ВЫСШЕЕ ОБРАЗОВАНИЕ

серия основана в 1996 г.

А.Н. ТОЛКАЧЕВ

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ МАРКЕТИНГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

УЧЕБНОЕ ПОСОБИЕ

Под редакцией
членаНаучно-консультативногосовета
при Высшем Арбитражном Суде РФ
профессора В.Б. Ляндреса

Допущено
СоветомУчебно-методическогообъединения
вузов России по образованию в области менеджмента
в качестве учебного пособия
по специальности «Маркетинг»

Юридическая фирма
«Контракт»

Издательский Дом
«ИНФРА-М»

Москва
2007

УДК 347(075.8)
ББК 67.404я73
Т52

Рецензенты:
д-р экон. наук, профессор *И.А. Митин;*
кафедра маркетинга Негосударственного частного образовательного учреждения «Университет Натальи Нестеровой» (зав. кафедрой канд. техн. наук, профессор *Т.Я. Курбатова)*

Т52 **Толкачев А.Н.** Правовое регулирование маркетинговой **деятельности**: Учебное пособие / Под ред. члена Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде РФ профессора В.Б. Ляндреса, — М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: ИНФРА-М, 2007.— 154 с. — (Высшее образование).

ISBN **5-16-002824-2 (ИНФРА-М)**
ISBN 5-98209-0I5-8 **(КОНТРАКТ)**

Учебное пособие «Правовое регулирование маркетинговой деятельности» составлено в соответствии с государственным образовательным стандартом высшего профессионального образования для студентов высших учебных заведений, обучающихся на факультете «Экономика и управление».

Книга предназначена для студентов, аспирантов и преподавателей, предпринимателей, менеджеров, юристов, маркетологов, а также для всех интересующихся маркетингом.

Нормативные акты приведены по состоянию на 5 апреля 2006 г.

ББК67.404я73

ОБ АВТОРЕ

Толкачев Андрей Николаевич — кандидат юридических наук, практикующий юрист и преподаватель авторских курсов по правовым аспектам инвестиций, рынка ценных бумаг, маркетинга и рекламы, автор популярных книг о бизнесе, успешно реализует свой опыт в сфере управления, консалтинга и бизнес-образования.

ISBN **5-16-002824-2** (ИНФРА-М)
ISBN 5-98209-015-8 **(КОНТРАКТ)**

© **д.н.** Толкачев 2007
© Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2007
© ИНФРА-М. 2007

СОДЕРЖАНИЕ

Предисловие VI

РАЗДЕЛ 1. ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ МАРКЕТИНГ ОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Тема 1. Правовые источники маркетинговой деятельности 1

Тема 2. Маркетинговая деятельность 4

Тема 3. Маркетинговые исследования 5

Тема 4. Рынок маркетинговых продуктов 9

Тема 5, Конкуренция на рынке 10

Тема 6. Недобросовестная конкуренция 12

Тема 7. Доминирующее и монопольное положение хозяйствующего субъекта на рынке 14

РАЗДЕЛ 2. ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ УЧАСТНИКИ МАРКЕТИНГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Тема 8. Индивидуальный предприниматель — маркетолог 20

Тема 9. Коммерческие организации 23

Тема 10. Некоммерческие организации 30

Тема 11. Полное и коммандитное товарищества 34

Тема 12. Производственный кооператив (артель) 36

Тема 13. Общество с ограниченной ответственностью 37

Тема 14. Акционерное общество 40

Тема 15. Структурное подразделение в коммерческой организации 41

Тема 16. Служба маркетинга в коммерческой организации 46

РАЗДЕЛ 3. СОЗДАНИЕ И ОБРАЩЕНИЕ ИНФОРМАЦИОННЫХ ПРОДУКТОВ

Тема 17. Информационные продукты для бизнеса 48

Тема 18. Классификация информационных бизнес-продуктов 49

Тема 19. Электронные документы 55

Тема 20. Информационный рынок 57
Тема 21. Участники информационного рынка 59
Тема 22. Понятие и правовые ограничения коммерческой тайны 61
Тема 23. Охрана и использование коммерческой тайны 64

РАЗДЕЛ 4. СОЗДАНИЕ, ИСПОЛЬЗОВАНИЕ И ОБРАЩЕНИЕ ПРАВ НА ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Тема 24. Инновации 73
Тема 25. Инновационная деятельность 76
Тема 26. Объекты авторских прав предпринимателя 85
Тема 27. Объекты промышленной собственности предпринимателя 88
Тема 28. Средства индивидуализации бизнеса 89
Тема 29. Франчайзинг 95

РАЗДЕЛ 5. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ МАРКЕТИНГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Тема 30. Предпринимательский договор 103
Тема 31. Гражданско-правовая ответственность предпринимателя 110
Тема 32. Договор на выполнение научно-исследовательских работ 113
Тема 33. Договор на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ 116
Тема 34. Договоры по передаче нрав на товарные знаки, знаки обслуживания и объекты промышленной собственности предпринимателя 119
Тема 35. Договор коммерческой концессии 122
Тема 36. Авторский договор на рынке высоких технологий 124
Тема 37. Договор маркетингового подряда 127
Тема 38. Договор консультационных услуг 130
Тема 39. Договор поручения 133

Тема 40. Договор комиссии....136
Тема 41. Агентский договор....138
Тема 42. Договор доверительного управления имуществом предпринимателя....139
Тема 43. Комплексный (смешанный) договор маркетинга....142
СПИСОК РЕКОМЕНДУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ....145

ПРЕДИСЛОВИЕ

Учебное пособие «Правовое регулирование маркетинговой деятельности» предназначено для изучения правовых аспектов маркетингового бизнеса в России.

План данного учебного пособия составлен в соответствии с Государственным образовательным стандартом высшего профессионального образования для студентов высших учебных заведений, обучающихся на факультете «Экономика и управление».

Принципиальная особенность этой книги заключена в новизне подхода к маркетинговой деятельности в России, исходя из законодательства и практики его применения. В пособии раскрыты современные предпринимательские отношения, возникающие на рынке маркетинговых услуг.

Данное пособие состоит из 5 разделов, в которых представлены 43 взаимосвязанные темы. В книге анализируются правовые основы маркетинговой деятельности, а также важнейшие виды бизнеса: информационный, инновационный, выставочный и т.д.

В конце книги содержится список нормативных актов и литературы.

РАЗДЕЛ 1. ПРАВОВЫЕ ОСНОВЫ МАРКЕТИНГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Тема 1. Правовые источники маркетинговой деятельности

1. Законодательство, регулирующее маркетинговую деятельность

Правовое регулирование маркетинговой деятельности равноправных субъектов исходит из **конституционных гарантий** предпринимательства, норм **гражданского права** о физических и юридических лицах, об объектах гражданских правоотношений, об имущественных и иных правах участников маркетинговой деятельности, об обязательствах и сделках и иных норм гражданского законодательства.

Вышеуказанные нормы сформулированы в нормативных правовых актах, издаваемых органами государственной власти различного уровня.

Основным законом Российской Федерации, имеющим высшую юридическую силу, является Конституция РФ. Законы и иные правовые акты, принимаемые на территории Российской Федерации, не должны противоречить Конституции РФ.

Важнейшим источником, регулирующим отношения в сфере маркетинга, является Гражданский кодекс РФ. Причем согласно ст. 3 Гражданского кодекса РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать Гражданскому кодексу.

За развитием законодательного процесса удобно проследить, если провести условную классификацию законодательных актов:

1) законы, обеспечивающие государственное регулирование маркетинговой деятельности: Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», Федеральный закон от 21 декабря 1996 г. «О бухгалтерском учете» Федеральный закон от 8 августа 2001 г. «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей», Федеральный закон от 8 августа 2001 г. «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» и т.д.;

2) **законы, регулирующие правовое положение хозяйствующих субъектов:** Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах», Федеральный закон от 8 мая 1996 г. «О производственных кооперативах», Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с ограниченной ответственностью», Федеральный закон от 26 октября

2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)», Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. «О государственных **и** муниципальных унитарных предприятиях» **и** т.д.;

3) **законы, устанавливающие правовой режим для маркетинговой деятельности:** Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г., Закон РФ от 23 сентября 1992 г. «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров», Закон РФ от 23 сентября 1992 г. «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных», Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. «Об информации, информатизации и защите информации», Федеральный закон от 18 июля 1995 г. «О рекламе», Федеральный закон от 23 августа 1996 г. «О науке и государственной научно-технической политике», Федеральный закон от 29 июля 2004 г. «О коммерческой тайне» и т.д.

При применении законов необходимо учитывать внесенные в них дополнения и изменения.

В целях наиболее детального, а зачастую оперативного регулирования отношений в определенных сферах предпринимательства предусмотрено издание **подзаконных нормативных актов,** среди которых указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, нормативные акты федеральных органов исполнительной власти (например, Министерства финансов РФ), принятые в соответствии с их компетенцией. Указанные акты не должны противоречить Конституции РФ, Гражданскому кодексу РФ и иным законам. Их вступление в силу определено Указом Президента РФ от 23 мая 1996 г. № 763 «О порядке опубликования и вступления в силу актов Президента Российской Федерации, Правительства Российской Федерации и нормативных правовых актов федеральных органов исполнительной власти».

В течение 10 дней после дня их государственной регистрации в Министерстве юстиции РФ нормативные правовые акты федеральных органов исполнительной власти подлежат официальному опубликованию в газете «Российские вести», а также в Бюллетене нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. Дата официального опубликования и является датой вступления в силу указанных нормативных актов, если в самом акте не установлена иная дата его вступления в силу.

Как известно, в силу федеративного устройства нашего государства и в соответствии с Конституцией РФ многие сферы общественной жизни регулируются **актами субъектов РФ.** Иерархия их по юридической силе аналогична федеральной системе законодательства.

Право издавать хозяйственно-правовые акты имеют органы местного самоуправления; в основном это касается использования и реализации права собственности на принадлежащие им имущественные фонды.

2. Корпоративные акты

В связи с образованием многих крупных компаний в рыночной экономике возрастает роль **корпоративного права,** которое формируется из нормативных актов, принимаемых самими хозяйствующими субъектами (в основном — хозяйственными обществами) в целях регулирования собственного организационного устройства и предпринимательской деятельности. **К корпоративным актам относятся:** устав, положения об общем собрании участников (акционеров), совете директоров, об исполнительном органе хозяйственного общества, положения о филиале и об отделе и т.д. *Например, правовой режим информационной системы (в том числе коммерческой тайны) устанавливается каждой организацией локальным нормативным актом.*

3. Обычай делового оборота

В тех случаях, когда отдельные аспекты предпринимательской деятельности субъектов не урегулированы нормативными правовыми актами и договором, может применяться еще один источник права — обычай делового оборота. Причем деловой обычай применяется как участниками бизнеса, так и судебными органами.

Согласно ст. 5 ГК РФ **«обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. Обычай делового оборота не должен вступать в противоречие с условиями заключенного между сторонами договора».**

Обычай делового оборота — это «неписаное правило», но зачастую формулируется в документах авторитетных общественных организаций.

Например, обычаем делового оборота могут быть правила последовательной поэтапной сдачи работ по производству рекламного ролика.

Если у участников правоотношения возникают разногласия в определении факта обычая и его признаков, то им необходимо согласовать и внести в договор пункт о применении делового обычая.

Стоит обратить внимание на наличие в правовой системе России таких актов, как постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ,

которые не являются источниками права. Это объясняется тем, что исторически Россия принадлежит к континентальной, а именно романо-германской системе права, где судебные прецеденты (в отличие, например, от США н Великобритании) источниками права не являются. Но выраженная в постановлениях пленумов и президиумов высших судебных инстанций, обзорах принятых решений судебная практика по делам, связанная с применением норм предпринимательского права, имеет важное значение для выработки единообразного понимания и применения законодательства, подготовки предложений о его совершенствовании.

На сегодняшний день можно констатировать, что в сфере отношений, связанных с маркетинговыми и рекламными продуктами, существует большое количество законодательных и иных правовых актов, которые отличаются разрозненностью и некоторыми противоречиями, в том числе в формулировках. Таким образом, общая платформа для маркетинговых бизнес-отношений находится в стадии своего формирования.

Тема 2. Маркетинговая деятельность

Понятие маркетинговой деятельности. В условиях растущей конкуренции каждый предприниматель рано или поздно осознает необходимость получения маркетинговых услуг. Компании открывают вакансии маркетологов, создают регулярно функционирующие маркетинговые подразделения или приглашают специализированные маркетинговые агентства на договорной основе.

Скажем, один из крупнейших в России производителей мороженого — компания «Инмарко» свои высокие результаты в продаже продукции связывает со смелыми маркетинговыми решениями. Например, выпуск мороженого под такими неожиданными для продуктов питания названиями, как «Армагеддон» и «Фишка».

Маркетинговая деятельность является видом предпринимательской деятельности, следовательно, ей присущи общие признаки предпринимательства, установленные в п. 1 ст. 2 ГК РФ. По указанному Закону предпринимательской деятельностью является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.

Маркетинговая деятельность имеет **специфические признаки,** связанные с:

участниками (коллективными или индивидуальными предпринимателями, которые профессионально ведут данную деятельность как основной вид бизнеса);

функциональным предназначением маркетинговой деятельности по управлению продвижением товаров, услуг и иных бизнес-продуктов от производителя к потребителю;

целями, которые связаны с получением новой информации, технологий, интеллектуальных продуктов, организационного и коммерческого опыта, результатов работ и услуг;

договорными формами проведения маркетинговых мероприятий (формы научно-исследовательских работ, доверительного управления, оказания агентских, представительских и консультационных услуг и т.д.);

результатами маркетинга, т.е. объектами гражданских прав, полученными в результате маркетинговой деятельности (результаты работ, услуги, информационные ресурсы (в том числе «ноу-хау»), информационные системы, объекты авторских прав (в том числе права на программы для ЭВМ и базы данных).

Информационные и интеллектуальные продукты, полученные с помощью маркетинга, позволяют:

1) оптимально организовать работу как внутри коммерческой организации, так и на уровне выполнения внешних обязательств;

2) точнее определить место фирмы и ее возможное поведение на рынке;

3) создавать и внедрять в предпринимательский оборот с целью получения прибыли информационные технологии, программы для ЭВМ, базы данных, «ноу-хау» (при соблюдении условий документирования и конфиденциальности), товарные знаки и объекты промышленной собственности.

Тема 3. Маркетинговые исследования

Для любой успешной фирмы **маркетинговые исследования** выступают как начало и логическое завершение любого цикла ее маркетинговой деятельности. «Лучше делать новости, чем рассказывать о них», — это высказывание Уинстона Черчилля.

Исследования рынка значительно уменьшают неопределенность при принятии важных маркетинговых решений, что позволяет эффективно распределять экономический потенциал для достижения новых высот в бизнесе.

1. Понятие и принципы маркетингового исследования

Маркетинговое исследование представляет собой разновидность маркетинговой деятельности.

Маркетинговое исследование — это научное исследование, которое включает целевой системный сбор, упорядочение и анализ новых данных об отрасли, рынке, его субъектах и объектах.

Принципы маркетингового исследования:

законность;

научность, т.е. применение научных методов, объективность **и** точность полученных данных;

деловая цель, т.е. необходимость маркетингового исследования должна быть экономически обоснована;

договорный характер отношений исследователя и заказчика;

применимость результатов (научная или прикладная).

Виды маркетинговых исследований:

- По охвату аудитории:

1) дискретные исследования (так называемые проекты ad hoc) — направленные на изучение отдельных специфических проблем;

2) **интегральные мониторинговые исследования,** для которых характерны регулярность, широкий охват, сопоставимость данных во временной перспективе.

- По отношению к фирме-заказчику: **внешние** и **внутренние.**
- По виду обязательств:

1) агентский договор;

2) договор научно-исследовательских работ;

3) договор услуг;

4) договор поручения;

5) договор авторского заказа.

2. Цели маркетинговых исследований

Маркетинговые исследования проводятся в следующих **целях:**

- определить реальную и потенциальную емкость рынка по продукту. Изучение емкости рынка способствует правильной оценке шансов фирмы на рынке и предотвращению неоправданных потерь;
- определить долю на рынке. Доля на рынке — это индикатор успеха бизнес-продукта;
- проанализировать поведение потребителей (анализ спроса). Знание потребностей потенциального клиента поможет не только установить конкурентоспособные цены на продукцию, но и внести

изменения в сам продукт, оптимизировать каналы продвижения и рекламную стратегию, т.е. скорректировать все компоненты комплекса маркетинга;

- провести анализ конкурентов (анализ предложения). Знания о товарах и маркетинговой политике конкурентов необходимы для лучшей ориентации на рынке и победы в конкурентной борьбе;
- изучить каналы сбыта **и** найти наиболее эффективный из них;
- провести оценку общего объема рынка; исследование по определенному продукту (услуге) сегменту; сегментацию рынка по категориям продукта; сегментацию рынка по брендам[1]; определить тенденции рынка;
- сформировать определенную стратегию и тактику поведения фирмы с учетом реальных факторов рынка;
- оценить маркетинговую политику основных участников в отношении продукта.

Например, несколько лет назад к услугам фирмы KPMG прибег крупный дистрибьютер мороженого. Продажам компании серьезно угрожали пришедшие тогда в Россию мировые лидеры в торговле мороженым Nestle и Algida. К сожалению, у российской компании не было своего бреэнда и времени на его создание и «раскрутку» не оставалось. Эксперты KPMG помогли компании изучить опыт других стран. В результате эта фирма отказалась от борьбы за лидерство в торговле мороженым и сосредоточилась на работе с розничными сетями и дилерами, связанными с ресторанным бизнесом[2].

3. Источники информации

При выполнении исследований специалисты опираются на данные из следующих источников информации:

1) источники вторичной информации (desk research) — это уже имеющаяся в наличии информация, для сбора которой не требуется специального исследования:

- опубликованные данные информационных агентств (например, компании РосБизнесКонсалтинг);
- отраслевые и специализированные СМИ;
- статистическая и новостная информация государственных органов (Госкомстат, ГТК и т.д.);
- федеральное и местное законодательство;

[1] Бренд — обобщенное понятие, характеризующее товарный знак (знак обслуживания), фирменное наименование и коммерческое обозначение.

[2] Арабов П., Зайко А. Жажда перемен // Компания. № 277. 2003.

- сеть Интернет;
- аналитические исследования исследовательских компаний;
- специализированные базы данных.

2) **источники первичной информации (field research)** — это результаты специального исследования:

- экспертные интервью с руководителями **и** специалистами компаний, с потребителями товаров;
- результаты опросов специалистов и представителей производственных предприятий данной отрасли;
- пилотные интервью;
- анкетирование.

Недооценка источников информации может привести к бесполезным результатам исследования.

*Например, исследование, **посвященное** проблеме повышения эффективности рекламы, может оказаться совершенно бесполезным, если падение продаж обусловлено **неконкурентоспособностью** продукта, связанного **с** его технологическими недостатками, завышенной ценой, появлением альтернативного, более совершенного продукта.*

4. Основные способы маркетингового исследования

- Анализ информационных баз, архивов, пресс-релизов, научных статей, комментариев специалистов, тематических интернет-ресурсов, данных маркетинговых исследований и инвестиционных компаний и т.д.
- Целевые пилотажные опросы, проводимые на небольших выборках, по результатам которых вносятся коррективы в анкету и уточняется план проведения исследования.
- Метод face-to-face. Личный опрос должностных лиц различного ранга по специальной анкете.
- Телефонный опрос сотрудников компаний, участвующих на рынке.

Пример недооценки бизнеса в связи с непроведением маркетинговых исследований.

Возможно, в 18Н8 г. не состоялась бы сделка по продаже всех акций и секретного рецепта владельцами компании «Кока-Кола» Пембертопом и Венэйблом на мизерную общую сумму 2300 долларов некоему Азе Кандлеру, если бы они провели маркетинговые исследования и осознали бы огромные перспективы своего бизнеса.

Пембертон умер в нищете и был похоронен на кладбище для бедных, и только 70 лет спустя основателю компании «Кока-Кола» поставили каменное надгробие.

Тема 4. Рынок маркетинговых продуктов

1. Понятие рынка

При оценке возможностей и перспектив вхождения на тот или иной рынок предпринимателю необходимо владеть информацией о правилах участия на выбранном рынке, которые в первую очередь сформулированы в законодательстве о конкуренции. В этой нормативно-правовой базе определены понятие товарного рынка, положение его участников, установлены правовые границы конкуренции и типичные виды нарушений конкуренции.

Как известно, к понятию **«товарный рынок»** существуют различные подходы.

В широком смысле рынок определяется как система экономико-правовых отношений между продавцами и покупателями товаров с организованной структурой и инфраструктурой. Существует и достаточно узкое понимание рынка как совокупности сделок купли-продажи.

По Закону РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» **товарным рынком** является сфера обращения товара, не имеющего заменителей, либо взаимозаменяемых товаров на территории Российской Федерации или ее части, определяемой исходя из экономической возможности покупателя приобрести товар на соответствующей территории и отсутствия этой возможности за ее пределами.

Товар понимается как продукт деятельности (включая работы, услуги), предназначенный для введения в гражданский оборот.

В Налоговом кодексе РФ **рынком товаров (работ, услуг)** признается сфера обращения этих товаров (работ, услуг), определяемая исходя из возможности покупателя (продавца) реально и без значительных дополнительных затрат приобрести (реализовать) товар (работу, услугу) на ближайшей по отношению к покупателю (продавцу) территории Российской Федерации или за пределами Российской Федерации.

На основе вышеизложенного можно определить **рынок маркетинговых продуктов — как совокупность правоотношений, возникающих между участниками маркетинговой деятельности в процессе создания и введения в оборот маркетинговых продуктов.**

всех обстоятельствах ведения сделок (ценах, скидках, качестве товара, условиях поставки и платежей);

- наличие множества фирм, ни одна из которых не может оказать значительного влияния на уровень текущих цен, поскольку каждой принадлежит сравнительно небольшая доля рынка;
- зависимость между спросом и ценой обратно пропорциональная, т.е. снижение цены способствует увеличению спроса. Если предложение товаров в отрасли возрастет, то цена снизится, причем для всех фирм, независимо от объема их производства;
- цены предложения товаров равны ценам спроса на эти товары, так что в целом на рынке сумма цен предложения равна сумме цен спроса;
- изменение цен непосредственно сказывается на спросе и предложении и, наоборот.

Пример выбора конкурентами путей развития бизнеса в условиях совершенной конкуренции. *На рынке розничной торговли* ***(ритейла),*** *где есть признаки совершенной конкуренции, крупные розничные сети с приходом на рынок вытеснили отдельные розничные магазины, а затем стали наращивать конкуренцию между собой, что привело крепо****зиционированию.*** *Сеть «Перекресток» отказалась от развития дискаунтеров «Мини-Перекресток». «Пятерочка» позиционирует магазины «СуперПятерочка» как недорогие супермаркеты в спальных районах. «Седьмой континент» изменяет формат супермаркетов в центре Москвы на «элитные магазины для богатых».*

Тема 6. Недобросовестная конкуренция

1. Понятие недобросовестной конкуренции

Среди способов конкурентной борьбы можно выделить **правовые** и **неправовые.** Последние в основном проявляются как недобросовестная конкуренция или монополистическая деятельность. Даже в условиях низкой конкуренции отдельные предприниматели ведут недобросовестную конкуренцию, просто от недостатка предпринимательской культуры и неумения вести бизнес по правилам.

