ «О защите прав потребителей» отмечается также, что вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя вследствие конструктивных, производственных, рецептурных или иных недостатков товара (работы, услуги), подложит возмещению в полном объеме. А статья 12 предусматривает еще и ответственность изготовителя (исполнителя, продавца) за ненадлежащую информацию о товаре (работе, услуге), об изготовителе (исполнителе, продавце). Если потребителю не предоставлена возможность незамедлительно получить при заключении договора информацию о товаре (работе, услуге), он вправе потребовать от продавца (исполнителя) возмещения убытков, причиненных необоснованным уклонением от заключения договора, а если договор заключен, в разумный срок расторгнуть его и потребовать возврата уплаченной за товар суммы и возмещения других убытков.

На практике пользователь не всегда информирует покупателей (заказчиков) о том, что он использует коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии. Но в ГК РФ на этот счет об ответственности тоже ничего не сказано.

Интересным рассмотреть ответственность по договору коммерческой концессии, в котором в качестве правообладателя выступает ОАО «ЛУКОЙЛ».

По договору коммерческой концессии ОАО «ЛУКОЙЛ», «пользователь осуществляет продажу нефтепродуктов, в том числе расфасованных масел и товаров технической химии Правообладателя» используя товарные знаки ОАО «ЛУКОЙЛ» на объектах, принадлежащих Пользователю и расположенных на определенной территории».

При продаже нефтепродуктов ненадлежащего качества Пользователь возмещает Правообладателю понесенные убытки и уплачивает неустойку в размере 10 % стоимости некачественных нефтепродуктов, реализованных и/или находящихся в резервуарах Пользователя на дату обнаружения реализации нефтепродуктов ненадлежащего качества. На восстановление качества нефтепродуктов Пользователю дается срок 5 дней. До исправления качества нефтепродуктов и уплаты Пользователем неустойки, реализация нефтепродуктов приостанавливается.

Если Пользователь не восстановит качество в указанный срок и/или не уплатит неустойку, Правообладатель может расторгнуть договор.

По договору коммерческой концессии. ОАО «ЛУКОЙЛ» предусмотрена также ответственность за неисполнение иных обязательств, не относящихся к качеству продаваемых нефтепродуктов. Поскольку компания обязуется поставлять нефтепродукты на реализацию согласно заявке Пользователя, он же берет на себя обязательство продать нефтепродукты и по графику вернуть деньги компании. Если Пользователем выбирается менее 90% заказанного месячного объема нефтепродуктов, на него накладываются штрафные санкции в размере 3% стоимости невыбранных нефтепродуктов, а сами нефтепродукты перераспределяются другим потребителям.

В случае нарушения Пользователем своих обязательств в части своевременного вывоза нефтепродуктов с нефтебазы Правообладателя, Пользователь оплачивает стоимость хранения нефтепродуктов, исходя из действующих в ОАО «ЛУКОЙЛ» в тот период расценок на хранение нефтепродуктов.

При отказе Пользователя от заявленного количества нефтепродуктов на него накладываются штрафные санкции в размере 3% стоимости продукции, от поставки которой он отказался.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения Пользователем обязательств по возмещению транспортных расходов Правообладателя, Пользователь уплачивает ему неустойку в размере 0,5% суммы просроченного платежа за каждый банковский день просрочки.

При реализации на АЗС, работающих по договорам коммерческой концессии, нефтепродуктов, приобретенных не у Правообладателя без его согласия, Пользователь уплачивает Правообладателю неустойку в размере, соответствующем стоимости объема реализованных нефтепродуктов. Одновременно Пользователь предупреждается в письменной форме о возможном расторжении договора коммерческой концессии. Реализация нефтепродуктов до уплаты Пользователем неустойки запрещается.

Следует заметить, что в ГК РФ отсутствует статья, посвященная ответственности пользователя по договору коммерческой концессии, что, безусловно, является пробелом в законодательстве.

# **Глава 5. Судебная практика**

На сегодняшний день судебной практики по делам, связанным с договором коммерческой концессии, мало. Это связано с тем, что в России очень плохо развита защита интеллектуальной собственности. Те судебные дела, которые существуют, в основном, касаются налоговых вопросов, и, в рамках этой работы рассматриваться не будут.