Недобросовестная конкуренция — это действия хозяйствующих субъектов, направленные на приобретение преимуществ при осуществлении предпринимательской деятельности, противоречащие законодательству Российской Федерации и обычаям делового оборота и причинившие или могущие причинить убытки либо нанести ущерб деловой репутации другим хозяйствующим субъектам — конкурентам.

Анализ законодательного определения позволяет выявить следующие **признаки** недобросовестной конкуренции:

- недобросовестная конкуренция, в отличие от монополистической деятельности, может осуществляться только активными действиями, но не бездействием;
- данные действия рассматриваются как правонарушения, если они противоречат не только положениям действующего законодательства, но и обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности и разумности;
- субъектами недобросовестной конкуренции могут быть лишь хозяйствующие субъекты;
- целью активных действий хозяйствующих субъектов является приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности;
- в результате действий конкурентам могут быть причинены убытки или нанесен ущерб их деловой репутации.

Наиболее характерные проявления данного вида правонарушения могут протекать в определенных формах.

2. Формы недобросовестной конкуренции, запрещенные российским законодательством (применительно к рынку маркетинговых продуктов):

введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места оказания услуги, необходимости оказания и качества услуги. Например, вместо интегральных проводятся дискретные исследования как достаточный способ изучения рынка;

распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации. *Например,* типичными становятся утверждения небольших фирм своим клиентам **о** высоких ценах и низком качестве услуг крупных компаний;

некорректное сравнение предпринимателем маркетинговых продуктов, производимых и реализуемых, с продуктами других предпринимателей. Например, фирма утверждает, что она применяет авторские методики в отличие от конкурентов, хотя последние тоже имеют авторские методики;

получение, использование и разглашение научно-технической, производственной или торговой информации, в том числе составляющей служебную или коммерческую тайну, без согласия ее владельца, если такие действия не предусмотрены законодательством Российской Федерации и ее субъектов;

продажа товаров с незаконным использованием результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации фирмы, ее продукции, работ, услуг.

Например, сингапурская компания Future Enterprises, производитель кофейных смесей под маркой MacCojfee, столкнулась с подделками и имитацией принадлежащего ей бренда MacCoffee. Компания выиграла суд против недобросовестного конкурента. Поводом для спора стал аналогичный кофейный продукт под маркой «МаксКофе», выпускаемый красноярской продовольственной компанией «Унипак-Сервис» с 2001 г. Почти за 10 лет своей деятельности па российском рынке Future Enterprises свои интересы в суде ***защищала*** *впервые, хотя ее права нарушались длительное время.*

Московский арбитражный суд вынес решение в пользу Future Enterprises, подтвердив факт имитации марки, и предписал красноярскому производителю уничтожить все произведенные упаковки кофе, а также компенсировать сингапурской компании судебные издержки. В итоге продукция под маркой «МаксКофе» из торгового оборота выведена[1]*.*

Есть примеры грамотного поведения на рынке рекламирования брендов.

Так, марка белой бытовой техники Scarlett — российская по происхождению, производится в Азии, но при этом позиционируется как английская — в самом начале именовалась даже Scarlett England На самом деле в Великобритании зарегистрирована лишь компания Arima Holding, которая размещает заказы на азиатских производствах.

Пример совершенства рекламной политики.

Бренд Dunhill сотворил из ручного труда своих рабочих целую легенду — на каждой пачке сигар упаковщики ставят свои личные подписи, о чем производитель постоянно упоминает в рекламе.

Тема 7. Доминирующее и монопольное положение хозяйствующего субъекта на рынке

1. Злоупотребление хозяйствующего субъекта своим доминирующим положением

Бурный рост некоторых компаний зачастую приводит к тому, что **они** начинают доминировать на рынке. **Доминирующее положение — это исключительное положение хозяйствующего субъекта или нескольких хозяйствующих субъектов на рынке товара, не имеющего**

[1] Секрет фирмы. № 14. 2003.

заменителя, либо взаимозаменяемых товаров, дающее ему (им) возможность оказывать решающее влияние на общие условия обращения товара на соответствующем товарном рынке или затруднять доступ другим хозяйствующим субъектам.

Характеризуют доминирующее положение хозяйствующего субъекта следующие **признаки:**

хозяйствующий субъект — это российская или иностранная коммерческая организация, их объединения, некоммерческие организации, занимающиеся предпринимательской деятельностью, а также индивидуальный предприниматель;

производство товаров, т.е. продуктов жизнедеятельности, включая работы и услуги, предназначенные для продажи или обмена. Следовательно, не может быть товаром продукт, предназначенный для личных нужд субъекта;

исключительность положения хозяйствующего субъекта, которая дает ему возможность оказывать влияние на состояние конкурентной среды на рынке определенного товара. Исключительность доминирующего положения определяется той долей, которую хозяйствующий субъект занимает на рынке этого товара.

Если доля хозяйствующего субъекта составляет до 35% на рынке определенного товара, его положение не может быть признано доминирующим.

Если доля хозяйствующего субъекта составляет более 35%, но менее 65% на рынке определенного товара, его положение может быть признано доминирующим. Но такое положение не презюмируется, а должно быть установлено антимонопольным органом, причем хозяйствующий субъект заносится в Реестр. Статус Реестра определен как информационно-наблюдательный, т.е. в случае злоупотребления хозяйствующего субъекта будет устанавливаться факт правонарушения.

Если доля хозяйствующего субъекта составляет 65% и более, то такое положение признается доминирующим.

Представление доказательств, подтверждающих долю хозяйствующего субъекта на рынке, является обязанностью антимонопольного органа. Если антимонопольный орган устанавливает факт доминирующего положения, то ему следует определить вид рынка, состав участвующих в нем продавцов **и** покупателей, исследовать структуру рынка и его открытость для межрегиональной и международной торговли. Кроме того, исследуется возможность поставки аналогичных товаров из других регионов. При этом субъекту предоставляется возможность опровергать данные антимонопольного органа, что такое положение не является доминирующим, т.е. не соответствует качественному определению

доминирующего положения. При несогласии организации с признанием ее положения доминирующим арбитражный суд оценивает соблюдение антимонопольным органом правил установления данного факта.

Итак, с учетом вышеприведенных характеристик для каждого хозяйствующего субъекта и его бизнес-продуктов определяется рынок его участия, в границах которого субъект может занимать доминирующее положение.

Примером действий компании в целях предотвращения доминирующего положения служит «Норильский никель», который укреплял свои позиции на рынке золотодобычи путем приобретения акций золотодобывающих компаний дочерними структурами.

2. Монополистические действия участника рынка

Доминирующий на рынке участник может вести коллективные **и** (или) индивидуальные монополистические действия.

2.1. **Коллективная деятельность** чаще всего проявляется в соглашениях между хозяйствующими субъектами (например, создание картелей, синдикатов, консорциумов, концернов и иных монополистических объединений, ограничивающих конкуренцию).

В зависимости от субъектного состава различают:

1) соглашения (согласованные действия) конкурирующих субъектов, имеющих в совокупности долю на рынке определенного товара более 35%. Эти соглашения (согласованные действия) могут быть направлены на:

раздел рынка по территориальному принципу, по объему продаж или закупок, по ассортименту реализуемых товаров либо по кругу продавцов или покупателей (заказчиков);

установление (поддержание) цен (тарифов), скидок, надбавок, процентных ставок (так называемое фиксирование цен);

повышение, снижение или поддержание цен на аукционах **и** торгах;

ограничение доступа на рынок или устранение с него других хозяйствующих субъектов в качестве продавцов определенных товаров и их покупателей;

отказ от заключения договора с определенными продавцами или покупателями (заказчиками);

2) **соглашения (согласованные действия) неконкурирующих хозяйствующих субъектов,** один из которых занимает доминирующее положение, а другой является его поставщиком или покупателем (заказчиком).

2.2. Индивидуальная монополистическая деятельность является злоупотреблением хозяйствующего субъекта своим доминирующим положением. Проявление этого может быть в виде:

изъятия товаров из обращения, целью или результатом которого является создание или поддержание дефицита на рынке либо повышение цен;

навязывания контрагенту условий договора, не выгодных для него или не относящихся к предмету договора, включения в договор дискриминирующих условий;

создания препятствий доступу на рынок других хозяйствующих субъектов;

нарушения установленного нормативными актами порядка ценообразования, установления монопольно высоких или монопольно низких цен;

сокращения или прекращения производства товаров, на которые имеется спрос, или заказы потребителей, при наличии безубыточной возможности их производства и т.д.

Данный перечень в законодательстве является открытым, т.е. антимонопольный орган вправе применить к хозяйствующему субъекту меры воздействия и в случаях, прямо не названных в законе.

Например, в 2005 г. Федеральная антимонопольная служба официально подтвердила, что концерну Siemens отказано в приобретении пакета акций «Силовые машины».

Ходатайство отклонено в соответствии с п. 4 ст. 18 Федерального закона «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», поскольку реализация этой сделки приведет к ограничению конкуренции на рынках энергетического оборудования. Как пояснила антимонопольная служба свое решение: обе компании производят энергетическое оборудование всех типов и масштабов и являются конкурентами на российском и мировом рынках энергетического машиностроения.

Борьба с монополистами в западном бизнесе имеет долгую историю. Многие ее эпизоды можно считать хрестоматийными. Вошла в историю бизнеса схватка Virgin Atlantic и British Airways (BA) на рынке авиаперевозок.

Авиакомпания Virgin Atlantic была основана в 80-е г. прошлого века владельцем звукозаписывающего лейбла Virgin Ричардом Брэнсоном. Авиакомпания быстро развивалась и вскоре стала серьезным конкурентом для лидера — British Airways(BA). BA не захотела с этим мириться и попыталась вытеснить Virgin с рынка. В частности, В А в 5 раз

увеличила плату за обслуживание самолетов Virgin. А затем, пользуясь своими связями с руководством аэропорта Heathrow, добилась того, чтобы все рейсы Virgin выполнялись в самое неудобное для пассажиров время, а в альтернативу им предлагалось воспользоваться услугами BA.

В 1992 г. Virgin обратилась с иском в суд, требуя компенсации от BA за дискредитацию. Брэнсону удалось собрать исчерпывающие доказательства незаконной деятельности BA по вытеснению Virgin с рынка. Собранные свидетельства были настолько весомы, что British Airways перед началом процесса признала свою вину и согласилась выплатить компенсацию в размере 600 тыс. фунтов стерлингов.

Заметим, что Virgin конкурировала с British Airways, имея на случай проигрыша «запасной аэродром» — звукозаписывающую компанию.

Интересен *пример* конкурентной борьбы между мелкой аптекой и большой розничной сетью.

*Владелец аптеки Дуэт Гуд подал иск на Wal-Mart, где указал, что магазины Wal-Mart нарушают законы штата Арканзас, устанавливая цены на фармацевтические товары и косметику ниже закупочных. Иск Гуда и примкнувших к нему других владельцев небольших аптек пресса окрестила «самым страшным кошмаром Wal-Mart». В течение нескольких лет Гуд собирал доказательства и пришел к выводу: Wal-Mart занижал цены только в тех регионах, где у компании имелись серьезные конкуренты. В других местах наценка была обычной. Таким образом, Гуд установил, что свои товары по бросовым ценам Wal-Mart продает избирательно — и вовсе не из желания угодить потребителям. Доводы Гуда были одобрены местным судом, признавшим его правоту, однако отвергнуты высшим судом штата Арканзас. Впрочем, пресса сочла, **что** Дуэт Гуд все равно победил: на взаимоотношения с малым и средним бизнесом компания Wal-Mart была вынуждена с тех пор обращать больше внимания'.*

Есть замечательный *пример* из истории американского бизнеса, как конкуренты находят экономически оправданные способы решения своих проблем.

На рынке железнодорожных перевозок конкурировали фирмы Джея Гулда и Корнелиуса Вандербилта. Ценовая конкуренция привела к тому, что Вандербилт с его огромными ресурсами решил «задавить» своего более молодого конкурента и назначил минимальную цену перевозок — 1 цент за голову скота. Перевозки на его дороге

[1] Секрет фирмы. № 14. 2005.

выросли в разы. А у Гулда сошли на нет. Наконец Вандербилт узнал, что это Гулд скупил на рынке весь скот и возит его на продажу по конкурирующей дороге, пользуясь щедростью конкурента^.

[1] Forbes. 2004. № 2.

РАЗДЕЛ 2. ПРОФЕССИОНАЛЬНЫЕ УЧАСТНИКИ МАРКЕТИНГОВОЙДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Тема 8. Индивидуальный предприниматель — маркетолог

1. Получение правового статуса индивидуального предпринимателя

Индивидуальное предпринимательство имеет много привлекательных сторон для *специалиста-маркетолога,* который может реализовать свои профессиональные амбиции, от своего имени заключая сделки, причем не учреждая фирмы, но создавая коллектив специалистов из приглашенных работников. Основные преимущества:

- работа на свое имя;
- льготное налогообложение;
- упрощенная отчетность.

В ст. 11 НК РФ указано, что **индивидуальные предприниматели — это физические лица, зарегистрированные в установленном порядке и осуществляющие предпринимательскую деятельность без образования юридического лица.**

Государственная регистрация индивидуального предпринимателя проводится в соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей».

Свой статус предпринимателя гражданин должен легитимировать не только в целях соблюдения требований законодательства, но и для занятия своего места на рынке, получения определенной известности, а также для последующей регистрации своего товарного знака.

Репутация на рынке, участие в некоммерческих объединениях помогут индивидуальному предпринимателю сформировать новые связи в своем деле.

Следует отметить, что согласно п. 4 ст. 23 ГК РФ гражданин не вправе ссылаться в отношении заключенных им сделок на то, что он не является предпринимателем, поскольку не прошел государственной регистрации. Суд может применить к таким сделкам физического лица правила об обязательствах, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

Среди наиболее важных правомочий индивидуального предпринимателя можно указать возможность открытия расчетных счетов в банках и проведения безналичных расчетов, получения кредитов как субъекта малого предпринимательства, создания хозяйственных товариществ (товарищества не могут создавать граждане — непредприниматели), найма работников в неограниченном количестве. Согласно ст. 25 ГК РФ

лица, работающие по трудовому договору (контракту), включаются в число кредиторов индивидуального предпринимателя. Ущерб, причиненный работниками предпринимателя при исполнении своих трудовых обязанностей, будет возмещаться предпринимателем, как если бы он совершил вред сам (ст. 1068 ГК РФ).

2. Ответственность индивидуального предпринимателя

Поскольку индивидуальный предприниматель не является юридическим лицом, то за нарушение обязательств, вытекающих из его предпринимательской деятельности, он несет ответственность как физическое лицо (гражданин). Согласно ст. 24 ГК РФ: «гражданин отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом, за исключением имущества, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание»[1].

Таким образом, вести бизнес в качестве индивидуального предпринимателя более рискованно. Поэтому участники коммерческой деятельности, как правило, стремятся вместо получения статуса индивидуального предпринимателя создать фирму и выступать в ней в качестве учредителя. В этом случае по обязательствам из заключенных фирмой сделок участник, как правило, своим имуществом не отвечает (за исключением обязательств по хозяйственным товариществам).

3. Прекращение деятельности индивидуального предпринимателя может произойти как в добровольном, так и **в** принудительном порядке.

Если предприниматель прекращает деятельность по собственному желанию, ему надо подать в налоговые органы заявление и документ об уплате госпошлины.

В течение 6 рабочих дней с момента получения всех необходимых документов регистрирующий орган выдаст предпринимателю Свидетельство о государственной регистрации прекращения физическим лицом деятельности в качестве индивидуального предпринимателя.

Деятельность предпринимателя может быть прекращена в принудительном порядке только по решению суда. Например, суд может признать предпринимателя банкротом или лишить его права заниматься предпринимательской деятельностью. В этих случаях государственная регистрация утрачивает силу с момента вступления в силу решения или

[1] Перечень указанного имущества устанавливается Гражданским процессуальным кодексом РФ, а условия и порядок обращения взыскания на имущество, осуществляемого на основании судебных актов или актов других уполномоченных законодательством органов, регулируются Федеральным законом от 21 июля 1997 г. «Об исполнительном производстве».

приговора суда, а запись в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей вносится на основании копии решения суда.

Если деятельность гражданина в качестве индивидуального предпринимателя прекращена в связи с его смертью, то регистрация будет осуществлена на основании сведений о регистрации смерти, которые регистрирующий орган получит из ЗАГСа. Органы, осуществляющие регистрацию актов гражданского состояния, обязаны сообщать в ИМНС о фактах смерти физических лиц в течение 10 дней с момента регистрации этих фактов (п. 3 ст. 85 НК РФ).

4. Проблемы развития индивидуального предпринимательства специалистов-маркетологов в России

В настоящее время формируются предпосылки для того, чтобы в перспективе отечественный малый бизнес и его продукция, работы, услуги в определенных отраслях экономики стали конкурентоспособными и сумели вплотную приблизиться по своим организационным и качественным параметрам к общепринятому в цивилизованном мире уровню.

Для развития индивидуального предпринимательства специалистов-маркетологов необходимо реализовать следующие **меры:**

пересмотр действующего законодательства для создания основ максимально легитимного («прозрачного») бизнеса индивидуальных предпринимателей;

ликвидация избыточных функций органов власти по осуществлению контроля (надзора) за деятельностью индивидуальных предпринимателей;

консолидация всего законодательства в рамках одного документа — базового закона, в котором должны быть систематизированы все нормы об индивидуальном предпринимателе;

стимулирующие меры, в том числе субсидирование процентной ставки по кредитам и займам, выдаваемым коммерческими организациями определенным категориям субъектов индивидуального предпринимательства;

внедрение в сферу деятельности индивидуальных маркетологов типовых схем кредитных линий, простого товарищества, научно-исследовательских работ, франчайзинга **и** т.д.;

создание каналов привлечения внебюджетных финансовых ресурсов на поощрение новаторских маркетинговых программ, применение грантов;

развитие венчурного финансирования инновационных проектов индивидуального предпринимательства;

обеспечение формирования положительного образа предпринимателя, информационная поддержка через средства массовой информации и пропаганда индивидуального предпринимательства как одного из важнейших факторов развития экономики и стабилизации российского общества;

создание единой информационной базы и системы рейтингов предпринимателей-маркетологов на федеральном уровне.

Тема 9. Коммерческие организации

1. Понятие юридического лица

Наиболее стабильный и растущий маркетинговый бизнес возможен только в форме юридического лица.

Юридическим лицом, согласно ст. 48 ГК РФ, признается организация, которая имеет в собственности, хозяйственном ведении или оперативном управлении обособленное имущество, отвечает по своим обязательствам этим имуществом и может от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности, быть истцом и ответчиком в суде.

2. Понятие коммерческой организации

Юридические лица могут быть образованы в форме **коммерческих** и **некоммерческих** организаций. Коммерческие организации создаются для ведения бизнеса и, соответственно, получения прибыли.

Создавая коммерческую организацию, предприниматель имеет цели осуществления самостоятельного бизнеса или содействия другому бизнесу, поэтому он должен учесть те особенности, которые имеет каждая организационно-правовая форма, и выбрать наиболее оптимальную из форм с точки зрения специфики и объема предпринимательской деятельности, финансовых возможностей, статуса и интересов партнеров, стратегии и тактики ведения бизнеса и т.д.

3. Выбор вида коммерческой организации

Руководствоваться при выборе фирмы можно следующими факторами:

- организационно-правовая форма;
- права участников;
- правовой режим имущества предпринимателей;
- характер членства участников;
- способ участия в управлении участников;
- хозяйственно-правовая компетенция;
- объем предпринимательской деятельности;
- участие в объединениях коммерческих организаций.

• *S* Организационно-правовая форма

По организационно-правовой форме определяют следующие виды коммерческих организаций:

полное товарищество;

товарищество на вере (коммандитное);

производственный кооператив (артель);

общество с ограниченной ответственностью;

общество с дополнительной ответственностью;

закрытое акционерное общество;

открытое акционерное общество;

акционерное общество работников (народное предприятие);

унитарное предприятие.

По организационно-правовой форме коммерческой организации можно определить, какие права, обязанности **и** ответственность несут се участники.

• *S* Права участников

В отличие от некоммерческих организаций (за исключением учреждений **и** потребительских кооперативов), в коммерческих — учредители имеют имущественные (вещное или обязательственное) права на капитал созданных фирм:

в государственных **и** муниципальных унитарных предприятиях учредители имеют право собственности или иное вещное право на имущество унитарных предприятий.

в хозяйственных товариществах и обществах, а также в производственных кооперативах у учредителей — обязательственные права.

• *S* Характер членства участников

Временный характер носит членство участников в открытом акционерном обществе, поскольку акционеры наиболее свободны друг от друга в данной организации. По существу, используя право свободной продажи на рынке своих акций, акционер не согласовывает ни с кем вопрос о выходе из состава участников открытого акционерного общества. Лицо, купившее акции открытого акционерного общества, становится его акционером.

Постоянный характер членства имеют участники иных коммерческих организаций, так как их выход из состава этих организаций возможен при соблюдении требований законодательства, регулирующего конкретную организационно-правовую форму.

•/ Способы участия в управлении участников

Поскольку в хозяйственных товариществах и производственных кооперативах участники по закону имеют по одному голосу при голосовании в органах управления, то степень влияния участников на дела компании главным образом зависит от их **личного участия** в ее деятельности.

В хозяйственных обществах происходит объединение капиталов участников. Чем больше участник вложил средств в уставный капитал фирмы, тем больше его доля и больше голосов он имеет в высшем органе управления. Такой вид участия можно назвать **имущественным.**

S **Хозяйственно-правовая компетенция**

1. Общая компетенция скорее характеризует предпринимателя, который не позиционирует себя на рынке маркетинговых продуктов, предлагая максимально расширенный спектр работ и услуг. Общая компетенция характерна для большинства коммерческих организаций. В последние годы фирмы активно занимаются оптимизацией портфелей услуг в поисках своей специализации.

В международной практике совмещение маркетинговых, юридических, консалтинговых, аудиторских услуг не всегда дает возможность лидерам этой сферы бизнеса повышать качество указанных услуг, но при этом можно применять комплексные подходы к обслуживанию клиентов. Это наблюдается в таких крупных компаниях, обслуживающих транснациональные корпорации, как Allen & Overy, Andersen Legal, Clifford Chance.

Перепрофилирование и переход от общей компетенции к узкой специализации для некоторых компаний становятся неизбежным результатом диверсификации на предыдущем этапе развития.

Характерен пример вынужденного ухода из пищевой отрасли компании В. Довганя, когда фирма не развивала узкую специализацию.

За короткое время марка «Довгань» была установлена на самые разнообразные продукты питания с одновременным увеличением их цены. Товарный знак стал одним из наиболее узнаваемых на рынке, но потребитель так и не был сориентирован на определенный продукт. Для поддержания зонтичного бренда и установления индивидуализирующих признаков на продукцию у основателя оказалось недостаточно средств. В результате это направление бизнеса было свернуто.

С другой стороны, есть примеры, когда фирмы от узкой специализации приходят к освоению смежных видов бизнеса.

Компания «Трансгелеком», основанная в 1997 г. как подразделение МПС, за 3 года построила первую в России магистральную волоконно-оптическую сеть связи стоимостью 1 млрд долларов. Но в уставе

компании указано не только строительство сетей, но также эксплуатация и предоставление услуг, поэтому произошедшее в 2001 г. изменение профиля компании прошло в рамках стратегии развития ***фирмы*.***

Примеры, когда перепрофилирование имеет разные последствия для предпринимателей.

Финский сотовый гигант Nokia, чей бизнес начинался в 60-х гг. XIX в. с лесопилки на берегу реки Нокиа и последовательно прошел через несколько метаморфоз — бумажную, резиновую и электронную, достиг колоссальных успехов.

С другой стороны, есть пример одной из старейших электротехнических компаний мира Marconi, чья попытка конверсии и выхода на рынок телекоммуникационного оборудования привела к банкротств)[1].

2. Когда учредители определяют предназначение фирмы действовать на рынке маркетинговых продуктов и на смежных рынках (например, рекламы), они могут установить **специальную компетенцию** такой организации, указав на это в учредительных документах фирмы (например, ввести в уставе запреты на розничную **и** оптовую торговлю).

Сделки, совершенные организацией в противоречии с целями ее деятельности, определенно ограниченными в учредительных документах, могут быть признаны судом недействительными в случаях, предусмотренных ст. 173 ГК РФ. Разъяснение об этом дано в п. 18 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации».

У предпринимателя есть четыре пути выхода на специализацию:

1) подготовка своего подразделения для самостоятельного бизнеса в форме юридического лица.

Например, компания РБК СОФТ зарождалась как отдел технической поддержки РИА РосБизнесКонсалтинг и, соответственно так же как и Информационное Агентство, накопила большой опыт в поиске, систематизации и анализе информационных потоков. РосБизнесКонсалтинг проводит широкий спектр исследований по всем отраслевым рынкам, а компания РБК СОФТ специализируется именно в области информационных технологий. Для ведения данной деятельности РБК СОФТ имеет в своем составе аналитиков, маркетологов, программистов, консультантов, дизайнеров, профессиональных менеджеров и специалистов в области информационных технологий;

[1] Арабов П., Зайко А. Жажда перемен // Компания. № 277. 2003.
[2] Арабов П., Зайко А. Жажда перемен // Компания. № 277. 2003.

2) после начального накопления капитала и образования многопрофильных холдингов в российском бизнесе начался этап развития узкоспециализированных компаний. Таким способом предприниматели адаптируются к новым условиям высокой конкуренции.

3) приобретение узкоспециализированной фирмы;

4) перепрофилирование действующей компании в узкоспециализированную.

Как считают эксперты аудиторско-консультационной группы «Развитие бизнес-систем», в ближайшей перспективе основная тенденция развития российских компаний будет состоять в усилении специализации (в основном это переход в смежную отрасль, где можно использовать некоторые апробированные технологии), поскольку большинство из них испытывают дефицит ресурсов для параллельного развития разнородных бизнес-проектов.

Для компании изменения такого рода весьма рискованны. Фирма может получить убытки и потерять влияние на рынок.

Для регулярного проведения маркетинговой деятельности предприниматели создают коммерческую организацию, основным направлением деятельности которой являются маркетинговые услуги третьим лицам, либо эта организация ведет другую профессиональную деятельность, а маркетинговые исследования являются сопутствующим видом деятельности (например, реклама — основной бизнес, а маркетинг — сопутствующий; доверительное управление — основной, а маркетинг — сопутствующий; аудит — основной, маркетинг — сопутствующий и т.д.). Как показывает опыт, заниматься только маркетинговым бизнесом зачастую нерационально и рискованно, поэтому его включают в структуру более объемного вида услуг (например, консалтинговых или сопутствующих аудиту услуг). Так, ст. 3 Закона РФ от 11 марта 1992 г. «О частной детективной и охранной деятельности в Российской Федерации» предоставляет право использования услуг только лицам, на законном основании занимающимся частной детективной и охранной деятельностью, в целях «сбора информации для деловых переговоров».

Маркетинговые услуги могут предложить и рекламные агентства, но в отличие от них специализированные исследовательские фирмы способны провести независимую и непредвзятую оценку тех или иных рекламных носителей. Медиапланеры используют рейтинги того или иного медианосителя, которые позволяют судить о составе его аудитории. Изучением этого вопроса на телевидении, радио и в прессе занимаются TNS/Gallup Media, KOMKOH, RPRG. Эти компании проводят исследования отношения целевой .удитории к тем или иным рекламоносителям с точки зрения внимания и доверия аудитории. Информацию об аудитории наружной реклам^; предоставляет «Эспар-Аналитик».

Изменение специализации можно назвать перепрофилированием компании. В России типичным примером перепрофилирования является ситуация, когда торговые организации открывают в своем бизнесе производственный сектор и развивают собственные товарные знаки.

Перепрофилирование коммерческой организации. В современном бизнесе в силу роста издержек в определенной стране, в том числе высоких налогов и других причин, компании часто выводят бизнес в другие страны или перепрофилируют, т.е. меняют основную деятельность. Причем зачастую производство сворачивают, оставляя лишь управленческий, финансовый и маркетинговый бизнес.

Пример перепрофилирования коммерческой организации, связанный с переходом от производственной специализации к маркетинговой.

Американская фирма Levi Strauss, изобретатель голубых джинсов, сообщила о том, что ради сокращения издержек закроет все заводы в США и фабрику в Канаде.

Причем Levi's — одна из последних компаний в джинсовой индустрии, решившая перенести производство в другие страны. Сама компания делает ставку на маркетинг, а производством джинсовой одежды под знаменитым лейблом займутся сторонние производители по всему миру.

*Так, **джинсы,** сделанные по договору с Levi's на фабрике в Ростовской области, под торговой маркой Levi Strauss Signature TM, решено реализовывать только в крупнейших торговых сетях США.*

3. Среди участников предпринимательской деятельности выделяются коммерческие организации, чей правовой статус можно характеризовать как **исключительный** в силу того, что законодательство допускает для них ведение только указанной в лицензии предпринимательской деятельности и оказание сопутствующих этой деятельности услуг.

Как правило, специализация определена лицензией согласно Федеральному закону от 8 августа 2001 г. «О лицензировании отдельных видов деятельности», а это означает наличие контроля лицензирующих органов за соблюдением лицензиатом соответствующих лицензионных требований и условий.

В исключительных видах специализации получение лицензии требует основательной подготовленности лицензиата.

• *S* Объем предпринимательской деятельности

1. **Субъектами малого бизнеса** согласно Федеральному закону от 14 июня 1995 г. «О государственной поддержке малого предпринимательства в Российской Федерации» **являются индивидуальные предприниматели, а также коммерческие организации, в уставном капитале которых доля участия Российской Федерации, субъектов**

Российской Федерации, общественных и религиозных организаций (объединений), благотворительных и иных фондов не превышает 25% и в которых средняя численность работников за отчетный период не превышает 60 человек, за исключением сфер промышленности, строительства, транспорта, оптовой торговли и розничной торговли.

Малый бизнес наиболее приемлем для индивидуальных предпринимателей, хозяйственных товариществ (где управление строится на доверительных отношениях) и производственных кооперативов (где законом определена необходимость личного участия в деятельности кооператива большинства его членов). У таких коммерческих организаций есть один общий управленческий признак — голосование проводится по системе: «один товарищ (член кооператива) — один голос», что препятствует возможности оказаться поглощенными тем инвестором, который вкладывает капитал, чтобы влиять на решения компании, участвуя в ее органах управления.

Субъекты малого предпринимательства, при соответствии требованиям гл. 26' НК РФ «Упрощенная система налогообложения», могут перейти на упрощенную систему налогообложения. Причем выбор между упрощенной **и** обычной для предпринимателей системами налогообложения субъект малого предпринимательства делает добровольно.

Последние законодательные изменения касаются освобождения малых предприятий от государственных проверок за первые 3 года деятельности со дня регистрации. Можно предположить, что данная мера вызовет увеличение числа временных компаний, которые будут «исчезать», набрав долгов.

Итак, в целом интерес предпринимателя (коллективного или индивидуального) к получению статуса субъекта малого предпринимательства связан с возможностью получения льгот в его экономической деятельности.

2. **Субъекты среднего бизнеса не отвечают признакам предыдущей категории малого предпринимательства и характеризуются нацеленностью на постоянный рост коммерческого оборота, расширение участия в разных видах предпринимательской деятельности.** Такие цели требуют постановки профессионального управления финансовыми потоками, для чего необходимо четко определить и гарантировать права участников, функции избираемых ими исполнительных органов при условии ограничения ответственности участников. Этим требованиям соответствуют хозяйственные общества в форме ООО и ЗАО, где состав участников стабилен, а количество голосов участника в высшем органе управления зависит от его доли в уставном капитале.

3. **Субъекты крупного предпринимательства.** В законодательстве Российской Федерации нет четких границ между крупным и средним бизнесом. Организация крупного бизнеса означает возможность контролировать значительную долю рынка, выход на открытый рынок акций и, следовательно, привлечение неограниченного числа акционеров и их капитала на регулярной основе, доступность крупных по объему и дешевых финансовых ресурсов и т.д.

Для ведения крупного бизнеса необходима форма ОАО.

Интересно, что в рейтинге 100 крупнейших фирм мира по их капитализации Россию представляет только РАО «Газпром» (58-е место) с капитализацией 67,4 млрд долларов. На первом месте General Electric Co (США) с ***капитализацией*** *383,7 млрд долларов*[1].

• *S* Участие в объединениях коммерческих организаций

Объединяясь с кем-либо, фирма может находиться в зависимом или главенствующем положении (это возможно в вертикально интегрированных структурах). Безусловно, можно выбрать равноправные отношения с партнерами по бизнесу (что характерно для горизонтально интегрированных структур).

Положение зависимости означает, что фирма является дочерним хозяйственным обществом по **отношению** к основному хозяйственному обществу или товариществу или зависимым хозяйственным обществом по отношению к преобладающему. Такие объединения именуют холдингами, финансово-промышленными группами.

Главенствующее положение занимает основное хозяйственное общество или товарищество, или преобладающее общество.

В горизонтально интегрированных структурах фирма может на *равных правах* являться участником простого товарищества или консорциума.

Участвуя в объединениях, коммерческие организации становятся более устойчивыми, за исключением вертикально интегрированных объединений, где для дочерних фирм существует высокий риск их ликвидации, если ресурсы и функции такой фирмы исчерпаны для целей объединения.

Тема 10. Некоммерческие организации

1. Понятие некоммерческой организации

Некоммерческой организацией признается организация, не имеющая в качестве основной цели своей деятельности извлечение

[1] Прямые инвестиции. № 6. 2005.

прибыли и не распределяющая полученную прибыль между участниками, за исключением потребительских кооперативов (п. **1** ст. 50 **ГК РФ** и **п. 1** ст. 2 Федерального закона от 12 января 1996 г. «О некоммерческих организациях»).

Согласно п. 2 ст. 24 Федерального закона «О некоммерческих организациях» такая организация может осуществлять предпринимательскую деятельность лишь постольку, поскольку это служит достижению целей, ради которых она создана. Такой деятельностью признаются приносящее прибыль производство товаров и услуг, отвечающих целям создания некоммерческой организации, а также приобретение и реализация ценных бумаг, имущественных и неимущественных прав, участие **в** хозяйственных обществах и участие в товариществах на вере в качестве вкладчика.

Расходование полученной прибыли возможно только в целях, для которых создана некоммерческая организация. В соответствии со ст. 13 Закона «О некоммерческих организациях» некоммерческая организация может быть создана в результате ее учреждения, а также реорганизации существующей некоммерческой организации. Некоммерческая организация может быть учреждена одним лицом, за исключением случаев учреждения некоммерческих партнерств, ассоциаций (союзов) и иных предусмотренных ст. 15 Федерального закона «О некоммерческих организациях» случаев.

Роль некоммерческих организаций в маркетинговой деятельности достаточно многогранна.

2. Виды некоммерческих организаций, ведущих маркетинговую деятельность

На регулярной основе вести маркетинговые исследования могут *научные организации, учреждения и автономные некоммерческие организации.*

Согласно ст. 5 Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике» **научной организацией признается юридическое лицо независимо от организационно-правовой формы и формы собственности, а также общественное объединение научных работников, осуществляющее в качестве основной научную и (или) научно-техническую деятельность, подготовку научных работников и действующее в соответствии с учредительными документами научной организации.**

Научные организации подразделяются па научно-исследовательские организации, научные организации образовательных учреждений высшего профессионального образования, опытно-конструкторские, проектно-конструкторские, проектно-технологические и т.д.

Свидетельство о государственной аккредитации выдается научной организации, объем научной и (или) научно-технической деятельности которой составляет не менее 70% общего объема выполняемых указанной организацией работ **и** уставом которой предусмотрен ученый (научный, технический, научно-технический) совет в качестве одного **из** органов управления.

Свидетельство о государственной аккредитации является основанием для предоставления научной организации льгот на уплату налогов, предусмотренных налоговым законодательством Российской Федерации.

Отказ в выдаче свидетельства о государственной аккредитации научной организации не может являться препятствием к осуществлению научной и (или) научно-технической деятельности.

Научная организация владеет, пользуется **и** распоряжается имуществом, передаваемым ей учредителями для осуществления деятельности, определенной учредительными документами.

Согласно ст. 120 ГК РФ **и** ст. 9 Федерального закона «О некоммерческих организациях» **учреждением признается некоммерческая организация, созданная собственником для осуществления управленческих, научных, образовательных, социально-культурных и иных функций некоммерческого характера и финансируемая полностью или частично этим собственником.** Собственник закрепляет за учреждением имущество на праве оперативного управления. Учреждение отвечает по своим обязательствам денежными средствами, **и** субсидиарно отвечают за него учредители.

Согласно ст. 10 Федерального закона «О некоммерческих организациях» **автономной некоммерческой организацией (АНО) признается некоммерческая организация, обладающая специальной правоспособностью и предоставляющая различные услуги (в том числе в области образования, науки), приносящие прибыль.** Имущество АНО целевого значения не имеет. АНО — организация, не имеющая фиксированного членства, никаких прав у учредителей в отношении АНО как юридического лица нет. АНО — собственник своего имущества, без прав на него со стороны учредителей.

Контроль за соблюдением предпринимателями принципов предпринимательской деятельности **и** правил бизнеса ведут саморсгулируемыс организации, деятельность которых наиболее заметна на финансовых рынках. Согласно ст. 2 Федерального закона от 8 августа 2001 г. «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при проведении государственного контроля (надзора)» **саморегулируемая организация — это некоммерческая организация, созданная путем**

объединения юридических лиц и (или) индивидуальных предпринимателей и имеющая своей основной целью обеспечение добросовестного осуществления профессиональной деятельности членами саморегулируемой организации.

Защиту и представление интересов предпринимателей могут осуществлять некоммерческие организации, образованные в форме союзов и ассоциаций. Статья 121 ГК РФ гласит, что **ассоциация может быть объединением или только коммерческих, или только некоммерческих организаций.** Ассоциации обладают специальной правоспособностью. Цели их создания: координация предпринимательской деятельности участников — членов ассоциации, формирование информационных систем, проведение консультаций, семинаров, участие в PR-компаниях, установление межрегиональных и международных связей, а также представление и защита общих имущественных интересов. При этом непосредственно **предпринимательская деятельность для ассоциаций запрещена.**

Например, Члены Американской Маркетинговой Ассоциации связаны нормами профессионального этического поведения, которые сформулированы в соответствующем Кодексе, опубликованы в СМИ и общеизвестны. Для заказчиков маркетинга облегчается выбор профессионального исполнителя.

Ассоциации и союзы не отвечают по обязательствам своих членов. Члены ассоциаций, в свою очередь, отвечают по обязательствам объединений субсидиарно.

Ассоциации и союзы могут создаваться на основе различных принципов, таких, как:

отраслевой (союз предпринимателей машиностроительного комплекса);

территориальный (союз товаропроизводителей определенного региона);

принцип учета специфики деятельности ее членов (союз предприятий, оказывающих какие-либо услуги);

принцип добровольности участия в союзе.

Учредительными документами ассоциации в соответствии с п. **1** ст. 122 ГК РФ **являются учредительный договор, подписанный ее членами, а также утвержденный ими устав.** В целом это не характерно для некоммерческих организаций, так как у них, как правило, один учредительный документ — устав.

В устав ассоциации (союза) должны быть включены следующие положения:

цель создания союза;

членство в союзе, права и обязанности членов;

основные задачи ассоциации (союза);

органы управления ассоциацией и союзом;

порядок прекращения деятельности;

сведения о субсидиарной ответственности членов ассоциации (союза).

Поскольку ассоциации и союзы являются некоммерческими организациями, сами они не могут осуществлять предпринимательскую деятельность. Ассоциации и союзы финансируются за счет своих членов.

Управление союзом осуществляется на основе широкой демократии, активного участия входящих в него членов в решении всех вопросов. Каждый член ассоциации имеет на собрании один голос. Высшим органом управления ассоциации или союза является собрание уполномоченных, входящих в них организаций. Общее собрание для руководства текущими делами избирает председателя.

Все решения на собрании уполномоченных принимаются открытым голосованием, как правило, простым большинством голосов.

Член ассоциации может по своему усмотрению выйти из ассоциации (союза) по окончании финансового года. В этом случае он несет субсидиарную ответственность пропорционально своему взносу в течение 2 лет с момента выхода (ст. 123 ГК РФ).

Все имущество, переданное ассоциации (союзу) ее членами, а также имущество, приобретенное по другим основаниям, считается собственностью ассоциации, но после ликвидации все имущество ассоциации (союза) после выплаты всех долгов и обязательных платежей распределяется между членами ассоциации (союза) пропорционально их вкладам.

Большое значение для российского бизнеса имеет деятельность Российского союза промышленников и предпринимателей (РСПП) как одного из наиболее авторитетных некоммерческих объединений предпринимателей России в позитивном регулировании спорных ситуаций между исполнительной властью и предпринимательским сообществом.

Тема 11. Полное и коммандитное товарищества

Данная организационно-правовая форма предназначена для мелких групп предпринимателей с высокой степенью доверия друг к другу. Но товарищества редко встречаются среди образованных в России коммерческих организаций. Причины этого можно обнаружить, если рассмотреть признаки данной организационно-правовой формы.

Особенностью правового регулирования хозяйственных товариществ является отсутствие специального закона, поэтому, главным образом, применяются общие нормы Гражданского кодекса РФ.

Хозяйственные товарищества могут создаваться в форме полного товарищества и товарищества на вере (так называемого коммандитного).

Полное товарищество — это товарищество, участники которого (полные товарищи) в соответствии с заключенным между ними договором занимаются предпринимательской деятельностью от имени товарищества и несут ответственность по его обязательствам принадлежащим им имуществом (ст. 69 ГК).

Основными **признаками** полного товарищества являются:

1. Договорное (т.е. действующее на основании учредительного договора) регистрируемое объединение двух или более лиц для совместного ведения предпринимательской деятельности под общим фирменным наименованием.

2. Финансовая деятельность полного товарищества строится на основе складочного капитала его участников.

3. Управление делами товарищества, по общему правилу, если в договоре не предусмотрено иное, происходит единогласно, однако участники могут договориться о том, что решение принимается большинством голосов товарищей. Каждый участник имеет один голос.

4. Любой товарищ действует от имени товарищества.

5. Участники товарищества солидарно несут субсидиарную ответственность своим имуществом.

6. Никто из товарищей не может быть устранен от участия как в прибылях, так и в убытках товарищества, даже если на этот счет есть специальные соглашения между участниками.

7. Участник полного товарищества может передать свою долю в имуществе товарищества или ее часть либо другому товарищу, либо третьему лицу, однако с обязательного согласия всех остальных товарищей.

8. Вхождение новых лиц в состав товарищей юридически осложнено, так как необходимо согласие всех товарищей на внесение изменений в учредительный договор.

9. Участник вправе выйти из товарищества и получить денежный эквивалент своей доли в имуществе товарищества, **а** при наличии соответствующего условия в учредительном договоре эта доля может быть полностью или частично выдана ему имуществом в натуре.

10. Выбывшие участники несут ответственность по всем долгам товарищества, возникшим до момента их выбытия, в течение 2 лет со дня

утверждения годового отчета товарищества за год. в котором состоялось выбытие.

Необходимость привлечения в полные товарищества заемных средств позволяет провести их перерегистрацию **в** коммандитные товарищества (т.е. товарищества на вере).

Товариществом на вере признается товарищество, в котором наряду с участниками, осуществляющими от имени товарищества предпринимательскую деятельность и отвечающими по обязательствам товарищества своим имуществом, имеется один или несколько вкладчиков (коммандитистов), которые несут риск убытков, связанных с деятельностью товарищества, в пределах сумм внесенных ими вкладов и не принимают участия в осуществлении товариществом предпринимательской деятельности (ст. 82 ГК РФ).

Применение организационной формы товарищества приемлемо далеко не во всех областях **предпринимательской** области, но интересно применение хозяйственных товариществ для небольшого коллектива единомышленников, между которыми сложились доверительные отношения в их профессиональной деятельности, и они готовы вкладывать небольшой капитал, совместно управлять и распределять прибыль.

Тема 12. Производственный кооператив (артель)

Научные работники, объединив свое имущество и знания, могут создать кооперативную модель ведения бизнеса, где они будут иметь имущественный интерес в росте доходов.

Производственный кооператив (артель) — это добровольное объединение граждан на основе членства для совместной производственной и иной хозяйственной деятельности, основанной на их личном трудовом и ином участии и объединении его членами (участниками) имущественных паевых взносов (ст. 1 Федерального закона от 8 мая 1996 г. «О производственных кооперативах»).

Основные **признаки** производственного кооператива:

1. Кооператив представляет собой объединение граждан для совместного труда, при этом объединение капиталов вторично и незначительно.

2. Законом или уставом может **быть** предусмотрено участие в кооперативе юридических лиц, но в строгом соотношении с гражданами-участниками.

3. Единственным учредительным документом кооператива является его устав.

4. Высшим органом управления кооператива является общее собрание его членов. Исполнительным органом является правление и его председатель.

5. Имущество кооператива разделено на паи его членов в соответствии с уставом кооператива.

6. Число членов кооператива не может быть менее 5.

7. Большинство членов кооператива обязаны принимать в нем непосредственное участие своим трудом.