В 1999 году Арбитражный суд г. Москвы рассмотрел иск ТОО НПФ «Био Тон» (истец) к ЗАО «Ингакамф» о взыскании убытков. В ноябре 1999 г. суд кассационной инстанции по жалобе истца проверил материалы дела и установил, что в 1997 г. ЗАО «Ингакамф» (ответчик) предоставил истцу статус официального эксклюзивного дистрибьютора на реализацию препарата «Полифепам» на территории Российской Федерации на основании договора о сотрудничестве. Проанализировав условия заключенного договора по существу, суд пришел к выводу, что между истцом и ответчиком был заключен договор коммерческой концессии, предметом которого «являлась передача исключительного права на реализацию медицинского препарата». Далее, суд указал, что отношения сторон регулировались главой 54 ГК РФ и нормами Патентного закона.

При рассмотрении дела выяснилось, что ЗАО «Ингакамф» не обладал исключительными правами на препарат и, следовательно, не мог выступать в договоре коммерческой концессии в качестве стороны, передающей такие права. Кроме того, суд отметил, что договор не был зарегистрирован ни в Роспатенте, ни в органе по государственной регистрации юридических лиц. На основании установленных фактов суд посчитал, что указанная сделка является ничтожной, а соответственно отсутствуют основания для удовлетворения требования истца о взыскании убытков.

В 1999 г. ОАО «Амурский судостроительный завод» (изготовитель) заключило договор о совместной деятельности по производству навесных плугов с правопредшественником «АТП-Пахарь» (разработчиком). По условиям договора разработчик передавал изготовителю техническую документацию, осуществлял авторский надзор при корректировке документации на производстве, а изготовитель должен быть осуществлять отчисления в пользу разработчика в размере 10% от продажной цены каждого изделия. Изготовитель свои обязательства не исполнил, что и привело к подаче иска.

Суд, руководствуясь ст. 431 ГК РФ, установил буквальное значение условий договора путем сопоставления их с другими условиями и смыслом договора в целом и пришел к выводу, что стороны заключили на деле договор коммерческой концессии. Суд указал, что договор не был зарегистрирован в органе по регистрации юридических лиц в нарушение ст. 1028 ГК РФ. Отсутствие такой регистрации было приравнено к отсутствию государственной регистрации, как следствие этого - суд посчитал такой договор ничтожным в силу ст. 165 ГК РФ.

В 2002 г. Арбитражный суд г. Москвы, рассмотрев иск ОАО «Орловская промышленная компания» к ООО «Научно-внедренческая фирма «АТП-Пахарь», установил, что между истцом и ответчиком был заключен договор коммерческой концессии, по которому истцу предоставлялось право на использование комплекса исключительных прав по ряду патентов на изобретение «плуг для гладкой пахоты». Договор не был зарегистрирован в Роспатенте, соответственно по логике суда в силу ст. 1028 ГК РФ он являлся ничтожной сделкой. Суд применил последствия недействительности ничтожной сделки в форме двусторонней реституции, а именно: обязал истца возвратить комплект документов на изобретения, а с ответчика постановил взыскать сумму предоплаты и проценты, квалифицировав эту сумму как неосновательное обогащение. Суд кассационной инстанции не нашел оснований для удовлетворения кассационной жалобы и оставил в силе решения суда.