8. У работников кооператива повышенная мотивация, связанная с возможностью их вхождения в состав членов кооператива, а также увеличением долей за счет выбывших членов.

9. Прибыль кооператива распределяется между его членами в соответствии с их трудовым участием.

10. Члены кооператива несут по обязательствам кооператива субсидиарную ответственность в размерах и порядке, предусмотренных законом и уставом.

11. Члены кооператива могут выйти из него добровольно, но могут быть и исключены из него. При добровольном выходе члену кооператива должна быть выплачена стоимость пая или выдано имущество, соответствующее его паю, а также осуществлены другие выплаты, предусмотренные уставом кооператива.

В производственном кооперативе могут сформироваться достаточно стабильные управленческие и коммерческие связи, так как законодательные требования к членам производственного кооператива и к сделкам с его паями не позволяют сделать кооператив объектом захвата другими компаниями.

Например, производственный кооператив может быть создан программистами, изготавливающими компьютерную графику, где владельцы и специалисты тесно взаимосвязаны.

Тема 13. Общество с ограниченной ответственностью

Хозяйственные общества (общество с ограниченной ответственностью и общество с дополнительной ответственностью; закрытое и открытое акционерные общества; народное предприятие) — это коммерческие организации, создаваемые одним или несколькими лицами путем объединения (обособления) их имущества для ведения предпринимательской деятельности.

Обществом с ограниченной ответственностью признается учрежденное одним или несколькими лицами общество, уставный капитал которого разделен на доли определенных учредительными

документами размеров (ст. 87 ГК РФ, ст. 2 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. «Об обществах с **ограниченной** ответственностью»).

В настоящее время общества с ограниченной ответственностью получили широкое распространение в таких государствах континентальной Европы, как Германия, Франция и Швейцария. Общество с ограниченной ответственностью (ООО) — это наиболее популярная форма предпринимательства и в России.

Можно определить основные **признаки,** вызывающие интерес **к** обществам с ограниченной ответственностью для создающих их лиц.

1. Это общество базируется прежде всего на объединении капиталов, а не лиц. Экономической основой деятельности ООО является включение в гражданский оборот капитала группы лиц до 50 участников или капитала одного лица на условиях ограничения предпринимательского риска участников **и** возможности лично осуществлять и контролировать деятельность общества.

2. Участниками ООО могут быть и граждане, **и** юридические лица, за исключением государственных органов и органов местного самоуправления. Финансируемые собственником учреждения могут быть участниками ООО только с разрешения собственника. Общество с ограниченной ответственностью не может иметь в качестве единственного учредителя другое хозяйственное общество, состоящее из одного лица.

3. Число участников общества не должно быть более 50. При превышении установленного предела оно должно быть преобразовано в течение года в акционерное общество или производственный кооператив. Ограниченный количественный состав участников дает возможность контролировать изменения в их составе в большей степени, чем в открытом акционерном обществе, но вместе с тем является определенным препятствием для привлечения инвестиций.

4. Участники общества не отвечают по обязательствам общества **и** несут риск убытков, связанных с его деятельностью, в пределах стоимости внесенных ими вкладов.

5. Участники общества имеют возможность определить степень **и** вид участия в различных органах (управленческих и исполнительных) общества, но не обязаны участвовать в его деятельности.

6. Внутренняя структура общества подразумевает функционирование органов управления, действия которых являются действиями самого общества. Структура органов управления общества, чаще всего, двухзвенная: общее собрание участников — исполнительные органы. По решению участников структура управления может быть трехзвенная: общее собрание участников — совет директоров — исполнительные органы (правление или генеральный директор). Высшим органом управления общества является общее собрание его участников.

7. Учредительными документами являются учредительный договор и устав. Если учредителем выступает одно лицо, то только устав.

8. Уставный капитал общества составляется из вкладов его участников. Минимальный размер уставного капитала составляет 100 минимальных размеров оплаты труда.

9. По общему правилу участники общества вправе продать или уступить свою долю или ее часть другим участникам общества. Отчуждение доли третьим лицам допускается, если иное не предусмотрено уставом. При этом участники общества пользуются преимущественным правом покупки доли участника пропорционально размерам своих долей. Но уставом или соглашением участников общества может быть предусмотрен иной порядок осуществления такого права (ст. 93 ГК РФ).

10. Прием участников в общество может производиться как на стадии его учреждения, так и после этого. Порядок принятия новых участников регулируется уставом общества. Каждый новый участник несет ответственность и по тем обязательствам, которые возникли до его вступления в общество.

11. Участник общества вправе выйти из общества в любое время и независимо от согласия других участников, подав при этом письменное заявление. Ему должна быть выплачена стоимость части имущества общества, соответствующая его доли в уставном капитале общества.

Важно, что в целях привлечения заемного капитала в общество с ограниченной ответственностью законодатель предусмотрел для его участников возможность путем перерегистрации (но без проведения реорганизации) учредить общество с дополнительной ответственностью.

Обществом с дополнительной ответственностью (ОДО) признается учрежденное одним или несколькими лицами общество, уставный капитал которого разделен на доли определенных учредительными документами размеров. Его основное отличие от общества с ограниченной ответственностью заключается в том, что здесь участники солидарно несут субсидиарную ответственность по его обязательствам своим имуществом в одинаковом для всех кратном размере к стоимости их вкладов, определяемых в учредительных документах (ст. 95 ГК РФ).

Принятие участниками на себя повышенной ответственности за обязательства общества с фиксацией этого факта в уставе можно объяснить стремлением создать имидж ОДО как надежного партнера и сделать компанию более привлекательной для инвестиций.

Тема 14. Акционерное общество

1. Понятие акционерного общества

Акционерное общество — это коммерческая организация, уставный капитал которой разделен на определенное число акций, удостоверяющих обязательственные права акционеров по отношению к обществу (ст. 2 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах»).

Для акционерного общества (АО) характерны следующие **признаки:**

1. АО базируется прежде всего на объединении капиталов, а не лиц. Экономической основой деятельности АО является включение в гражданский оборот капитала группы лиц до 50 акционеров в закрытых АО и неограниченного числа акционеров в открытых АО или капитала одного лица на условиях ограничения предпринимательского риска акционеров и возможности лично осуществлять и контролировать деятельность АО.

2. Уставный капитал АО состоит **из** минимальной стоимости акций АО, приобретенных участниками АО (акционерами). Номинальная стоимость акций общества должна быть одинаковой. Организация уставного капитала с помощью акций в первую очередь необходима для концентрации большого капитала, как правило, распыленного среди множества мелких участников. Как отмечается в литературе, это необходимо при реализации крупных инвестиционных проектов, которые, собственно, и вызвали к жизни эту форму коммерческих организаций[1].

3. АО вправе выпускать акции и за счет этого увеличивать собственный капитал.

4. Единственным учредительным документом АО является его устав.

5. Акционерами могут быть граждане и юридические лица. Государственные органы и органы местного самоуправления не вправе выступать участниками АО. Финансируемые собственником учреждения могут быть акционерами только с разрешения собственника.

6. АО не может иметь в качестве единственного учредителя (акционера) другое хозяйственное общество, состоящее **из** одного лица.

7. Акционеры не отвечают по обязательствам АО и несут риск убытков, связанных с его деятельностью, в пределах стоимости принадлежащих им акций.

8. Акционеры не обязаны участвовать в деятельности АО.

9. Право голоса на общем собрании акционеров по вопросам, поставленным на голосование, принадлежит акционерам — владельцам

[1] Коммерческое право: Учебник / Под ред. В.Ф. Попондопуло, В.Ф. Яковлевой. СПб.: Изд-воСПбГУ, 1998.

обыкновенных акций, а также акционерам — владельцам привилегированных акций в случаях, специально предусмотренных Федеральным законом «Об акционерных обществах» или уставом АО.

10. По общему правилу акционеры вправе отчуждать принадлежащие им акции без согласия других акционеров и АО.

11. Структура управления при различных пакетах акций в руках акционеров позволяет выстраивать разные конфигурации прав акционеров (например, контрольные и блокирующие пакеты) и менеджеров (такая структура более приспособлена к учету интересов участников управленческих отношений).

Итак, акционерное общество является наиболее развитой, крупной и перспективной организационно-правовой формой в России.

2. Виды акционерных обществ

Акционерные общества могут существовать в двух формах: **открытого** и **закрытого** акционерного общества. Между собой они различаются тем, что акции открытого акционерного общества распространяются по свободной подписке, а в закрытом акционерном обществе акции распределяются только среди его учредителей или иного, заранее определенного круга лиц.

Неодинаков для акционерных обществ и минимальный уставный капитал, определенный законом. Для закрытого акционерного общества он установлен в размере 100 минимальных размеров оплаты труда, а для открытого — в размере 1000 минимальных размеров оплаты труда.

Эмиссия акций порождает самые разнообразные имущественные отношения, а главное — позволяет привлечь неограниченный капитал в акционерное общество, и в этом заложено уникальное значение акций[1].

Публичное размещение акций — это очень важная тенденция не только для отечественного фондового рынка (который доказывает свою ликвидность, увеличивает новые эффективные финансовые инструменты), но и для развития всей экономики, в которой по-прежнему большая доля теневого бизнеса и криминальных устоев.

Тема 15. Структурное подразделение в коммерческой организации

1. Понятие подразделения

Каждая компания в процессе своего развития выстраивает и изменяет свою внутреннюю структуру, определяя оптимальные модели структурирования и управления своими подразделениями.

[1] Синенко А.Ю. Эмиссия корпоративных ценных бумаг. М.: Статут. 2002.

Подразделение фирмы — это организационный элемент ее структуры, не обладающий статусом юридического лица, реализующий отдельные внутренние и (или) внешние функции фирмы. Ответственность за действия подразделения несет юридическое лицо, так как подразделения не вправе выступать в коммерческом обороте от своего имени.

2. Обособленные и необособленные подразделения

Среди подразделений коммерческих организаций различают два основных типа с точки зрения участия в хозяйственном обороте — **обособленные** (представительство, филиал, отделение) **и необособленные** (отдел, **департамент).**

В ст. 1! НК РФ указано, что обособленное подразделение организации — любое территориально обособленное от нес подразделение, по месту нахождения которого оборудованы стационарные рабочие места. Признание обособленного подразделения организации таковым производится независимо от того, отражено или не отражено его создание в учредительных или иных организационно-распорядительных документах организации, и от полномочий, которыми наделяется указанное подразделение. При этом рабочее место считается стационарным, если оно создается на срок более одного месяца.

Следовательно, необособлешюе подразделение организации находится по месту ее нахождения, независимо от выполняемых функций.

Отдел — это необособленное подразделение юридического лица, которое расположено **в месте нахождения** юридического лица.

Наиболее распространены отделы, деятельность которых не предназначена для внешних контактов фирмы. Например, в торговых фирмах ведущую роль играют отделы сбыта, которые специализируются на оптовой торговле продукцией своего предприятия, а снабженческие звенья коммерческих и некоммерческих организаций — на закупках товарных **и** материальных ресурсов у различных товаровладельцев для использования в предпринимательских либо производственных и иных хозяйственных целях. Работникам таких отделов выдаются доверенности на заключение коммерческих договоров.

Создание отделения свидетельствует о том, что фирма, преследуя цели децентрализации управления, начинает обособление деятельности какого-либо подразделения, накладывая на него выполнение отдельных внешних функций и давая ему больше самостоятельности, в том числе оформляя права руководителя отделения доверенностью. Но поскольку отделение расположено в месте нахождения юридического лица, то филиалом или представительством оно не является.

3. Представительство и филиал

Представительство является обособленным подразделением юридического лица, расположенным вне места его нахождения; представляет интересы юридического лица и осуществляет их защиту.

Филиал как обособленное подразделение юридического лица расположен вне места его нахождения и осуществляет все его функции или их часть, в том числе функции представительства (ст. 55 ГК РФ).

Практически все растущие фирмы начинают развивать концепцию бизнеса своих обособленных подразделений. Это объясняется тем, что отдельные подразделения достигли такого уровня специализации и взаимодействия с внешними партнерами, что способны от имени фирмы выполнять внешние задачи (например, торговые и рекламные).

Представительство и филиал объединяют следующие **признаки:**

территориальная и имущественная обособленность;

при создании филиала или представительства организация передаст им часть имущества, которое отражается на отдельном балансе созданного подразделения. При этом имущество остается собственностью юридического лица;

филиал или представительство могут выступать в коммерческом обороте только от имени юридического лица по внутренним нормативным документам (положениям) этого юридического лица;

филиал или представительство обозначены в уставе юридического лица и действуют согласно полномочиям, указанным в доверенности на имя их руководителей;

филиал или представительство представляют интересы юридического лица и осуществляют их защиту.

Если к указанным признакам добавить ведение хозяйственных и коммерческих операций, то это и будет отличительная черта филиала от представительства.

Когда у компании появляется сеть филиалов, развивающих относительно самостоятельные направления бизнеса, — это свидетельствует о том, что высший менеджмент одной фирмы управляет фактически уже несколькими фирмами и должен оценить эффективность каждой из них.

На практике выработаны два подхода к конструированию отношений между фирмой и ее филиалами: административный и экономический.

Первый — основан на жестком административном контроле руководством фирмы своего филиала с целью повышения исполнительской и финансовой дисциплины, недопущения больших расходов и т.д.

Второй подход основан на стратегии децентрализации управления всем комплексом подразделений фирмы (так как они уже не являются

единым механизмом) и передаче отдельных полномочий подразделениям с целью развития хозяйственной самостоятельности и инициативы со стороны подразделений. Такой подход имеет перспективной целью создание обособленных бизнес-структур, которые должны конкурировать между собой за ресурсы развития от материнской компании и доказывать высшему руководству, что тот или иной бизнес более успешен и выгоден.

К тому же крупная фирма не всегда владеет оперативной информацией и знанием специфики бизнеса филиалов по регионам, а значит, высока вероятность долгого принятия решений или ошибочных решений, не учитывающих множество существенных факторов. Филиалы в итоге могут потерять конкурентоспособность и гибкость на рынке. А у их руководителей снижаются мотивация к работе, самостоятельность и инициативность в принятии решений.

Данная стратегия приемлема для компаний не только с большим количеством сотрудников и подразделений, но и с выработанной системой стимулирования и карьерного роста для менеджеров. С ростом фирмы все большая часть управленческих функций передается на нижние уровни управления, руководителям отделов, филиалов и дочерних фирм.

Для внедрения эффективной системы внутреннего взаимодействия необходимы следующие условия:

стратегические и тактические цели (в том числе по конкурентоспособности и прибыльности) компании, ее филиалов и дочерних структур должны быть взаимосвязаны в русле интересов холдинговой компании;

полномочия филиалов и дочерних структур разграничены и зафиксированы в корпоративных актах;

система корпоративного управления построена на стимулировании и регенерирует высокопрофессиональных менеджеров в инвесторов и (или) предпринимателей;

система информирования, управленческого учета и контроля, доступная для участников (акционеров) для отслеживания результатов работы внутренних подразделений и дочерних структур;

развитая корпоративная культура и приверженность интересам холдинга со стороны участников и работников.

Практика показывает, что введение внутреннего взаимодействия ведет к установлению баланса интересов различных по статусу участников и менеджеров, к весьма существенному снижению издержек и экономической стабильности.

Основным показателем необходимости создания внутренних обособленных подразделений является появление среднего уровня

менеджмента с четко определенным по штатному расписанию количеством сотрудников. Норма управляемости для руководителя исполнительного органа приблизительно составляет до 10 человек подчиненных разных специальностей. Для среднего уровня менеджмента норма управляемости — до 15 человек, если у подчиненных есть пересекающиеся функции (например, в распоряжении коммерческого директора 15 региональных менеджеров по продажам или сбыту). Для низшего уровня управления, где подчиненными выполняются однотипные функции, — до 30 человек (например, торговые агенты).

Если норма управляемости на одном уровне превышается, то падает эффективность управленческих решений, что вызывает необходимость в создании нижнего уровня.

Пример создания региональной торговой сети на базе филиалов.

В 2003 г. входящая в состав группы Bacardi-Martini торговая компания Beverages & Trading открыла филиал в Петербурге, сократив предварительно свою дистрибьюторскую сеть. Цель новой сбытовой политики (прямые продажи через филиальную сеть) направлена на увеличение Bacardi-Martini своих доходов на 20-25%.

Группе Bacardi-Martini (BM) принадлежит 134 алкогольных бренда, в том числе Martini, Bacardi, Dewar's, Otard. Оборот компании за 2002 г. — более 3 млрд долларов.

Объем продаж: Beverages & Trading в России за период апрель 2002 г. — март 2003 г. составил около 100 млн долларов, из которых около 70% приходится на вермуты Martini. Более 50% продукции реализуется в Москве.

В 2002 г. Bacardi-Martini решила самостоятельно заняться дистрибьюцией своей продукции и создала на российском рынке дочернюю компанию Beverages & Trading (B&T). При этом один из крупнейших дистрибьюторов BM— компания «Руст Инк.» лишилась бизнеса с оборотом около 50 млн долларов в год.

Большое количество дистрибьюторов ведет к конкуренции, и разброс цен получается очень большой. Сокращение дистрибьюторов упорядочивает систему распространения и позволяет более жестко регулировать цены (т.е. выравнивать их на одном уровне/.

Итак, открытие филиалов ведет не только к расширению фирмы, но и к реализации перспективы создания сети фирм с единым управленческим центром.

[1] Ведомости. 5 сентября 2003 г.

Тема 16. Служба маркетинга в коммерческой организации

По мерс развития рынка и увеличения конкуренции продукция становится все более сложной **и** наукоемкой. Коммерческие структуры разного профиля проводят маркетинг на регулярной основе и для решения маркетинговых задач формируют в своей структуре специальные подразделения (в том числе отделы сбыта, рекламы и маркетинга), открывают филиалы для оказания услуг третьим лицам. *О больших успехах таких исследовательских отделов свидетельствует опыт научно-исследовательских центров лидеров продовольственного рынка «Внмм-Билль-Данн», «Быстрое», «Дарья» и т.п.*

Организация службы маркетинга па фирме — это структурное построение одного или нескольких организационных элементов фирмы для управления маркетинговыми функциями, где установлены полномочия, подчиненность **и** ответственность за выполнение тех или иных заданий.

1. Понятие маркетингового подразделения в коммерческой организации

Маркетинговое подразделение — это структурное подразделение фирмы для управления маркетинговыми функциями, распределенными среди сотрудников подразделения.

Основные задачи:

- маркетинговые исследования;
- разработка новых бизнес-продуктов, стратегии и тактики их продвижения;
- участие в завоевании компанией рынка, создании имиджа фирмы;
- планирование рекламы и PR-мероприятий.

Выполнить такие функции может примерно следующий состав сотрудников: руководитель проекта (постановщик задачи); специалисты, разрабатывающие анкеты и рассчитывающие выборку; менеджеры проекта, работающие с интервьюерами; интервьюеры; аналитики-маркетологи, обрабатывающие **и** анализирующие полученную информацию.

Среди плюсов развития подразделения, функционально выполняющего роль исследовательского центра (ИЦ), можно отметить возможность постоянно находиться в курсе бизнес-событий, совершенствовать бизнес, оперативно отслеживать действия, поведение и качество как своих продуктов, так и продуктов конкурентов.

Менее эффективным специалисты признают вариант, когда проведение маркетинговых исследований поручается кому-то из работников как трудовое задание, без принятия каких-либо организационных мер

(т.е. без создания профильных фирм или структурных подразделений). *Например, розничная торговая организация приглашает специалиста-маркетолога по трудовому договору или по договору подряда и дает задание изучить рыночный потенциал товара.*

2. Критерии оценки эффективности работы службы маркетинга

- Качество, плановость, своевременность и научность проведенных работ по анализу конъюнктуры рынка и, как следствие, точность и обоснованность разработанных прогнозов по кардинальным аспектам деятельности фирмы, ее участия на рынке, объема реализации по основным видам продукции и группам изделий на кратко-, средне- и долгосрочные периоды.
- Реальные результаты поиска потребителей основных видов продукции, а также выявление основных причин отказа от заключения договоров на поставку (качество, ассортимент, цена, порядок и форма оплаты, условия поставки и расчетов, степень выполнения договорных обязательств предприятием, уровень обслуживания потребителей при отгрузке продукции, организация сервисного обслуживания).
- Наличие обоснованных предложений по перспективным видам и формам сотрудничества с предпринимателями и потребителями и освоению новых рыночных ниш.
- Результативность предложений по планированию и (или) совершенствованию ассортимента, организации товародвижения, рекламы, включая выставочную деятельность и формирование имиджа предприятия, паблик рилейшнз и программ по стимулированию сбыта в соответствии с утвержденными планами работ.

РАЗДЕЛ 3. СОЗДАНИЕ И ОБРАЩЕНИЕ ИНФОРМАЦИОННЫХПРОДУКТОВ

Тема 17. Информационные продукты для бизнеса

1. Характерные признаки информационных продуктов для бизнеса

Таким собирательным термином, как «информационные продукты для бизнеса», можно обозначить те информационные объекты гражданских прав, которые имеют следующие общие **признаки:**

- указаны в законодательстве как информационные ресурсы **и** системы;
- создаются в целях получения прибыли;
- находятся на праве собственности;
- не относятся к объектам интеллектуальной собственности;
- оборотоспособны, т.е. выступают в качестве товара при соблюдении интеллектуальных прав их разработчиков, причем право авторства и право собственности могут принадлежать разным лицам;
- практически применимы;
- имеют денежную стоимость;
- являются базой для принятия управленческих решений, причем от качества и степени адаптации деловой информации зависит уровень управленческих решений.

2. Информационные ресурсы

Согласно Федеральному закону от 20 февраля 1995 г. «Об информации, информатизации и защите информации» **информационными ресурсами являются отдельные документы и отдельные массивы документов, документы и массивы документов в информационных системах (в том числе банках данных). Информационные ресурсы являются разновидностью документов, объектами отношений физических и юридических лиц, обязательно документируются, являются элементом состава имущества и объектом права собственности.**

Документ, по законодательству, это более широкое понятие, чем информационные ресурсы. Не всякий документ может являться собственностью. **Документ — это материальный носитель с зафиксированной на нем информацией в виде текста, звукозаписи (фонограммы), изображения или их сочетания, предназначенный для передачи во времени и пространстве в целях общественного использования и хранения**

(ст. 1 Федерального закона от 29 декабря 1994 г. «Об обязательном экземпляре документов»).

3. Информационная система — организационно упорядоченная совокупность документов (массивов документов) и информационных технологий, в том числе с использованием средств вычислительной техники и связи, реализующих информационные процессы.

Средства обеспечения автоматизированных информационных систем и их технологий — программные, технические, лингвистические, правовые, организационные средства (программы для электронных вычислительных машин; средства вычислительной техники и связи; словари, тезаурусы и классификаторы; инструкции и методики; положения, уставы, должностные инструкции; схемы **и** их описания, другая эксплуатационная **и** сопроводительная документация), используемые или создаваемые при проектировании информационных систем и обеспечивающие их эксплуатацию.

Если учесть, что в перечне, указанном в Законе, есть инструкции и методики, положения, уставы, должностные инструкции, то необходимо уточнить, что приведенные средства обеспечения лишь в комплексе могут являться объектами гражданских прав **и** участвовать в коммерческом обороте.

Информационные системы, базы и банки данных, технологии и средства их обеспечения проходят обязательную сертификацию, а деятельность по формированию и использованию информационных ресурсов подлежит лицензированию.

Владение разнообразной информацией, се правовое оформление, проведение информационной политики позволят фирме превратить внешнюю рыночную ситуацию в выигрышную для себя.

Тема 18. Классификация информационных бизнес-продуктов

Чтобы контролировать разные параметры состояния фирмы и ее внешнего окружения, необходима классификация информационных продуктов не только по экономическим, но и юридическим параметрам.

1. Информационные продукты по доступности (согласно ст. 10 Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации»):

1) *открытые* и *общедоступные* информационные ресурсы;

2) *документированная информация с ограниченным доступом,* которая, в свою очередь, подразделяется на информацию, отнесенную

к государственной тайне (согласно Закону РФ от 21 июля 1993 г. «О государственной тайне»), и конфиденциальную информацию.

Порядок отнесения информации к конфиденциальной и виды конфиденциальной информации установлены Указом Президента РФ от 6 марта 1997 г. № 188 «Об утверждении Перечня сведений конфиденциального характера». В соответствии с данным Указом к конфиденциальной информации относятся:

сведения о фактах, событиях и обстоятельствах частной жизни гражданина, позволяющие идентифицировать его личность (персональные данные), за исключением сведений, подлежащих распространению в установленных федеральными законами случаях;

сведения, составляющие тайну следствия и судопроизводства;

служебная тайна, т.е. информация о деятельности государственных органов и их служащих, представляющая государственный интерес (например, налоговая тайна согласно ст. 102 НК РФ);

профессиональная тайна, т.е. сведения, связанные с профессиональной деятельностью (например, врача, нотариуса, аудитора);

коммерческая тайна (понятие дается в ст. 139 ГК РФ);

сведения о сущности изобретения, полезной модели или промышленного образца до официальной публикации информации о них (согласно Патентному закону РФ от 23 сентября 1992 г.).

Особым видом информации с ограниченным доступом является «ноу-хау». Это информационный продукт в режиме коммерческой тайны, систематизированный, находящийся в собственности, оборотоспособный, предназначенный для целевого коммерческого использования.

2. Содержание сведений для бизнеса:

экономико-статистические;
правовые;
управленческие;
финансово-бюджетные;
производственные и коммерческие.

3. Форма представления информации:

1) письменный документ — документ в бумажной форме при наличии реквизитов;

2) **электронный документ** — документ, содержащий информацию в электронно-цифровой форме, удостоверенный электронной цифровой подписью владельца, а владелец документа, получив сертификат ключа подписи, хранит в тайне закрытый ключ электронной цифровой подписи, позволяющий владельцу создавать свою электронную цифровую подпись. Электронный документ является разновидностью компьютерной

информации, т.е. информации, зафиксированной на машинном носителе или передаваемой по телекоммуникационным каналам в форме, доступной для ЭВМ.

Компьютерная информация занимает все большее информационное пространство в деятельности предпринимателя, а поэтому, безусловно, растет возможность совершения правонарушений с данной информацией.

4. Функциональная способность информации:

1) бизнес-справка, в которую включены справочные сведения (например, об учредителях (акционерах, участниках), руководителях и персонале интересующей компании), статистические данные об отрасли, рынке; количественные характеристики финансового анализа фирмы; официально опубликованные результаты социологических и маркетинговых исследований; выписка из государственного реестра о коммерческой организации. Бизнес-справка позволяет объективно судить о платежеспособности, кредитоспособности, финансовом положении хозяйствующего субъекта, учитывать все возможные риски.

Бизнес-справка может быть составлена в двух вариантах: а) **типовая** — содержит базовую информацию в обобщенном виде; б) **развернутая** — отражает детализированную информацию по разным экономическим аспектам.

Например, бизнес-справка по маркетинговому исследованию компании или холдинга включает: юридический статус и реквизиты; организационную структуру; связи с госструктурами, региональными властями, другими компаниями; крупнейших владельцев; репутацию; финансовые показатели; основные этапы деятельности компании, включая производство и реализацию; историю компании; рейтинг компании в отрасли; маркетинговую политику (продукция, ценообразование, дистрибьюция, продвижение); планы компании; конкурентов; СМИ о компании',

2) **аналитический** отчет, содержащий системную **информацию о положении фирмы на рынке, се бизнесе, о ее материальных и нематериальных** ресурсах, **о капитале** учредителей **и квалификации менеджеров, характеристики конкурентов и партнеров, историю и перспективы организации.** Компании, представляющие такую информацию, способны не только собирать информацию, но и проводить информационные мероприятия, а также системный анализ, основанный на таких источниках, как бизнес-план, финансовый отчет, заключение аудитора, акты экспертов, расчеты, анализ публикаций в средствах массовой информации и т.д.;

3) **программа для ЭВМ — это объективная форма представления совокупности данных и команд, предназначенных для функционирования электронных вычислительных машин (ЭВМ) и других компьютерных устройств с целью получения определенного результата. Под программой для ЭВМ подразумеваются также подготовительные материалы, полученные в ходе разработки данного объекта, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения.** При этом каждое аудиовизуальное отображение, взятое в отдельности (например, заетавка к игровой программе), может рассматриваться и как художественное произведение (т.е. как отдельный объект авторского права);

4) база данных — • объективная форма представления и организации совокупности данных (статей, расчетов и т.д.), систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ. Статья 7 Закона РФ от 9 июля 1993 г. «Об авторском праве и смежных правах» определяет базы данных среди составных произведений (сборников), представляющих собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда. Причем составные произведения охраняются авторским правом независимо от того, являются ли объектом авторского права произведения, на которых они основаны или которые они включают.

Программы для ЭВМ и базы данных являются объектами интеллектуальной собственности, охраняются авторским правом, следовательно, появляется потенциал для их **широкого** использования в гражданском обороте, передачи прав на них в форме авторского договора;

5) **банк данных — это совокупность баз данных, а также программные и иные средства, предназначенные для централизованного накопления данных и их использования с помощью ЭВМ;**

6) информационные технологии представляют собой средства сбора, обработки, накопления, хранения, поиска и распространения информации;

7) информационная система — это организационно упорядоченная совокупность документов и информационных технологий, в том числе с использованием средств вычислительной техники и связи, реализующих информационные процессы (ст. 2 Федерального закона об информации, информатизации и защите информации).

Например, как утверждает руководитель информационно-аналитического отдела «Медиасервис Видео Интернэшнл» Виктор ***Коломиец:*** *«Планирование должно снизить риски инвестиционных вложений*

в рекламу, а для этого нужна обширная информационная база, которой обладают профессионалы»[1]

Типы компьютеризированных информационных систем, применяемых в предпринимательской деятельности, можно обозначить как: крупные интегрированные, производственные интегрированные, финансово-управленческие и локальные системы.

Наиболее прогрессивными и дорогостоящими из информационных систем являются крупные интегрированные (так называемые «ERP-системы»), с помощью которых происходят комплексная автоматизация управления производством, глобальное планирование, бюджетирование и корпоративная консолидация ресурсов. Среди наиболее совершенных интегрированных систем такого уровня можно назвать BaaN, Orakl, SAP R/3, JD Edwards. Реализация проектов их установки требует колоссальных финансовых (от полумиллиона долларов) и временных (один-два года) затрат. Поэтому в России данными автоматизированными системами владеют лишь несколько компаний энергетики, нефте- и газодобывающей промышленности.

Производственные интегрированные системы предназначены для среднего бизнеса и направлены на управление производством и оперативное планирование. При этом учетные функции в них не развиты.

Финансово-управленческие системы решают задачи бухгалтерского учета, управления кадрами и т.д. Поэтому эти системы более применимы для сферы торговли, услуг и т.п.

Локальные системы позволяют вести учет по одному или нескольким направлениям хозяйственной деятельности (например, система сбыта, складское хранение). Таким образом, их основная задача — это автоматизация учетных функций.

Одна из актуальных задач менеджмента — точность финансовых решений. Для того чтобы их правильно принимать и контролировать исполнение, требуется мониторинг освоения денег, оперативное маневрирование ресурсами, комплексная оценка ситуации, а также точный выбор приоритетных направлений управленческих действий. На информационном рынке появляется новое поколение компьютерно-информационных систем: Информационные системы руководства — EIS (Executive Information System), Системы поддержки принятия решений — DSS (Decision Support System), а также система «эмоциональный компьютер», куда входит комплекс унифицированных эмоционально-аналитических технологий.

[1] Секрет фирмы. № 14. 2003.

5. Информационная среда по отношению к фирме:

1) информация о внешних для фирмы событиях и явлениях (например, об отрасли, о рынке, об общей политико-экономической ситуации, о конкурентах, образе фирмы, ее рейтинге).

Источники внешней информации: статистика, СМИ, интернет-сайты, базы данных, маркетинговые и социологические исследования, источники службы безопасности;

2) **информация о внутрифирменных процессах** (например, о структуре фирмы, о комплектации и деятельности органов управления, об основных показателях финансово-хозяйственной деятельности фирмы, таких, как прибыльность, материальные издержки; об образовании и профессиональном уровне персонала).

Источники внутренней информации: собрания учредителей и трудового коллектива, заседания совета директоров и правления, внутрифирменные конференции и семинары, анкеты и отчеты сотрудников, информационные системы по учету, анализу **и** контролю выполнения поручений, внутрифирменные исследования.

6. Цель использования информации:

1) стратегические информационные ресурсы, в которых сформулированы **и** обоснованы цель, направление движения компании с точки зрения развития ее бизнеса. К стратегическим базам относится информация, отражающая: тенденции по регионам (развитие экономики, развитие профильных видов деятельности фирмы, динамика конъюнктуры); технологический процесс (сырье, производственные технологии); конкуренты (их акционеры, союзники, объединения); диверсификация (поиск новых возможностей бизнеса);

2) **тактические информационные ресурсы** в основном создаются в форме проектов, планов и схем оптимальных способов достижения целей стратегических. При этом специалисты выделяют тактические информационные ресурсы по двум основным типам потребности в информации: а) необходимость знать общие характеристики каждого из путей развития бизнеса; б) необходимость постоянно наблюдать за состоянием окружающей среды, чтобы своевременно выявлять все препятствия на пути.

Тактические базы для потребностей первого типа могут включать планы реструктуризации управления, запуска в производство новой продукции, наращивания производственных мощностей, реорганизации **и** (или) создания дочерних фирм **и** филиалов в регионах, развития дистрибьюторских каналов **и** т.д.

Пример 1. Для запуска в производство новой продукции, необходимы сведения об изделиях, которые в настоящее время конкурируют

на рынке, о планах, инновациях и материально-технической базе конкурентов, о тенденциях изменения конъюнктуры рынка и законодательства.

Пример 2. Для наращивания производственных мощностей необходима информация о том, является ли увеличение спроса на рынке долгосрочным, об уменьшении риска перепроизводства, о технологиях повышения производительности труда;

3) **оперативная информация — это продукт мониторинга текущей деятельности, ею располагает любая фирма. Основным источником ее получения являются услуги консультантов и каналы бесперебойной деловой информации, которую поставляют в форме абонентского обслуживания.**

Цель владения оперативной информацией — это решение текущих проблем с наименьшими затратами ресурсов фирмы. Оперативные базы данных должны быть легкодоступны и максимально реализуемы. Оперативные базы касаются текущих сделок фирмы, ее экономического, налогового и т.п. положения на настоящий момент.

Стратегические, тактические **и** оперативные цели предпринимателя должны быть взаимоувязаны в едином информационном поле.

Тема 19. Электронные документы

Правовые требования к электронному документу. Развитие интеллектуальной деятельности привело к возникновению новых правовых институтов, например таких, как институт прав на электронные документы. Федеральный закон «Об электронной цифровой подписи» признает электронную цифровую подпись юридически равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе.

Согласно ст. 3 Федерального закона «Об электронной цифровой подписи» **электронный документ — это документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме.** Если исходить из Федерального закона «Об информации, информатизации и защите информации», то электронный документ является разновидностью информационного ресурса. С экономической точки зрения электронный документ представляет собой новый тип товара, образующий рынок высоких технологий, имеющий определенную цену и требующий правовой охраны. Электронные документы (в том числе программы для ЭВМ и базы данных) не имеют физической амортизации при наличии моральной.

Обязательным реквизитом электронного документа является **электронная цифровая подпись,** которая предназначена для защиты данного электронного документа от подделки, создается в результате криптографического преобразования информации с использованием закрытого

ключа электронной цифровой подписи **и** позволяет идентифицировать владельца сертификата ключа подписи, а также установить отсутствие искажения информации в электронном документе.

Согласно Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» в обороте электронных документов обязательна сертификация средств электронной цифровой подписи, результатом которой является выдача сертификата (документа на бумажном носителе).

Владелец сертификата ключа подписи как физическое лицо вправе подписывать электронные документы. **Сертификат ключа подписи — это документ на бумажном носителе или электронный документ с электронной цифровой подписью уполномоченного лица удостоверяющего центра (лицензированного юридического лица).**

Данный сертификат обязательно включает в себя открытый ключ электронной цифровой подписи, т.е. уникальную последовательность символов, соответствующую закрытому ключу электронной цифровой подписи (ключу, известному только владельцу сертификата **и** предназначенному для создания электронной цифровой подписи). Соответственно символы открытого ключа электронной цифровой подписи предназначены для подтверждения подлинности электронной цифровой подписи в электронном документе.

Согласно ст. 6 Федерального закона «Об **электронной** цифровой подписи» сертификат ключа подписи находится в реестре удостоверяющего центра и содержит следующие сведения:

- уникальный регистрационный номер сертификата ключа подписи, даты начала и окончания срока действия сертификата ключа подписи, находящегося в реестре удостоверяющего центра;
- фамилию, имя и отчество владельца **сертификата** ключа подписи или псевдоним владельца;
- открытый ключ электронной цифровой подписи;
- наименование средств электронной цифровой подписи, с которыми используется данный открытый ключ;
- наименование **и** место нахождения удостоверяющего центра, выдавшего сертификат ключа подписи;
- сведения об отношениях, при осуществлении которых электронный документ **с** электронной цифровой подписью будет иметь юридическое значение.

В случае необходимости в сертификате ключа подписи на основании подтверждающих документов указываются должность (с указанием наименования и места нахождения организации, в которой установлена эта должность) и квалификация владельца сертификата, а по его заявлению

в письменной форме — иные сведения, подтверждаемые соответствующими документами.

Все участники информационных систем (т.е. те лица, которые состоят в договорных отношениях с удостоверяющими центрами) имеют свободный доступ к реестру сертификатов ключей подписи, вправе получать сертификат ключа подписи.

Итак, электронный документ содержит информацию в электронно-цифровой форме, удостоверен электронной цифровой подписью владельца, а владелец документа, получив сертификат ключа подписи, хранит в тайне закрытый ключ, позволяющий его владельцу создавать свою электронную цифровую подпись.

Тема 20. Информационный рынок

1. Понятие информационного рынка

Информационный рынок — это совокупность отношений, направленных на:

а) формирование и использование информационных ресурсов на основе создания, сбора, обработки, накопления, хранения, поиска, распространения и предоставления потребителю документированной информации;

б) создание и использование информационных технологий и средств их обеспечения;

в) защиту информации, прав субъектов, участвующих в информационных процессах и информатизации.

Правовой режим объектов информационного рынка установлен Гражданским кодексом РФ, федеральными законами: «Об информации, информатизации и защите информации», «Об участии в международном информационном обмене», «Об электронной цифровой подписи».

Положительная динамика сделок в сфере информации позволяет констатировать факт интенсивного развития информационного рынка. В данной ситуации правовое регулирование рыночных отношений, в том числе сделок по поводу информационных продуктов, отстает от его потребностей.

2. Типы информационного рынка

Условно рынок информации подразделяется на два сегмента: «гражданский» и «деловой».

Информация в первом сегменте — научно-технические, политические, экономические, справочные, культурные и другие сведения, которые характеризуются общедоступностью, имеют различную форму представления, низкий ценовой предел; не предназначены для целевого

использования в предпринимательской деятельности и не являются объектами предпринимательских сделок.

Рынок деловой информации представлен информационными продуктами (в том числе ресурсами, технологиями и системами), используемыми в предпринимательских целях.

Например, Рейтинговое агентство ЗАО «Эксперт РА» выполняет исследования рынка по индивидуальным заказам на основе собственных баз данных, а также официальных материалов Росстата, Федеральной таможенной службы и т.д.

Рынок исследуемого продукта изучается по следующим направлениям:

- характеристика ведущих производителей (объем производства, доля в общем объеме российского производства и доля на рынке, номенклатура выпускаемой продукции, финансовые показатели хозяйственной деятельности, система сбыта, уровень цен);
- характеристика экспорта (стоимостной и натуральный объемы, географическая структура, ведущие российские поставщики, основные зарубежные получатели, контрактные цены);
- характеристика импорта (стоимостной и натуральный объемы, ведущие зарубежные поставщики, основные российские получатели, контрактные цены);
- ценовая конъюнктура рынка;
- система сбыта;
- оценка «видимого» потребления. Доля импортной продукции и доля продукции внутреннего производства в общем объеме «видимого» потребления;
- сегментация рынка.

Результатами исследований пользуются компании самого разного профиля: Японская ассоциация по торговле с Россией **и** Восточной Европой (РОТОБО), представительства Сименс, Вестерн Юнион ДП Восток, БАСФ, Мицубиси корпорейшн; международная сеть экспресс-доставки DHL Worldwide Express) **и** российские компании: Торговый Дом НТМК, Волга-Танкер, Группа «Ренессанс страхование», Банк «Еврофинанс», Внешторгбанк, Собинбанк, Омутнинский металлургический завод, Воскресенский завод минеральных удобрений, Проннвест Консалтинг, **Вимм-Биль-Данн.**

Рассматривая информационный рынок, обратим внимание на такую его особенность, как стопроцентное участие на нем всех предпринимателей, некоммерческих организаций и т.д. Поскольку все прямо или косвенно участвуют в создании информации, а также являются потребителями информации. Из этого можно сделать вывод о необходимости

совершенствования работы с деловой информацией в компаниях самого разного профиля.

Тема 21. Участники информационного рынка

Участников информационного рынка можно различать по следующим критериям:

1. Права участников на информационные продукты (согласно Федеральному закону «Об информации, информатизации и защите информации»):

собственник информационных ресурсов, информационных систем, технологий и средств их обеспечения — субъект, в полном объеме реализующий полномочия владения, пользования, распоряжения указанными объектами.

Собственник вправе:

назначать лицо, осуществляющее хозяйственное ведение или оперативное управление информационными ресурсами;

устанавливать в пределах своей компетенции режим и правила обработки, защиты информационных ресурсов и доступа к ним;

определять условия распоряжения документами при их копировании и распространении, а также совершать иные сделки с информационными ресурсами;

владелец информационных ресурсов, информационных систем, технологий и средств их обеспечения — субъект, осуществляющий владение и пользование указанными объектами и реализующий полномочия распоряжения в пределах, установленных законом;

пользователь (потребитель) информации — субъект, обращающийся к информационной системе или посреднику за получением необходимой ему информации и пользующийся ею.

2. Специализация участников:

профессиональные производители информации — юридические лица и индивидуальные предприниматели, профессионально **и** систематически производящие информационные продукты.

Например, в индустриально развитых странах сфера предпринимательства, связанная со сбором, обработкой, классификацией, анализом и оформлением различных видов финансовой информации, получила название «эккаутинг», т.е. услуги в области бизнес-информации;

непрофессиональные производители информации — организации, действующие в разных отраслях экономики, но получающие и (или) производящие деловую информацию как побочный продукт от ведения своего основного бизнеса.

Наиболее авторитетными информационными агентствами и редакциями средств массовой информации в России являются — агентства РИА «Новости», ИТАР-ТАСС, «РосБизнесКонсалтинг», в США — журналы The Wall Street Journal, USA Today и The New York Times.

Интересен пример деятельности на российском рынке Информационного агентства «АК&М», которое несколько лет составляет «Рейтинг 100 компаний, имеющих наибольший вес в российской экономике».

Для рейтинга используются пять показателей деятельности предприятий: объем выручки, объем налоговых отчислений, количество рабочих мест, доля на рынке продукции (т.е. оценивается уровень монополизации рынка) и роль отрасли, которой принадлежит предприятие, в экономике Российской Федерации. Первые три показателя особенно важны, так как именно они в конечном итоге определяют основные экономические параметры государства — его ВВП, бюджет и трудовые ресурсы. Два других носят скорее корректирующий характер. Чтобы составить представление об эффективности работы компаний, в итоговую таблицу добавляются разделы — чистая прибыль и динамика выручки за год.

Также к профессиональным участникам информационного рынка можно отнести: справочные и юридические службы, агентства по обеспечению информационной безопасности бизнеса клиента, аудиторские, консалтинговые и рекламные фирмы, производителей программного обеспечения.

В России небольшое количество участников предлагают комплексное решение информационных задач для своего клиента. Рынок предложения глобальных корпоративных решений находится в стадии начального формирования. Основная причина в том, что в российской экономике лишь крупные корпорации планируют информационную политику с построением иерархии информационной работы из стратегических, тактических и оперативных сведений. С развитием управленческого менеджмента растет потребность в услугах не только информаторов, но и информационно-аналитических организаций (например, услуги по оценке бизнеса, составлению бухгалтерских отчетов, анализу финансово-хозяйственной деятельности, разработке бизнес-планов, созданию информационных систем, моделированию бизнес-процессов, составлению инвестиционных портфелей).

На примере одного из лидеров мирового рынка аудиторских услуг. фирмы PricewaterhouseCoopers, можно увидеть, как компания за счет овладения смежными видами предпринимательской деятельности расширяет свои возможности на мировом рынке информации и консалтинга, предлагая клиентам комплекс услуг — от аудита финансовой

отчетности, налогового планирования и юридического сопровождения до управления финансовыми потоками и рисками, увеличения акционерной стоимости хозяйственного общества.

Оценивая участников информационного рынка, следует отметить, что наиболее значительных результатов достигают хозяйственные объединения компаний.

Так, один из лидеров российского рынка высоких технологий холдинговая компания R-Style в начале 90-х гг. прошлого столетия начинала с продажи иностранных компьютеров, периферии и оргтехники, затем была образована дистрибьюторская фирма RSI, а в настоящее время, преследуя цели диверсификации своей деятельности, создан холдинг, в который входят торговые фирмы, производители компьютерного оборудования под собственной торговой маркой, сервисные службы по обслуживанию вычислительной техники, разработчики сетевых программ комплексной автоматизации коммерческих организаций, маркетинговые и рекламные агентства, интернет-провайдеры и т.д. Например, если на определенном этапе заказы на разработку программного обеспечения падают, холдинг наделяет большими оборотными средствами те компании, чья продукция или услуги пользуются повышенным спросом.