Между предпринимателем без образования юридического лица Прокошиным и ЗАО «ВарТак» был заключен договор коммерческой концессии. В соответствии с договором, ЗАО «ВарТак» как правообладатель предоставило ПБОЮЛ Прокошину право в пределах срока и территории освоения открыть и управлять рестораном WOKIE DOKIE. При этом под территорией освоения понималось помещение торгового центра «ИКЕА Химки». Договор коммерческой концессии был зарегистрирован Инспекцией МНС. В Российском агентстве по патентам и товарным знакам указанный договор не был зарегистрирован. Позднее ПБОЮЛ Прокошин направил ЗАО «ВарТак» письмо с просьбой предоставить документы, подтверждающие регистрацию договора коммерческой концессии в Роспатенте в порядке статьи 1031 Гражданского кодекса РФ, а также документы, подтверждающие права ЗАО «ВарТак» на использование товарного знака WOKIE DOKIE. Поскольку запрошенные документы не были представлены, ПБОЮЛ Прокошин обратился к ЗАО «ВарТак» с иском, в котором просил признать недействительным договор коммерческой концессии и применить последствия недействительности сделки, обязав ответчика возместить реальный ущерб в сумме 420 000 рублей, потраченных на изготовление одноразовой посуды WOKIE DOKIE. В обоснование исковых требований истец ссылался на то обстоятельство, что при заключении договора коммерческой концессии он действовал под влиянием заблуждения и обмана со стороны ответчика, так как последний не зарегистрировал в Роспатенте договор и не имел документов, подтверждающих его права на использование товарного знака WOKIE DOKIE. Решением арбитражного суда первой инстанции исковые требования были удовлетворены в полном объеме. Однако постановлением апелляционного суда решение было отменено, а в иске отказано по следующим основаниям. Ответчик являлся правообладателем фирменного наименования WOKIE DOKIE в соответствии с договором генеральной коммерческой концессии, заключенного с ООО WOKIE DOKIE International AB. Доказательств расторжения указанного генерального договора коммерческой концессии истцом не было представлено. Оценив предмет договора коммерческой концессии с ПБОЮЛ, арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что ответчик, как правообладатель, не передавал истцу право на использование товарного знака WOKIE DOKIE. Из договора следовало, что ответчик передал истцу лишь право на использование фирменного наименования WOKIE DOKIE, но не товарный знак. Поскольку по генеральному договору коммерческой концессии и договору коммерческой концессии не передавались исключительные права на товарный знак WOKIE DOKIE, указанные договоры не подлежали регистрации в Федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков. При указанных, обстоятельствах требования истца о признании недействительным договора коммерческой концессии и применении последствий недействительности сделки не могли быть удовлетворены.

Зуйкова Л.П. в своей работе «Коммерческая концессия» приводит такой пример: «Между ЗАО «Баскин Роббинс-Эллайд Домек» (правообладатель) и ООО «МАКдрайв» (пользователь) был заключен договор коммерческой концессии, в соответствии с которым ЗАО передало ООО «МАКдрайв» право использования в течение пяти лет комплекса исключительных прав правообладателя на товарный знак «Баскин 31 Роббинс».

В период действия концессии ООО «МАКдрайв» обнаружило, что некое общество использует указанный товарный знак при продаже мороженого в кафе «Баскин Роббинс», и обратилось в суд с иском о защите исключительного права на товарный знак «Баскин 31 Роббинс».

Отказывая ООО «МАКдрайв» в иске, ФАС, в частности, пояснил следующее. Согласно договору коммерческой концессии в число переданных ему правообладателем прав не входит право на запрет использования третьими лицами товарного знака «Баскин 31 Роббинс», поскольку сторонами коммерческой концессии лицензионное соглашение к договору не заключено и не зарегистрировано. А согласно ст. 4 Закона о товарных знаках только сам владелец товарного знака имеет исключительное право пользоваться и распоряжаться товарным знаком, а также право запрещать использование товарного знака другим лицам.

Следовательно, законодательством предоставляется защита от нарушений прав и интересов от несанкционированного использования товарного знака исключительно его владельцу. Пользователь же не обладает правом запрещать использование третьими лицами товарного знака «Баскин 31 Роббинс», а потому у него отсутствует право на предъявление иска о запрещении использования третьими лицами указанного товарного знака (Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15.04.2003 N Ф04/1572-293/А03-2003)».

# **Заключение**

Данная работа посвящена договору коммерческой концессии (франчайзинга). Основное внимание было уделено именно правовым положениям, закрепленным в Гражданском кодексе РФ. Данная тема не новая для исследования, написано достаточно работ, касающихся франчайзинга, но преимуществом именно этой дипломной работы является попытка отстраниться от экономических воззрений на коммерческую концессию. Дипломная работа написана в соответствии с реалиями времени, а именно были учтены все изменения, внесенные частью четвертой ГК РФ.

Для правообладателя франчайзинг является одним из наиболее удобных средств расширения своего бизнеса, в том числе и в международном масштабе.

Для пользователя франчайзинг существенно снижает предпринимательский риск и ускоряет окупаемость капиталовложений.

Если говорить о последствиях для потребителя, то с одной стороны, франчайзинг способствует насыщению рынка доброкачественными товарами и услугами, с другой - франчайзинговые соглашения могут привести к нарушению прав и интересов потребителей, поскольку пользователь выступает в обороте фактически под чужим именем - под именем правообладателя, используя его фирменное наименование и товарные знаки.