Федеральный закон «Об информации, информатизации и защите информации» регламентирует работу с информацией как на уровне государственных структур, так и на уровне коммерческих организаций. Но нуждаются в уточнениях положения о регистрации информационных ресурсов и систем, об информационных услугах, предоставляемых пользователям из государственных и частных ресурсов.

Тема 22. Понятие и правовые ограничения коммерческой тайны

1. Актуальность организации коммерческой тайны

В предпринимательстве конкурентная борьба невозможна без получения информации о деятельности конкурентов. Но закрытость законного доступа к коммерческой информации неизбежно порождает стремление недобросовестных конкурентов в ее получении незаконным путем. Причем заинтересованные лица, в том числе недобросовестные конкуренты, нередко пытаются получить конфиденциальную информацию с помощью экономического шпионажа. Это порождает, например, возможность шантажа, ведет к таким последствиям, как срыв сделок, планов, проектов, вынужденный уход предпринимателя, а также банкротству компаний.

Как известно, в нашей стране уже приняты конкретные меры по созданию надлежащей правовой базы, обеспечивающей гарантию защиты прав предпринимателей на коммерческую информацию, — это прежде всего Федеральный закон от 29 июля 2004 г. «О коммерческой тайне».

Вместе с тем, как отмечают специалисты в области деловой информации, актуальна проблема защиты информации от «инсайдеров» (так называемых сообщников конкурента из числа работников фирмы). *Например, примитивность паролей или сложный пароль записан в текстовый файл на жестком диске, а значит пароль доступен для проникновения через сеть; случаи использования государственных служащих, работников банков, страховых организаций, которые в силу специфики своей работы имеют доступ к конфиденциальной информации.*

С другой стороны, чрезмерная увлеченность российских предпринимателей засекречивать все ведет к тому, что снижается эффективность работы «сотрудников-незнаек»: они подозревают всех сами. А клиенты подозревают их самих и фирму, которую они представляют. Уместно напомнить выражение американского юмориста Генри Уиллера Шоу: «Чем меньше мы знаем, тем больше подозреваем».

К сожалению, российские суды имеют небогатый опыт в рассмотрении гражданских дел такого рода.

2. Понятие «коммерческая тайна»

В Законе понятие **«коммерческая тайна»** определяется так: **«конфиденциальность информации, позволяющая ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду».**

Информация, составляющая коммерческую тайну, — научно-техническая, технологическая, производственная, финансово-экономическая, организационно-управленческая, торговая и иная, которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, так как к ней нет свободного доступа на законном основании и в отношении которой ее обладателем введен режим коммерческой тайны.

Признаки коммерческой тайны:

информативность;

применимость;

достоверность;

коммерческая ценность в силу неизвестности се третьим лицам;

ограниченность законом (существует информация, которую закон запрещает относить к коммерческой тайне).

Информация, представляющая для субъектов предпринимательской деятельности интерес с точки зрения получения прибыли от ее использования, может быть отнесена ими к коммерческой тайне и, следовательно, подлежит защите способами, предусмотренными ГК РФ. Например, научные работы, технические, технологические решения, беспатентные изобретения, компьютерные программы, картотека поставщиков (потребителей), сведения, раскрывающие тактику ведения переговоров, условия сделок (уровень цен, размеры скидок и т.п.), различные конкурентные материалы, коммерческие секреты (объем продаж, клиенты, себестоимость продукции и т.п.), организационные секреты (структура подразделений, порядок ведения операций, управленческие решения), деловые связи (отношения с партнерами).

Носителями информации, составляющей коммерческую тайну, являются документы, технологии, материальные объекты, в том числе физические поля, в которых эта информация находит свое отображение в виде символов, образов, сигналов, технических решений и процессов.

Однако международный опыт, в частности правовое регулирование в Германии, знает примеры, когда коммерческую тайну представляет и незафиксированная на материальных носителях информация (например, высказанные на переговорах, совещаниях предварительные условия сделок, маркетинговые предложения).

Федеральный закон «О коммерческой тайне» предусматривает перечень информации, которая не может составлять коммерческую тайну. Согласно этому перечню к коммерческой тайне не может быть отнесена информация:

- содержащаяся в учредительных документах юридического лица и индивидуальных предпринимателей;
- содержащаяся в документах, дающих право заниматься предпринимательской деятельностью (удостоверения, лицензии и т.п.);
- о составе имущества государственного или муниципального унитарного предприятия, государственного учреждения и об использовании ими средств соответствующих бюджетов;
- о факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов;
- о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, о наличии свободных рабочих мест и т.д.

Следует подчеркнуть, что предприниматели по требованию органов власти, управления соответствующих контролирующих и правоохранительных органов обязаны предоставлять, в частности, сведения по установленным формам отчетности о планово-хозяйственной деятельности, необходимые для проверки исчисления и уплаты налогов; о нарушении антимонопольного законодательства.

Тема 23. Охрана и использование коммерческой тайны

1. Охрана коммерческой тайны

Охрана коммерческой тайны согласно концепции Закона осуществляется ее обладателем самостоятельно, но в обязательном порядке должна включать в себя меры по охране конфиденциальности:

- определение и утверждение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;
- ограничение доступа к информации, составляющей эту тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка (в том числе персонификация и создание уровней доступа к материальным носителям информации, содержащей коммерческую тайну);
- учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;
- регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров;
- нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую указанную тайну, грифа «Коммерческая тайна» с указанием предпринимателя — обладателя этой информации;
- разработка и доведение до лиц, допущенных **к** сведениям, составляющим такую тайну, инструкций по соблюдению режима конфиденциальности;
- ведение специального делопроизводства, обеспечивающего выделение и сохранность носителей, содержащих коммерческую тайну;
- порядок использования технических и иных средств защиты коммерческой тайны.

2. Меры по поддержанию секретности информации

Все меры по поддержанию секретности информации можно условно разделить на три большие группы: 1) технические; 2) организационные; 3) юридические.

2.**1**. **Технические** составляют:

- резервирование компьютерных систем;
- кодирование сообщений, передаваемых по каналам электронной, почтовой или факсимильной связи;
- установление различных технических устройств, препятствующих снятию информации в процессе ее прохождения по каналам связи;
- обеспечение резервным электропитанием;
- использование аппаратов для уничтожения документов и т.д.

2.2. К **организационным** можно отнести меры по ограничению доступа к секретной информации работников организации и третьих лиц, такие, как:

- создание службы безопасности;
- введение пропускного режима на предприятии;
- ограничение доступа к отдельным секторам компании (в том числе подразделения) лиц, занимающих определенные должности;
- установление различных режимов секретности документов (например, для информации, составляющей коммерческую тайну, допускаются грифы «конфиденциально», «коммерческая тайна», другие отметки, за исключением грифов государственной секретности) и т.д.;
- организация обслуживания информационной системы третьими лицами;
- план восстановления работоспособности информационного центра после кадровых перестановок.

2.3. К **юридическим** мерам относятся такие способы охраны конфиденциальности информации, которые предполагают:

- принятие корпоративных нормативных актов (перечня сведений, составляющих коммерческую тайну, положения о коммерческой тайне, инструкции и т.п.);
- защиту авторских прав программистов;
- заключение с работником соглашения о неразглашении коммерческой тайны, ставшей ему известной при выполнении своих должностных обязанностей. Подобное соглашение может заключаться как в виде отдельного документа, так и в форме

условия в трудовом договоре. При заключении подобных соглашений следует учитывать положения Трудового кодекса РФ о том, что условия договора о труде, ухудшающие положение работника по сравнению с законодательством о труде, являются недействительными (например, введение дополнительных мер ответственности, не предусмотренных трудовым законодательством).

В Федеральном законе «О коммерческой тайне» есть положение об обязательствах по сохранению коммерческой тайны при прекращении трудового и гражданско-правового договоров. При прекращении трудовых отношений с работником, который был допущен к информации, составляющей коммерческую тайну, обязательства о неразглашении коммерческой тайны сохраняют свою силу в течение 3 лет, если иное не оговаривается в договоре. Лица, заключившие с обладателем коммерческой тайны гражданско-правовой договор (например, договор подряда), должны определить условия охраны конфиденциальности информации, составляющей коммерческую тайну.

Для создания правового механизма регулирования отношений работодателя с работником, допущенным к коммерческой тайне, в ст. 243 Трудового кодекса РФ содержатся нормы о полной материальной ответственности работников за разглашение сведений, составляющих охраняемую законом тайну (служебную, коммерческую или иную), в случаях, предусмотренных федеральными законами. Предприниматель (работодатель) в соответствии со ст. 81 Трудового кодекса РФ вправе уволить работника в случае разглашения охраняемой законом тайны (государственной, коммерческой, служебной и иной), ставшей ему известной в связи с исполнением трудовых обязанностей. Вопросы регулирования ответственности работников за нарушения правил работы со сведениями, составляющими коммерческую тайну, отнесены к компетенции самих организаций;

- заключение с увольняющимся работником так называемого «соглашения о неконкуренции».

Данный документ представляет собой обязательство увольняющегося работника не заниматься определенное время после увольнения деятельностью в той же сфере, в какой осуществляет свою деятельность прежний работодатель.

Например, в США соглашения о неконкуренции признаются действительными, если они отвечают следующим требованиям:

1) целесообразность и необходимость для защиты торговых секретов;

2) сфера деятельности, на которую распространяется соглашение, четко очерчена и не является слишком широкой;

3) разумность срока (2-3 года);

4) разумность по территории действия (в пределах 1-2 американских штатов);

5) предусмотрено соразмерное вознаграждение.

Важным аспектом коммерческой тайны может являться разработка «ноу-хау». **Ноу-хау — это коммерческая информация, характеризующая производственные инновации, новые технологии ведения бизнеса, проведения маркетинговых работ, рекламных кампаний, а также коммерческие связи и опыт, действительная или потенциальная ценность которой связана с ее недоступностью третьим лицам и возможностью ее реализации как информационного ресурса или системы.**

3. Права и обязанности обладателя коммерческой тайны

Согласно ст. 7 Федерального закона «О коммерческой тайне» круг правомочий обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, достаточно разнообразен и включает права:

1) устанавливать, изменять и отменять в письменной форме режим коммерческой тайны. Например, обладатель публично раскрыл сведения, составляющие коммерческую тайну, или информация утратила ценность, или обладатель уничтожил документы, материальные носители, на которых конфиденциальная информация была зафиксирована;

2) использовать и применять информацию, составляющую коммерческую тайну, для собственных нужд в хозяйственной деятельности, в том числе возможность осуществления таких действий, как:

- обработка информации и получение на основе исходной информации итоговой информации;
- использование информации при составлении бизнес-планов и проектов;
- использование информации при принятии решений о заключении договоров, о финансовых схемах, о вступлении в качестве участников, членов, пайщиков и т.д. в другие организации, об участии в совместных партнерствах юридических лиц;

3) разрешать или запрещать доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, определять порядок и условия доступа к этой информации;

4) вводить в гражданский оборот информацию, составляющую коммерческую тайну, на основании договоров, предусматривающих включение в них условий об охране конфиденциальности этой информации.

Распространение информации, содержащей коммерческую тайну, т.е. предоставление доступа к информации третьим лицам, как правило, происходит на основе лицензионных соглашений, имеющих как исключительный, так и неисключительный характер. Предметом таких договоров являются технологические секреты, управленческий, финансовый, коммерческий, производственный опыт, представляющие большую ценность для бизнеса. В таких договорах особое внимание уделяется условиям конфиденциальности, поскольку от этого зависит судьба коммерческой тайны, защищенность имущественных интересов обеих сторон. Право распространения информации может быть реализовано также по договору коммерческой концессии, в котором согласно ст. 1027 ГК РФ одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на охраняемую коммерческую информацию;

5) требовать от юридических и физических лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, органов государственной власти, иных государственных органов, органов местного самоуправления, которым предоставлена информация, составляющая коммерческую тайну, соблюдения обязанностей по охране ее конфиденциальности. Заметим, что если информация будет получена третьими лицами законным образом, они не будут считаться нарушителями прав обладателя коммерческой тайны;

6) требовать от лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, в результате действий, осуществленных случайно или по ошибке, охраны конфиденциальности этой информации;

7) защищать в установленном порядке свои права в случае разглашения, незаконного получения или незаконного использования третьими лицами информации, составляющей коммерческую тайну. Защита служебной и коммерческой тайны от неправомерных посягательств предусмотрена нормами гражданского, административного и уголовного законодательства. Так, обладатель коммерческой тайны вправе требовать от нарушителя возмещения убытков, вызванных нарушением его прав, в том числе и неполученной прибыли (ст. 15 ГК РФ). Должностные лица органов государственного управления (налоговых, правоохранительных, контролирующих и иных) несут административную ответственность за нарушение прав обладателя коммерческой тайны, которая стала известна в силу служебного положения.

Закон предусматривает обязанность лиц, обладающих коммерческой тайной, по мотивированному требованию органов государственной власти и органов местного самоуправления предоставлять им на

возмездной основе информацию, составляющую коммерческую тайну. Вместе с тем предусмотрена ответственность указанных органов за разглашение полученной информации и ответственность обладателя коммерческой тайны за воспрепятствование полномочным органам в получении информации, ее составляющей, и неправомерное отнесение информации к коммерческой тайне.

4. Преступления в сфере информации

Защита коммерческой информации специальными мерами, безусловно, не может быть ограничена только закрытостью доступа для третьих лиц, она должна осуществляться против конкурентов, которые пытаются использовать незаконные способы и приемы для овладения ценной информацией. В предпринимательском лексиконе традиционно используется термин «экономический шпионаж», которым охватываются промышленный, научно-технический и коммерческий шпионаж. Экономический шпионаж подразумевает активные действия, направленные на сбор или хищение ценной для ее обладателя документированной информации, закрытой для доступа третьих лиц как в правовом, так и в техническом отношении. Например, это могут быть неоформленные патенты, проекты сделок, образцы продукции, информация о партнерах и конкурентах.

В российском уголовном праве норм об экономическом шпионаже не содержится. Поэтому рассмотрим иные правовые нормы, регламентирующие сходные отношения.

5. Неправомерный доступ к компьютерной информации

Предприниматели, ведущие бизнес на информационном рынке, должны учитывать угрозу новых видов преступлений, связанных с внедрением безбумажных технологий и средств вычислительной техники в предпринимательскую деятельность.

Среди самых распространенных преступлений в этой сфере можно назвать: 1) неправомерный доступ к компьютерной информации (ст. 272 УК РФ); 2) незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну (ст. 183 УК РФ).

Компьютерная информация — это информация, зафиксированная на машинном носителе или передаваемая по телекоммуникационным каналам в форме, доступной восприятию ЭВМ.

Компьютерная информация занимает все большее информационное пространство в деятельности предпринимателя, а поэтому, безусловно, растет возможность совершения правонарушений с данной информацией. Можно выделить две основные причины неправомерного доступа к охраняемой законом компьютерной информации: для проверки

и демонстрации собственной квалификации или удовлетворения собственного любопытства и (или) в целях совершения неправомерных действий.

Уголовному наказанию подлежит неправомерный доступ к компьютерной информации, если это деяние повлекло уничтожение, блокирование, модификацию либо копирование информации, нарушение работы ЭВМ, системы ЭВМ либо их сети.

Объектом неправомерного доступа к компьютерной информации являются права на информацию владельца и третьих лиц.

Доступ к компьютерной информации считается неправомерным, если лицо не имеет права на такой доступ либо как пользователь несанкционированно превысило свои должностные полномочия (например, использовав чужой пароль).

Рассмотрим уголовно наказуемые последствия неправомерного доступа к компьютерной информации:

1) уничтожение компьютерной информации — это стирание ее в памяти ЭВМ. Имеющаяся у пользователя возможность восстановить уничтоженную информацию не освобождает виновного от ответственности. Переименование файла не является уничтожением информации;

2) **блокирование компьютерной информации** — это искусственное затруднение доступа пользователей к компьютерной информации, не связанное с ее уничтожением;

3) **модификация компьютерной информации** — это внесение в нее любых изменений, кроме связанных с адаптацией программы для ЭВМ или базы данных.

Адаптация программы для ЭВМ или базы данных — это внесение изменений, осуществляемых исключительно в целях обеспечения функционирования программы для ЭВМ или базы данных на конкретных технических средствах;

4) **копирование компьютерной информации** — это повторение и устойчивое запечатление ее на машинном или ином носителе (например, путем записи на дискету), за исключением копирования от руки, путем фотографирования текста с экрана дисплея, а также считывание информации путем перехвата излучений ЭВМ, расшифровки шумов принтера и проч.

Незаконное получение и разглашение сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну. Согласно ст. 183 УК РФ собирание сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну, путем похищения документов, подкупа или угроз, а равно иным незаконным способом в целях разглашения либо незаконного использования

этих сведений и незаконное разглашение или использование сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну, без согласия их владельца, совершенные из корыстной или иной личной заинтересованности и причинившие крупный ущерб, подлежат уголовному наказанию.

Для понимания незаконных действий обратим внимание на законные способы получения информации. *Например, Единообразный Закон о торговых Секретах, действующий в США, среди законных способов называет:*

а) самостоятельное получение информации (например, методика под названием «чистая комната», когда процесс разработки технологии или товара документируется для подтверждения независимости от чужих коммерческих секретов);

б) «деконструирование» или «обратный инжиниринг». Сушь обратного инжиниринга в том, что приобретается какой-либо товар, выпущенный в продаж:}' конкурентом, и подвергается различного рода исследованиям и тестам с целью выяснения всех его составляющих, характеристик и параметров для создания своего аналогичного или усовершенствованного товара;

в) получение информации из общедоступных источников (например, научные статьи, публикации в средствах массовой информации, интернет-сайты).

Российское уголовное законодательство цели разглашения и (или) незаконного использования понимает следующим образом.

Под **разглашением** понимается придание сведений огласке, в результате которой они стали известны посторонним лицам, либо предоставление сведений, составляющих коммерческую тайну, лицу, не имеющему права на ознакомление с этими сведениями.

Незаконное использование может осуществляться путем возмездной или иной целенаправленной передачи сведений посторонним лицам либо путем принятия различных решений и осуществления действий на основе собранной информации самим виновным.

Преступление является оконченным с момента начала собирания сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну; наступления преступных последствий не требуется.

Ущерб может быть причинен как владельцу информации, так и иному лицу в результате незаконного разглашения или использования сведений, составляющих коммерческую или банковскую тайну. Он признается крупным по усмотрению суда в зависимости от обстоятельств дела.

Преступление совершается с **прямым умыслом,** т.е. корыстная или иная личная заинтересованность виновного может состоять в получении

вознаграждения, мести, ухудшении положения конкурента, улучшении собственной репутации.

Положения ст. 183 УК РФ направлены на защиту предпринимателей от незаконного проникновения в их легальную деятельность различных лиц с преступными намерениями и отражают современные условия конкуренции на рынке информационных технологий.

РАЗДЕЛ 4. СОЗДАНИЕ, ИСПОЛЬЗОВАНИЕ И ОБРАЩЕНИЕ ПРАВ НА ОБЪЕКТЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Тема 24. Инновации

1. Понятие инноваций

Как известно, по мере насыщения товарных рынков главными задачами конкурентной борьбы становятся повышение внутренней эффективности деятельности предприятия, получение технологий, позволяющих максимально быстро реагировать на изменения рыночной конъюнктуры.

Основатель «Sony» Масару Ибука более 50 лет назад определил одно из ключевых направлений развития компании, сделавшее его компанию глобальным лидером на рынке бытовой микроэлектроники: *«создание новых рынков за счет инновационных продуктов»*[1].

Инновации становятся одним из наиболее эффективных средств конкурентной борьбы, так как повышают эффективность деятельности предпринимателя. *Билл Гейтс начал с контракта с IBM, которая в 1981 г. согласилась отчислять ему 1 доллар с каждой установленной программы MS-DOS. Сегодня его состояние оценивается на сумму более 47 млрд долларов. Авторские права Гейтса на Windows во всем мире защищает правительство США.*

Инновации (нововведения) применительно к предпринимательской деятельности могут представлять собой как конечный, так и промежуточный результат творческой деятельности, реализованный в виде новых или усовершенствованных информационных ресурсов, технологий, систем; объектов интеллектуальной собственности; товаров, работ, услуг, а также моделей ведения бизнеса и организационного устройства предпринимательских структур.

Признаки инноваций:

- новизна как совокупность свойств, характеризующих радикальность изменений объекта;
- творческий характер, т.е. в создании задействованы человеческий труд и интеллект;
- применимость;
- коммерческая результативность. «Средства, затраченные на разработку, возвращаются в виде такой составляющей продукта,

[1] Шекшня С. Лидерство в современном бизнесе // Управление персоналом. № 3. 2003.

как инновационная ценность, которая закладывается в себестоимость, поэтому конечная цена такого товара всегда выше, но вместе с этим увеличиваются и продажи. *Вложения фирмы «Быстрое» в разработку «Пяти злаков» окупились менее чем за год»*[1]

Компании, специализирующиеся на инновационной деятельности, создают **и** поставляют на рынок инновации как товар на регулярной основе.

Предприниматель Артем Тарасов в книге «Исповедь миллионера» рассказал о своей встрече с сотрудниками английской фирмы — British Technology Group: «...Она принадлежит всего 18 акционерам, и там работают более 1800 экспертов для анализа проектов. Они занимаются тем, что материально поддерживают изобретателей, инновации и новые технологии. Я у них был неоднократно и спрашивал: «Вас всего 18 человек, вы ничего не производите, за счет чего вы получаете 3,5 миллиарда фунтов прибыли в год?». Они отвечают: «Мы в свое время помогли отдельным людям, а теперь получаем отчисления от внедренных изобретений. Ну, например, мы дали первые деньги Флемингу — без нас не было бы у человечества пенициллина, а значит, и вообще антибиотиков».

2. Классификация инноваций

По правовому режиму:

объекты авторского права (научные произведения, программы для ЭВМ);

объекты промышленной собственности (изобретения, полезные модели, промышленные образцы);

средства индивидуализации коммерческих организаций и товаров (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, наименование места происхождения товаров);

селекционные достижения;

результаты завершенных научно-исследовательских, опытно-конструкторских, технологических, подрядных, маркетинговых работ и экспериментальных разработок (способы, методы, виды деятельности, если в них воплощены новые технологии, включающие научно-технические, производственные, управленческие, коммерческие знания и опыт).

По конечному результату:

1) продуктовые инновации, которые реализованы в виде технологически нового или усовершенствованного продукта.

[1] Компания. № 279. 2003.

Технологически новый продукт — это продукт, чьи характеристики (функциональные признаки, конструктивное выполнение, дополнительные операции, использованные материалы и компоненты) или предлагаемое использование принципиально новые или существенно отличаются от аналогичных ранее производимых продуктов.

Технологически усовершенствованным является уже существующий продукт, в котором улучшены его качественные характеристики, повышена экономическая эффективность использования.

Например, инновациями занимаются исследовательские центры (ИЦ) в крупных компаниях. *Называются они по-разному: старой аббревиатурой НИОКР (научно-исследовательские и опытно-конструкторские разработки), как у «Дарьи», или «Службой развития технологии, стандартизации и новых разработок», как у «Быстрова». Перечень задач, стоящих перед ними, — от отслеживания инноваций конкурентов до разработки технологии производства совершенно новых продуктов.*

О том, что российские компании восприимчивы к новым технологиям, можно судить по содержимому полок районного супермаркета. Здесь вы найдете товары, которые раньше привозили только из-за границы: готовые обеды глубокой заморозки («Дарья», «Талосто», «Качественный продукт»), каши мгновенного приготовления («Быстрое», «Бишоп») и в пакетиках для варки («Увельская крупяная компания»), кисломолочные продукты с витаминами и фруктами («Био», Neo, «Актилайф»), мороженое с воздушным рисом и кисломолочными бактериями («Бодрая корова»)[1]*;*

2) процессные инновации, которые реализованы в виде технологически нового или усовершенствованного производственного метода. Процессными инновациями может быть использование нового или усовершенствованного производственного оборудования, новых или усовершенствованных методов организации производственного процесса. Такие инновации нацелены, как правило, на повышение эффективности производства, а также на производство нового или усовершенствованного продукта, который не может быть создан при использовании традиционных методов.

В сфере услуг инновации — это новые и качественно усовершенствованные услуги или способы их оказания в технологическом отношении. *Например, инновациями в сфере услуг будут считаться новая компьютерная система составления маршрута движения транспорта,*

[1] Компания. № 279. 2003.

внедрение пластиковых карт различного назначения, оказание банковских услуг по телефону, внедрение нового мультимедийного программного обеспечения для целей обучения и др.

Инновации в промышленности и сфере услуг могут основываться на применении принципиально новых технологий или новых знаний. При этом технологии могут быть воплощены в новые или усовершенствованные машины, оборудование, программные средства, а новые знания могут быть результатом исследований, приобретения или использования специальной квалификации и навыков[1].

Успешная инновационная деятельность приводит к тому, что разработчики предлагают на рынок инновации, обладающие свойствами товара. Безусловно, для этого не может быть одного универсального договора, поэтому применяются договоры согласно видам обязательств.

Пример использования инноваций для решения проблем привлечения российских поставщиков сырья на выгодных условиях.

Специалисты компании «Быстрое» посещают зерновые хозяйства в средней полосе России и Краснодарском крае и предлагают договор — современные технологии переработки зерна в обмен на последующие поставки по ценам более низким, чем ***у*** *зарубежных производителей.*

По сфере применения:

научные, технические, технологические, экологические, экономические и т.д.

По степени новизны:

абсолютные (нет аналогов) **и** относительные.

Тема 25. Инновационная деятельность

1. Инновационная деятельность — это предпринимательская деятельность, направленная на разработку и использование в общественно полезных целях результатов научных исследований и иных научно-технических достижений.

Характерные **признаки** инновационной деятельности:

1) вид предпринимательской деятельности (наличие предпринимателя как субъекта инновационной деятельности, скажем в роли заказчика, исполнителя инновационной программы, потребителей инноваций;

[1] Ершова И.В., Иванова Т.М. Предпринимательское право: Учебное пособие. М., Юриспруденция, 2000.

самостоятельность; направленность на систематическое получение прибыли; риск);

2) инновационная деятельность предусматривает инвестирование научных исследований и разработок;

3) направленность на обеспечение бизнеса заказчиков интеллектуальными ценностями;

4) цель инновационной деятельности — это непосредственное создание инноваций как нового или усовершенствованного товара или технологий, что позволяет инновационной компании осваивать новые сегменты рынка. Маржа у инновационных продуктов, как правило, выше, чем у традиционных;

5) направления инновационной деятельности:

проведение научных исследований и разработок, направленных на создание объектов интеллектуальной собственности, научно-технической продукции;

разработка, освоение, выпуск и распространение принципиально новых видов техники и технологии;

техническое перевооружение, реконструкция, расширение, строительство новых предприятий, которые осуществляются впервые как промышленное освоение производства новой продукции или внедрение новой технологии. Они проводятся в таких специфических формах, как научно-исследовательские, опытно-конструкторские, технологические работы, маркетинговые и социологические исследования, выполнение заказов на создание произведений науки, создание «ноу-хау» в сфере производства и сбыта, подготовка кадров, деятельность по управлению имуществом собственника и иная деятельность, направленная на достижение новых результатов в экономической области;

6) результаты инновационной деятельности:

на этапе фундаментальных исследований — научные знания и теории;

на этапе прикладных исследований — результаты НИР;

на этапе проектных, технологических и конструкторских работ — научно-технические проекты в области создания инжиниринговых систем с кадровым сопровождением, опытные образцы;

7) наличие коммерческого эффекта от реализации инноваций.

Предприниматель должен выработать для себя своеобразную инновационную философию, которая заключается в понимании инновационной деятельности как необходимого атрибута любой экономической деятельности хозяйствующего субъекта.

Пример успешного и своевременного внедрения инноваций.

Когда-то в США (конец XIX в.) фармацевту Джону Ститу Пембертону, выпускающему спиртной напиток, пришлось под давлением активистов Общества трезвенников изменить рецептуру напитка, который предлагался как «Французская винная кока — идеальный тоник для стимуляции работы мозга», и устранить спирт, заменив его веществом, дающим не меньший тонизирующий эффект. Такое вещество он нашел в орехах колы — стимулятора, завезенного рабами из Африки. Пембертон смешал экстракт орехов колы с напитком кока, впервые соединив эти два сильнейших стимулятора. Получившаяся жидкость была действительно мощным тонизирующим средством, негазированная и ***с*** *низкими вкусовыми качествами. Жидкость представляла собой густой, сладкий сироп бурого цвета и разлитый в бутылках из-под пива. Пембертон поставлял новый напиток в аптеки города Атланта, а владельцы аптек продавали его либо бутылками по 25 центов за штуку, либо в розлив, причем в последнем случае они разбавляли напиток водой, чтобы его легче было проглотить. «Безалкогольный тонизирующий напиток» стал пользоваться некоторым спросом как освежающий, бодрящий лимонад и как средство от похмелья.*

Однажды в аптеку Якобса, где продавали «Кока-Колу», зашел покупатель, который страдал тяжелым похмельем. Он купил бутылку сиропа «Кока-Кола» и попросил Уилли Венэйбла, разливавшего содовую, открыть бутылку и развести сироп водой. ***Венэйбл*** *не хотел идти в другой конец помещения к водопроводному крану и спросил посетителя, не будет ли тот против, если он разведет напиток содовой вместо обычной воды. Посетитель залпом выпил шипучую «Кока-Колу», разведенную содовой, и вдруг воскликнул: «Эй, вот это — да! Здорово!» Это куда лучше, чем с водопроводной водой! Эти слова мгновенно разнеслись по Атланте, и все стали пить «Коку-Колу» только с содовой.*

Пембертон был озадачен. Он и предположить не мог, что снадобье восстанавливает силы. Тем не менее он сразу сообразил, где выгода, и тут же изменил текст рекомендаций на этикетке. Теперь там значилось: «Кока-Кола» — это восхитительный, тонизирующий, освежающий напиток, придающий новые силы».

Впоследствии компании «Кока-Кола» пришлось много раз пересматривать рецептуру и рекчамные лозунги в зависимости от потребностей рынка и правовых запретов на алкоголь и кокаин.

2. Участники инновационной деятельности

Существовавшая во времена СССР государственная система научно-исследовательских институтов была ориентирована не на тенденции мирового рынка, а на запросы бюрократии и государственных предприятий.

В условиях построения рыночной экономики эта система рухнула. Источники финансирования и соответственно количество специалистов были резко сокращены. НИИ выживали за счет сдачи помещений в аренду, мелких частных заказов, непрофильных торговых операций и зарубежных грантов, которые фактически выплачивались лишь ради того, чтобы быть в курсе, над чем работают оставшиеся в России ученые.

Самостоятельно войти на зарубежные рынки отечественные разработчики инноваций не смогли из-за своей неподготовленности по многим ключевым позициям. Для вхождения на западные рынки мало блестящей идеи и финансовых ресурсов. Нужны еще желание и умение вести борьбу **с** конкурентами. Основой успеха современного ученого, так же как, например, продавца автомобилей, является маркетинг[1].

На российском рынке инноваций сегодня ведут прикладные исследования и научные разработки:

1) научно-исследовательские подразделения частных корпораций;

2) коммерческие организации, которые смогли получить заказы зарубежных партнеров, приспособиться к конкурентной среде и встроиться в зарубежные рынки. Они научились находить заказчиков, заниматься маркетингом, создавать дистрибьюторские сети в разных странах, т.е. продавать свои разработки в жесткой конкурентной борьбе с американскими, японскими, немецкими, китайскими и другими фирмами. По своему размеру они относятся к категории малых предприятий. Организационный рост для них малоактуален. Их перспективы связаны с дальнейшей продажей прав интеллектуальной собственности и, наконец, продажей самих компаний.

Инновационные компании по видам деятельности можно разделить на:

венчурные фирмы — создаются для реализации рискованных проектов в новых областях деятельности, поскольку создавшие их более крупные компании не могут рисковать своим капиталом и репутацией;

научные организации — ведущие научную и научно-техническую деятельность, подготовку научных работников;

внедренческие фирмы — реализуют проекты на пороге промышленного освоения, осуществляют доработку, промышленное испытание и освоение, что в итоге обеспечивает им быструю окупаемость. Внедренческие фирмы можно определить как:

- эксплеренты — фирмы, внедряющие пилотные проекты, продвигают новшества на рынок, они имеют низкую прибыльность;

[1] Компания. № 355. 7 марта 2005 г.

- **патиенты** функционируют в узких сегментах рынка и удовлетворяют потребности, сформированные под воздействием моды, рекламы;
- виоленты обладают крупным капиталом и обеспечивают крупносерийный выпуск продукции;
- коммутанты действуют на этапе снижения объема выпуска продукции и осуществляют изменения с учетом требований рынка.

Как известно, развитие инновационной деятельности в конце 1990-х гг. привело к тому, что сотни американских, немецких, финских инженеров ***стали*** *миллионерами, продав транснациональным гигантам свои небольшие компании. Технологическое соперничество подталкиваю IBM, Nokia, Sony, Motorola и другие компании выкладывать миллиарды долларов за перспективные разработки. Например, Intel приобрела частную компанию DSBC, занимавшуюся системами беспроводной связи, за 1,6 млрд долларов. Кроме продажи своего «детища» акулам капитализма, у разработчиков был и другой способ разбогатеть: вывести фирмы на бирж:у. В 2000 г. стоимость программистских компаний Amdocs, Check Point, Comvers превышала 60 млрд долларов. Их объединяло то, что они были созданы израильскими инженерами, демобилизовавшимися из армии. Развитие «силиконовых долин» в Индии и Китае принесло миллионные состояния местным компьютерщикам. В 2004 г. Сергей Брин, удачно разместив на NASDAQ акции поисковой системы Google, вошел в клуб миллиардеров*[1].

О масштабах расходов на инновации красноречиво говорят следующие данные: Ford Motor Co., Daimler Chrysler, General Motors Co, Siemens AG, IBM, Toyota, Microsoft, Sony, Johnson & Johnson инвестируют в инновации в среднем 5-7 млрд долларов в год.

3. Инновационный процесс

Инновационный процесс — последовательная цепь действий, в целях реализации потребности инновации, в ходе которых инновация вызревает от исследований и разработок новой идеи до практического внедрения созданного на ее основе новшества.

Этапы:

1) фундаментальные исследования, сбор, генерирование, отбор и систематизация информации по соответствующей проблеме о потребностях и тенденциях развития. Служба маркетинга оценивает перспективность идеи — исследует готовность потребителей покупать тот или иной продукт, формулирует требования, которым он должен соответствовать. Причем ситуация должна быть смоделирована на несколько лет вперед;

[1] Компания. № 355. 7 марта 2005 г.

2) прикладные исследования (теоретические и экспериментальные) направлены на определение способов применения результатов предыдущего этапа и их уточнение. Разрабатываются лабораторные технологии, методы испытаний, изготовление и испытание макетов и образцов изделий. Конечным результатом являются — техническое задание, рекомендация, образец;

3) **опытно-конструкторские разработки** направлены на создание новых образцов, прошедших испытание и пригодных для производственного и коммерческого использования.

Основные **стадии:**

разработка заказчиком технического задания, определяющего основные требования к изделию (принципы применения, конструктивные особенности, габариты, вес и т.п.);

формулировка предложений, содержащих техническое и технико-экономическое обоснование целесообразности создания изделия;

изготовление эскизного проекта, содержащего чертежи общего вида, расчет основных эксплуатационных показателей;

подготовка на основе эскизного проекта общего вида конструкции в целом и всех узлов;

создание рабочего проекта, содержащего полное описание конструкции объекта и включающего всю документацию, необходимую для его изготовления, монтажа и эксплуатации;

изготовление, испытание и доводка опытного образца;

4) освоение производства нового изделия. Важный этап — исследование почти готового продукта в фокус-группах, с помощью холл-тестов, дегустаций. Контакт заказчиков и исполнителей позволяет избежать ошибочных оценок новинки, неправильного позиционирования.

Следующий этап — оценка рыночных перспектив, финансовых возможностей, соответствия стандартам, патентная защита, подготовка производственных мощностей, сбытовой сети, выпуск и сбыт, содействие в монтаже, ввод в эксплуатацию, распространение инноваций, решение проблемы финансовых источников. Часто именно на этом этапе инновационные процессы затухают, хотя представление о разнообразии источников финансирования инновационной деятельности и умение их использовать позволяют решать казалось бы неразрешимые задачи инновационных стратегий.

Источниками финансирования могут быть:

собственные средства организаций, в том числе прибыль, включение затрат в себестоимость выпускаемой продукции, работ, услуг;

заемные средства (например, выпуск корпоративных облигаций);

привлеченные средства (например, полученные от участия в простом товариществе с другими фирмами);

средства соответствующего бюджета и (или) внебюджетных фондов;

средства от финансирования международных организаций.

В российских фирмах, как правило, идея нового продукта генерируется не в соответствующих подразделениях (речь идет о службе развития либо об отделе маркетинга), а среди участников или топ-менеджеров фирмы. Часто новые идеи приходят от поставщиков оборудования или производителей ингредиентов, что говорит о необходимости более тщательной и ***плотной работы*** *с партнерами.*

Затем исследовательские центры (ИЦ) самостоятельно или в структуре коммерческих организаций разрабатывают сам продукт, изучают его влияние на организм человека. На этом этапе у разработки могут появиться дополнительные свойства. *Так, при создании каши «Пять злаков» служба маркетинга «Быстрое» выдвигала требования, в основном касающиеся органолептических характеристик. Полезность продукта подразумевалась априори. В процессе разработки оказалось, что при определенных пропорциях злаков в смеси каша может обладать дополнительными лечебно-функциональными свойствами. От идеи «Пять злаков» до появления конечного продукта прошел год. Сейчас это один из наиболее продаваемых продуктов в ассортименте «Быстрое».*

Задачи исследовательского отдела не ограничиваются разработкой продуктов. ИЦ должен также отслеживать, к примеру, появление новинок на рынке оборудования.

Многие российские компании совмещают в своей деятельности модель «интегратора» и «дирижера». Наличие собственного ИЦ не избавляет компанию от необходимости финансировать совместные исследования со специализированными институтами (чаще других к исследованиям привлекается Институт питания РАМН, с которым сотрудничают те же Вимм-Биль-Данн, «Дарья», «Быстрое»).

В зависимости от того, какую роль («интегратор», «имитатор» и т.д.) играет фирма, ей необходимо позаботиться об усилении определенных участков бизнес-цепочки. «Интегратором» хорошо быть на малодинамичных рынках, так как процессы разработки и внедрения инновационного продукта занимают много времени. Кроме того, таким компаниям надо заботиться о том, чтобы инновации были действительно существенными, революционными.

«Дирижерам» придется позаботиться о поддержании налаженного партнерства и быстрой реализации технологии — как правило, компания-разработчик оставляет за собой право через несколько лет начать

продажу технологии другим фирмам. У лицензиата должна быть в первую очередь хорошая юридическая база (в России «лицензиатом» быть опаснее всего, поскольку механизмы защиты интеллектуальной собственности не разработаны должным образом). Наконец, «имитатору» важно обладать мощным производственным потенциалом и развитой дистрибьюторской сетью, чтобы оперативно запустить копируемый продукт и постараться догнать и обогнать лидера[1].

4. Правовая база инновационной деятельности

Инновационная деятельность в нашей стране еще не подкреплена должным правовым регулированием. Нет единого законодательного акта, содержащего понятийный аппарат и порядок осуществления инновационной деятельности.

Правовой базой инновационного процесса в настоящее время является законодательство в области науки, интеллектуальной собственности и информации. В соответствии с п. «о» ст. 71 Конституции РФ правовое регулирование интеллектуальной собственности находится в ведении Российской Федерации. Приняты специальные законы, определяющие правовой режим изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, электронных документов, объектов авторского права, программ для ЭВМ и баз данных, топологий интегральных микросхем, товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров.

Вместе с тем специальное законодательство в данной сфере предстоит еще развивать, так как правовой режим некоторых объектов недостаточно сконструирован и регулируется нормами общего законодательства (например, фирменное наименование, коммерческая тайна) или вообще не определен российским законодательством (например, инновации, методы, рационализаторские предложения, «ноу-хау» и т.д.).

Следует отметить, что в данной области действуют множество подзаконных нормативных актов, в основном, актов Российского агентства по патентам и товарным знакам (ранее Комитета РФ по патентам и товарным знакам). Кроме того, данные отношения регулируются международными договорами и соглашениями (Парижская конвенция по охране промышленной собственности, Евразийская патентная конвенция и др.).

Следует иметь в виду, что законодателем по-разному решен вопрос о моменте возникновения и основаниях охраны объектов интеллектуальной собственности и приравненных к ним по правовому режиму

[1] Компания. № 355. 7 марта 2005 г.

средств индивидуализации. Можно выделить три системы правовой охраны:

1) регистрационная система — действует в отношении тех объектов, у которых на первое место выдвигается содержательный элемент творчества: изобретений, полезных моделей, промышленных образцов, фирменных наименований, товарных знаков и др. Поскольку это не уникальный результата творчества, он может быть повторен, поэтому для возникновения правовой охраны необходима формализация. Чтобы закрепить право на такие объекты, необходимо провести экспертизу, издать специальный акт государственного органа (зарегистрировать), выдать правоустанавливающий документ (патент, свидетельство);

2) **созидательная система** — заключается в том, что право на данные объекты возникает в силу самого факта создания, придания объективной формы, а правовая охрана — с момента создания. Данная система правовой охраны применяется в отношении объектов авторского права;

3) **система конфиденциальности** — основанием охраны является факт организации коммерческой тайны и защиты от неправомерного вмешательства третьих лиц. Эта система применяется, например, для охраны «ноу-хау». К «ноу-хау» относится не защищенная охранными документами и не опубликованная полностью или частично производственная, техническая, организационная или коммерческая информация, процесс разработки которой и дальнейшее использование составляют секрет фирмы, обладатель которой имеет право на защиту от незаконного использования этой информации третьими лицами.

Также подзаконными актами разного уровня регулируются отдельные аспекты инновационной деятельности организации. Например, постановлением Госкомстата РФ от 3 августа 1998 г. № 80 утверждены форма федерального государственного статистического наблюдения за технологическими инновациями предприятия (организации) и инструкция по ее заполнению.

В настоящее время разрабатываются и внедряются программы страхования финансовых рисков при реализации инновационных проектов и создания государственной информационной системы, обслуживающей инновационную деятельность.

В современной России необходимо создать правовую базу и экономические условия, при которых научным ***организациям,*** *исследовательским центрам, ученым было бы выгодно доводить свои разработки до опытных образцов. Для этого при лабораториях и крупных организациях необходимо создавать малые предприятия и получать венчурное*

финансирование. Примерно такая схема позволила вырастить вокруг Стенфордского университета «Силиконовую долину».

Тема 26. Объекты авторских прав предпринимателя

1. Понятие «интеллектуальная собственность»

Достаточно интенсивное развитие рыночных отношений, научно-технический прогресс привели к появлению на рынке товаров нового типа — объектов интеллектуальной собственности, на которые правообладатель приобретает «исключительные», а не вещные правомочия. Понятие «интеллектуальная собственность» используется для обозначения совокупности результатов творческой (мыслительной, интеллектуальной) деятельности (ст. 138 ГК РФ). Содержащееся в Гражданском кодексе РФ для обозначения совокупности результатов творческой деятельности понятие интеллектуальной собственности лишь осложняет понимание ее правового режима, порождая неграмотные юридические действия[1].

Этот термин объединяет такие объекты, как изобретение, полезная модель, промышленный образец, фирменное наименование и коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания и наименование места происхождения товара, произведения науки, искусства, литературы, смежные права на них, программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем и т.п.

2. Результаты творческой деятельности, охраняемые авторским правом (произведения науки, искусства, литературы, смежные права на них, программы для ЭВМ, базы данных, топологии интегральных микросхем и т.п.).

Согласно ст. 6 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» авторское право распространяется на обнародованные и необнародованные произведения, отвечающие следующим критериям:

творческий характер;

оригинальность;

объективная форма существования произведения.

Но в то же время авторское право не распространяется на идеи, методы, процессы, системы, способы, концепции, принципы, открытия, факты.

[1] Бакшинскас В.Ю. Правовое регулирование предпринимательской деятельности: Учебное пособие. М., ИНФРА, 1997.

Применительно к коммерческой деятельности большую роль в ней играют такие объекты авторского права, как программа для ЭВМ, научный отчет, а также производные произведения как обзоры и резюме, такие сборники как база данных и т.д.

3. **Особенности авторского права на программы для ЭВМ и базы данных**

Согласно законам РФ «Об авторском праве и смежных правах» и «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» программы для ЭВМ и базы данных являются объектами авторского права, так как представляют собой результат творческой деятельности независимо от назначения и достоинства произведения, а также от способа его выражения.

Очень важно, что формальные требования к охране этих объектов законодатель снял, оговорив лишь охрану авторским правом, т.е. не требуются регистрация, депонирование или иные формальности. Это позволяет данную охрану делать более оперативной по сравнению с охраной патентного права.

Особенности авторского права применительно к программам для ЭВМ и базам данных следующие:

1) правовой охране подлежат не только все виды программ для ЭВМ на любом языке и в любой форме, но **и** элементы компьютерной программы:

- литеральные элементы, под которыми понимаются исходный текст и объектный код программы.

Исходный текст — это код в читаемой форме, понятной программисту, т.е. код на одном из языков программирования *{например, Ада, Поскаль, Си, Фортран)*.