Необходимость защиты интересов потребителей и, в широком смысле, общественных интересов является одним из оснований законодательного регулирования франчайзинга. Второе основание, тесно связанное с первым, состоит в необходимости защиты конкурентного рынка от злоупотреблений, возможных в связи с реализацией франчайзинговых соглашений, которые нередко содержат разного рода ограничительные условия.

В последнее время у российских предпринимателей просыпается интерес к договору коммерческой концессии, вероятно, поэтому законодатель внес существенные изменения в рассматриваемую договорную модель. А к каким изменениям в применении договора это приведет, можно будет сказать только со временем.

# **Список использованных источников**

Нормативно-правовые акты.

. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (в ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ от 05.12.1994, №32, ст. 3301.

. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть вторая) от 26.01.1996 № 14-ФЗ (в ред. от 06.12.2007) // Собрание законодательства РФ от 29.01.1996, № 5, ст. 410.

. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть четвертая) от 18.12.2006 № 230-ФЗ (в ред. от 01.12.2007) // Собрание законодательства РФ от 25.12.2006, № 52 (1 ч.), ст. 5496.

. Закон РФ «О защите прав потребителей» от 07.02.1992 № 2300-1 (в ред. от 25.10.2007) // Собрание законодательства РФ от 15.01.1996, № 3, ст. 140.

. ФЗ РФ «О концессионных соглашениях» от 21.07.2005 № 115-ФЗ (в ред. от 04.12.2007) // Собрание законодательства РФ от 25.07.2005, № 30 (ч. II), ст. 3126.

Судебная практика.

. Постановление Федерального арбитражного суда Дальневосточного округа от 21 января 2003 г. № Ф03-А73/02-1/2898. // СПС «Гарант»

. Постановление Федерального арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 15.04.2003 № Ф04/1572-293/А03-2003. // СПС «Гарант»

Учебная литература и монографии.

. Авилов Г.Е. Коммерческая концессия (глава 54) // Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А. Хохлова. - М., 1996. - С. 550-560.

. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. // СПС «КонсультантПлюс»

. Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. - Издательство «Статут», 2004. // СПС «КонсультантПлюс»

. Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций. / Отв. ред. О.Н. Садиков. - М.: БЕК, 1997. - 704 с.

. Гражданское право: В 2 т. Том II, полутом 1: Учебник / Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. - М.: БЕК,1999. - 704с.

. Гражданское право: Учебник. Часть II / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. - М.: Проспект, 1997. - 784 с.

. Григорьева С. Податься во франчайзинг и не пожалеть // Экономика и жизнь. - 2005, - №37, сентябрь. - С. 38-40.

. Зуйкова Л.П. «Коммерческая концессия» // Экономико-правовой бюллетень. - Апрель 2007 г., № 4 // СПС «Гарант»

. Кошоховский А. Принцип «ЛУКОЙЛа» - всегда быть на шаг впереди конкурентов // Человек и труд. - 1999, - № 2. - С.63-66.

. Коммерческое право: Учебник / А.Ю. Бушев, О.А. Городов, Н.С. Ковалевская и др.; Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. - СПб.: Изд. С.-Петербургского у-та, 1997. - 518 с.

. Новосельцев О.В. Франчайзинг: история развития, правовое регулирование, оценка // Финансовая газета.-1999. - № 18. - С. 6-8.

. Орлова О.А. Место и роль договора коммерческой концессии в системе гражданско-правовых договоров // СПС «Гарант»

. Панюкова В.В. Развитие франчайзинговых отношений на обувном рынке России // Маркетинг в России и за рубежом. - 2005. - № 5(49). - С. 129-135.

. Пугинский Б.И. Коммерческое право России. - М.: Юрайт, 2000. - 314 с.

. Словарь иностранных слов и выражений. - М.: «Олимп», «АСТ», 2000. -784с.

. Сосна С.А., Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия. - М.: ИКЦ «Академкнига», 2005. - 375 с.

Интернет-ресурсы.

. http://npmaf.com/content/franchayzing\_harakter\_slozhnyy\_\_neyarko\_vyrazhennyy/

2. <http://www.10aas.ru/index?tid=633200051&nd=458200049>