Объектный код — это код, который понятен машине. Он выражается в двоичной форме, т.е. как совокупность нулей и единиц;

- нелитеральные компоненты программы — это аудиовизуальные отображения, которые включают в себя последовательность, структуру и организацию программы, выводящиеся на экран или, другими словами, пользовательский интерфейс;
- название произведения, если оно оригинально **и** отражает творческую самостоятельность автора (хотя для усиления правовой охраны его можно зарегистрировать в патентном ведомстве как товарный знак);

- подготовительные материалы — это материал, созданный с целью облегчения понимания или применения программы (например, описание проблемы и инструкции для пользователя)[1];

2) остальные элементы программы для ЭВМ являются неохраняемыми:

- содержание информации, а именно идея, заложенная в алгоритм[2] (в то время как охране подлежит только форма представления информации, т.е. конкретная реализация этого алгоритма в виде совокупности данных и команд (символической записи));
- идеи и принципы организации интерфейса и алгоритма, а также языки программирования;
- назначение программы;

3) как показывает практика, в основном программное обеспечение нельзя однозначно отнести либо только к программам для ЭВМ, либо только к базам данных.

Если учесть, что программа для ЭВМ обеспечивает базу данных различными функциональными возможностями, обратим внимание на случаи, когда какое-либо лицо приобретает права на программный инструментарий для создания на его базе своей базы данных. Это значит, что база данных может быть конвертирована в другой формат и работать под управлением другой программы. Таким образом, предметом договора является компьютерная система, уникальность которой состоит в сочетании обоих компонентов;

4) автору программы для ЭВМ и базы данных принадлежат:

- имущественные права на выпуск произведения (предоставление экземпляров неограниченному кругу лиц); воспроизведение (изготовление экземпляров или запись в память ЭВМ) в любой форме, любыми способами; распространение экземпляров любым способом (продажа, сдача в прокат и т.д.); модификацию (переработку) и иное использование;
- неимущественные права: на авторство; на имя; обнародовать или разрешать обнародовать произведение в любой форме; на неприкосновенность (например, недопущение несанкционированных автором модификаций); на регистрацию программы для ЭВМ или базы данных путем подачи заявки в патентные органы.

[1] Черячукин В.В. Правовая охрана элементов компьютерной программы // Законодательство и экономика. 2002. № 2.

[2] Алгоритм — основной структурный компонент программы, отражающий ее содержание.

Соответственно, иные лица, правомерно владеющие экземпляром программы для ЭВМ или базы данных, имеют право осуществлять любые действия, связанные с ее функционированием по прямому назначению. Без согласия автора и без выплаты ему какого-либо вознаграждения они вправе:

осуществлять адаптацию исключительно в целях обеспечения функционирования программ на конкретных технических средствах пользователя;

изготовить копию для архивных целей;

декомпилировать программу для ЭВМ (технический прием, включающий преобразование объектного кода в исходный текст в целях изучения структуры и кодирования программы для ЭВМ, в целях взаимодействия одной программы для ЭВМ с другими программами).

Права на программы для ЭВМ и базы данных, как личные неимущественные, так и имущественные — охраняются гражданским (в том числе авторским), административным **и** уголовным правом.

Заметим, что рынок объектов авторского и смежных прав является в России одним из самых динамично развивающихся.

Тема 27. Объекты промышленной собственности предпринимателя

Объектами промышленной собственности являются изобретение, полезная модель и промышленный образец (Патентный закон РФ).

Изобретение — всякий достигнутый человеком творческий результат, сущность которого состоит в нахождении конкретных технических средств решения задачи, возникший в сфере практической деятельности. В качестве объектов изобретений могут выступать устройство, способ, вещество, штамм микроорганизма, культура клеток растений и животных; применение известного ранее устройства, способа, вещества, штамма по новому назначению. Условием предоставления правовой охраны (критерием) для изобретения является: изобретательский уровень, новизна и промышленная применимость.

Полезная модель — это новое промышленно применимое конструктивное выполнение средств производства и предметов потребления и их составных частей.

В отличие от изобретения, полезной моделью не может быть, например, способ, ибо она — это вещественный объект. Условием предоставления правовой охраны (критерием) для нее является: новизна и промышленная применимость.

Промышленный образец — это художественно-конструкторское решение изделия, определяющее его внешний вид (например, форма изделия). Условием предоставления правовой охраны (критерием) для него является: оригинальность, новизна и промышленная применимость.

Для изобретений и полезных моделей документом, удостоверяющим охраняемые законом права, является патент, а для полезных моделей — свидетельство. Указанные документы выдаются либо автору, либо тем лицам, которых он указал в заявке. Если же автор создает объекты промышленной собственности как работник, в ходе служебного задания, то патент может быть получен работодателем автора.

Пример одного из самых знаменитых патентоспособных объектов.

Компания «Кока-Кола» в конце XIX в. вела поиски новой оригинальной формы бутылки, причем такой, чтобы ее можно было опознать даже в темноте, на ощупь, и в разбитом виде, чтобы даже по осколкам можно было узнать, что в ней была «Кока-Кола». После длинной вереницы отвергнутых вариантов фирма остановилась на ставшем ныне классическим дизайне, предложенном С. Дж. Рут Компанией. Другие дизайнеры предлагали прекрасные художественные конфигурации, но неверные... с ботанической точки зрения: чередование сужений и расширений напоминало бобы, но бобы не коки, а какао, из которого делали шоколад. Новая бутылка имела форму юбки годэ с перехватом ниже коленей (модной в 1914 г.). Она сразу завоевала симпатии покупателей. Промышленный дизайнер Рэймонд Лоуи считал форму идеальной и «агрессивно женственной», которая приятна и мужчинам, и женщинам. Бутылки изготавливали из утолщенного стекла, что создавало обманчивое впечатление, так что покупатели не догадывались, насколько невелик в действительности объем тары (всего 612 унций = 184,3 г).

Тема 28. Средства индивидуализации бизнеса

1. Средства индивидуализации коммерческой организации, к которым согласно Гражданскому кодексу РФ следует отнести фирменное наименование (ст. 54) и коммерческое обозначение (ст. 1027). Заметим, что положения ГК РФ о фирменном наименовании имеют несколько смысловых значений: во-первых, право на фирму признается исключительным (т.е. монопольным) субъективным гражданским правом его обладателя, в соответствии с которым фирменное наименование должно быть новым и отличным от уже используемых; во-вторых, фирменное наименование подлежит специальной государственной регистрации;

в-третьих, словесное обозначение фирмы строится по определенным правилам и состоит из относительно самостоятельных частей:

основной, которая содержит указание на организационно-правовую форму коммерческой организации: полное товарищество, товарищество на вере, производственный кооператив, государственное и муниципальное унитарное предприятие, ООО, ЗАО, ОАО. Кроме того, специальные правила о фирменных наименованиях отдельных видов коммерческих организаций содержатся в соответствующих нормах Гражданского кодекса РФ (ст. 69, 82, 87, 96).

вспомогательной, которая содержит специальное наименование, номер или иное обозначение для отличия от других организаций.

Коммерческое обозначение как специальное словесное обозначение предприниматели избирают в целях дополнительной индивидуализации либо самого субъекта — правообладателя, либо принадлежащего ему имущественного комплекса (например, магазина, ресторана). При этом право на коммерческое обозначение регистрации не подлежит.

2. Средствами индивидуализации продукции, товаров, работ или услуг являются товарный знак, знак обслуживания и наименование места происхождения товара.

Товарный знак и знак обслуживания — обозначения, служащие для индивидуализации товаров, выполняемых работ или оказываемых услуг (далее — товары) юридических или физических лиц (ст. 1 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товара»).

Условием предоставления правовой охраны и, таким образом, критерием товарного знака (знака обслуживания) является его новизна. Товарный знак бывает словесным, изобразительным, объемным и комбинированным.

Товарный знак и знак обслуживания выполняют **четыре основные функции:**

идентификационную (обеспечение выделения товара среди других подобных);

рекламную (обеспечение стабильного спроса и популярности товара и его марки);

просветительскую (донесение до потребителей информации о качестве продукта, способствование возрастанию спроса на другие товары, маркированные тем же товарным знаком);

коммерческую (участие в гражданском обороте и принесение дохода владельцам).

Есть примеры, когда многие компании идут по пути копирования технологий и брендов лидеров рынка. Товарные знаки подражателей начинают выполнять несвойственную им функцию копирования. Скажем, известен современный опыт подражания российских производителей продуктов питания новым технологиям французского концерна Danone. Скорее, это тупиковый путь, если фирма не разрабатывает стратегий индивидуализации: не вкладывает средства в собственные инновации, в развитие своего имиджа и в разработку и популяризацию своих товарных знаков.

Россия знает замечательный опыт создания винных брендов.

Когда-то князь Лев Сергеевич Голицын наладил русское виноделие в Крыму (не случайно его называют создателем «российского шампанского»). Выкупив в 1878 г. у грузинского князя Херхадзе дикое крымское урочище Парадиз («рай») площадью в 230 га, русский князь переименовал его в Новый Свет и создал там образцовое винодельческое хозяйство, вскоре ставшее одним из крупнейших в России. Кроме того, глава фирмы собрал единственную в своем роде коллекцию вин производства XVII— начала XX вв. (свыше 50 тыс. бутылок). Впоследствии она была переведена в Массандру, а часть ее (13 600 бутылок производства 1830-1945 гг.) ушла в 1990 г. на лондонском аукционе Sotheby's за 1,2млрд долларов.

Интересны примеры когда фирмы рискуют, отказываются от части прежних партнеров, вырабатывая стратегию на выработке собственных товарных знаков.

Так, в 2002 г. компания «Хэппилэнд» прекратила в России сбыт чужих марок слабоалкогольных напитков и сконцентрировалась на создании своих товарных знаков. Шаг оказался удачным: несмотря на сокращение ассортимента, с конца 2002 г. по май 2003 г. доля «Хэппилэнда» на российском рынке слабоалкогольных коктейлей выросла. Подобный путь — от дистрибуции к созданию собственных брендов — прошла и Русская винно-водочная компания (PBBK), владелец водочного бренда «Флагман». В 1998 г. PBBK купила 20% акций калининградского водочного завода и развернула там производство водки под маркой «Флагман». За прошедшие с этого момента 5 лет оборот PBBK увеличился в 10 раз, доля «Флагмана» в объеме продаж выросла с 0 до 85%, а доля продукции Allied Domecq (джин Beefeater, текила Sauza, виски Teacher's и другие напитки) сократилась со 100 до 15%. Разработку бизнес-проекта марки «Флагман» компания провела само-

[1] Арабов П., Зайко А. Жажда перемен // Компания. № 277. 2003.

Этот маркетинговый ход приобретает все большую популярность в Европе (22% розничного товарооборота) и США (16% продаж). Британская сеть Marks & Spenser полностью перешла на продажу товаров под собственной торговой маркой. В Wal-Mart половину ассортимента занимает private label, в Aldi его показатель равен приблизительно 90%.

Причина проста: по данным консалтинговой компании Accenture, использование private label позволяет снизить цену в среднем на 15-20%.

Но следует учитывать, что внутрисетевой бренд не может составить конкуренцию крупным производителям с развитой дилерской сетью, так как распространяется только по сети магазинов самой фирмы — владельца товарного знака.

Насколько рискованны шаги по разработкам брендов свидетельствует пример, когда успешная компания вынуждена сменить марку в силу того, что на рынке появилось много схожих брендов.

Так, в 2004 г. все рестораны популярной российской сети «Патио Пицца» изменили свое название на «IL Patio». Это первый случай ребрендинга на ресторанном рынке России, демонстрирующий рост конкуренции в этом секторе. Компания «Росинтер Ресторане» готовилась к этому шагу около года: изучение рынка итальянских ресторанов, определение преимуществ нового бренда, изменения в интерьере, меню и обслуживании. Общий бюджет ребрендинга составил около 2 млн долларов.

Разработка товарного знака и придание ему известности позволяют вести работу в направлении увеличения его цены.

Федеральное казенное предприятие «Союзплодоимпорт» выводит на рынок новые продукты, используя старые известные марки, например на рынок предложен слабоалкогольный коктейль Stoliclmaya Ice. Новые шаги «Союзплодоимпорта» вполне в русле тенденций рынка — потребление слабоалкогольных коктейлей стабильно растет.

В 2005 г. «Союзплодоимпорт» зарегистрировал товарный знак консервов «Печень трески» в традиционном «советском» оформлении. Производством консервов под этой маркой в России занимаются около 40 предприятий, которым будут направлены письма с предложением заключить лицензионное соглашение.

«Союзплодоимпорт» был создан в 2001 г. Постановлением Правительства РФ ему были переданы права пользования и распоряжения от имени государства 17 товарными знаками русских водок и настоек (в том числе Stolichnava, Moskovskaya, Zubrovka, «Русская»).

К сожалению, появилась негативная практика производства слабоалкогольных напитков на многих российских гидролизных и спиртовых заводах, парфюмерно-косметических фабриках. Цена данной продукции в 4-5 раз ниже стоимости водки. Специальными акцизами и налогами эта продукция не облагается. В результате «экономный» потребитель подрывает свое здоровье, легальные производители алкогольных напитков несут убытки и теряют рынок, а государственная казна — доходы от сбора акцизов.

Интересны примеры технологий так называемого «паразитического маркетинга», который построен на копировании чужой марки для продвижения собственной, как правило, менее известной. При этом «марки-паразиты» никогда не подделывают бренд полностью (тогда судебного процесса не избежать), а используют лишь отдельные элементы-идентификаторы, те опознавательные знаки, с которыми у большинства потребителей ассоциируется данный продукт. Число подделываемых элементов поистине безгранично: товарный знак или фирменное наименование, элементы рекламы конкурента, дизайн упаковки, графические элементы и т.п. Главное, что учитывают технологи «паразитического маркетинга», это не допустить копирования чужой марки до степени смешения.

Фирмы, которые проводят имитацию товарного знака, при обладании значительными ресурсами, способны «отхватить» у конкурента значительную долю рынка, более того, в дальнейшем на основе «марки-оригинала» они создают свои бренды и регистрируют их.

Примеры.

1. *Компания «Нидан-Фудс» производит сок «Моя семья», «Лебедянский» — сок «Я», а «Вимм-Биль-Дани» — сок «J7». Если попытаться объединить названия этих брендов, то может получиться «7Я». Именно под такой маркой выпускает свой сок компания «Бородино». Подмосковный производитель использует известность сразу трех брендов, чтобы за счет известности марок лидеров рынка поднять продажи своего продукта. Вероятно, определенная категория покупателей либо приобретет соки «7Я» по ошибке, либо решит, что это новая марка тех же известных производителей.*

1. В России достаточно популярна зубная паста «Новый жемчуг» (ЗАО «Невская косметика»), которая и своим названием, и первой упаковкой напоминает сохранившуюся с советских времен марку «Жемчуг» (ОАО «Косметическое объединение «Свобода»«). Сейчас «Новый жемчуг» является лидером на рынке, а «Жемчуг» занимает одно из последних мест.

3. Отличие товарного знака от знака обслуживания

Закон РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» не содержит ни одной нормы, которая распространяла бы свое действие только на товарный знак или только на знак обслуживания. Различие между ними в следующем. Если товарные знаки индивидуализируют и рекламируют товары определенных производителей (например, «Домик в деревне», «Наша Дарья», «Толстяк», «Старый мельник»), то знаки обслуживания предназначены для различения однородных услуг (например, «Хилтон»). Таким образом, если «Домик в деревне» может быть установлен на разных продуктах, например молоко и сметана, то «Хилтон» как название отеля не может быть передан, например, на обозначение автомастерских.

4. Отличие товарного знака от маркировки

Во избежание путаницы заметим, что законодательство о защите прав потребителей указывает на необходимость маркировки товара, обозначающей словесное описание товара, помещаемое на товаре или его упаковке и включающее в себя фирменное наименование изготовителя, его адрес, название товара, ссылку на стандарты (в том числе сертификацию), перечень свойств товара и ряд других данных. Маркировка зарегистрированного товарного знака — буква «R» в окружности указывает на то, что применяемое обозначение является зарегистрированным знаком.

Можно сказать, что маркировка и товарный знак, в сущности, преследуют одну и ту же цель: связать изделие с конкретным производителем, обеспечивая потребителю выбор нужной ему продукции. Однако решается эта задача разными путями: при маркировке продукции до потребителя доводится весь объем необходимых сведений, а при проставлении на изделии товарного знака потребитель извещается об изготовителе условным обозначением.

5. Наименование места происхождения товара

Наименование места происхождения товара — это обозначение, представляющее собой либо содержащее современное или историческое наименование страны, населенного пункта, местности или другого географического объекта (далее — географический объект) **или производное от такого наименования и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого исключительно или главным образом определяются характерными для данного географического объекта природными условиями** (например, краснодарский чай) **и (или) людскими факторами** (например, хохломская роспись) (ст. 30 Закон РФ «О товарных

знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»).

«Право пользования этим же наименованием места происхождения товара может быть предоставлено любому юридическому или физическому лицу, которое в границах того же географического объекта производит товар, обладающий теми же основными свойствами» (ст. 31 указанного Закона).

К специфическим **признакам** данного объекта следует отнести:

а) указание на то, что товар происходит из конкретной страны, населенного пункта, местности (в том числе с учетом исторических названий);

б) связь обозначения товара с его особыми свойствами, которые определяются характерными для данного географического объекта природными условиями и (или) социальным фактором.

Указанные специфические признаки наименования места происхождения товара должны носить стабильный, устойчивый и общественно значимый характер.

Например, практически любая сыроварня в Швейцарии — это, как правило, семейное дело. В каждом кантоне — свои секреты, и технология приготовления сыров передается из поколения в поколение. Известны во всем мире швейцарские сыры: Gruyere, Emmental, Sbrinz, Fribourgeois, Tilsiter, Tete-de-Moine и Raclette.

Традиционные изделия российских мастеров народно-художественных промыслов можно использовать в бизнесе. Все зависит от того, найдет ли предприниматель способы эффективного ведения своих дел в данной сфере. *Например, предприятие «Семеновская матрешка» разорилось, а предприятие «Хохломская роспись» успешно развивается. Оно пригласило часть персонала предприятия-банкрота для развития нового для себя направления — росписи матрешек. Причем на рынке замечено огромное количество контрафактной продукции, что негативно сказывается на развитии отрасли.*

Тема 29. Франчайзинг

1. Понятие и общая характеристика франчайзинга

Потребности современного рынка вызвали необходимость введения в российский имущественный оборот нового вида лицензионных договоров — договора коммерческой концессии (франчайзинга) (гл. 54 ГК РФ).

Франчайзинг является новой прогрессивной системой организации бизнеса, которую используют крупнейшие участники рынка для распространения своих фирменных наименований, брендов и технологий. Это такая форма сотрудничества независимых предпринимателей, при которой один, получивший известность в определенной сфере бизнеса (франчайзер), предоставляет на возмездной основе другим предпринимателям (франчайзи) права на использование своего фирменного наименования **и** способа ведения бизнеса, который к моменту взаимодействия получил признание и коммерческий успех. *Например, **франчайзинговая** сеть компании McDonalds насчитывает около 25 **тыс.** закусочных по всему миру.*

Взаимоотношения между франчайзером (правообладателем) **и** франчайзи (пользователем) регулируются заключенным ими договором коммерческой концесии (франчайзинг). Договор определяет права **и** обязанности сторон, в частности срок (или без указания срока), на который передаются франчайзи исключительные права, принадлежащие франчайзеру, объем этих прав, вознаграждение **и** иные условия, согласованные сторонами.

Участниками франчайзинга являются **не** только франчайзеры и франчайзи, но **и** франчайзинговые брокеры, которые выступают связующим звеном между участниками франчайзинга на основе агентского договора (гл. 52 ГК РФ).

Создать франчайзинговую систему предприниматель может в тех отраслях, где процессы производства и торговли четко унифицированы. *Скажем, из франчайзинга исключается сфера народных промыслов, где результатом является авторская работа, осуществляемая вручную, как результат творческой деятельности (например, «Хохлома». «Ды.\1ковская**игрушка»)**.*

2. Разновидности франчайзинга

Вся совокупность франчайзинговых взаимоотношений может быть классифицирована по разным параметрам.

В зависимости от направлений деятельности франчайзинг различают как сбытовой, производственный, сервисный **и** деловой.

1. Сбытовой (товарный) франчайзинг предполагает распространение товаров, производимых франчайзером и маркированных его товарным знаком, через разветвленную торговую сеть франчайзи. Франчайзер не только увеличивает объемы сбыта своей продукции, но **и** регулирует сбыт, закрепляя за различными франчайзи определенные территории, распределение объема продаж между регионами. Франчайзи наделяется исключительным правом быть единственным продавцом данного товара на закрепленной территории **и** эксклюзивным

представителем торговой марки франчайзера, т.е. франчайзи становится частью системы сбыта франчайзера.

Безусловно, сбытовой франчайзинг экономически состоятелен только тогда, когда франчайзи специализируется на отдельной группе товаров. Поэтому основным условием данной сделки является то, что франчайзи обязуется закупать продукцию только у своего франчайзера и полностью отказывается от реализации товаров других фирм-конкурентов на рынке товара, являющегося предметом сделки. В результате он моделирует свой имидж в соответствии с имиджем франчайзера в целях аналогичной узнаваемости. Так действуют франчайзи компании «General Motors Corp.».

Сбытовой франчайзинг необходимо отличать от дилерства, так как для первого характерны: а) ведение бизнеса под единым торговым знаком от франчайзера; б) более тесные отношения франчайзера и франчайзи; в) исключительные права у франчайзи.

2. **Производственный (промышленный) франчайзинг представляет собой передачу прав на производство и сбыт продукции под торговым знаком франчайзера; при этом франчайзер, обладая запатентованной технологией использования сырья (материалов) и производства готовой продукции, осуществляет обеспечение франчайзи этим сырьем (материалами) и передает права на использование запатентованных технологий.**

Coca Cola в качестве франчайзера широко использует эту форму отношений с партнерами. Компания держит в секрете технологию приготовления концентратов, поставляя их франчайзи для розлива и распространения под наименованием Coca Cola.

Первым договором коммерческой концессии, содержащим объекты промышленной собственности и зарегистрированным в Патентном ведомстве России в 1996 г., стал договор, по которому компания «Колгейт-Палмолив» (США) передала своему российскому партнеру наряду с правом на использование фирменного наименования права на использование 35 изобретений, 7 промышленных образцов в области производства предметов и средств гигиены, около 60 товарных знаков, техническое, технологическое, коммерческое «ноу-хау»[1].

Производственный франчайзинг может иметь разновидности:

а) когда франчайзи выпускает продукцию, аналогичную продукции франчайзера;

[1] Новосельцев О. Оценка коммерческой концессии // Хозяйство и право. № 3. 2000.

б) когда франчайзи осуществляет заключительную технологическую обработку товара, произведенного франчайзером.

3. **Сервисный франчайзинг подразумевает предоставление франчайзи осуществлять бизнес под фирменным наименованием франчайзера в сфере услуг.** *Данный вид франчайзинга наиболее распространен в сети фирменных отелей (например, международные гостиничные сети «Хилтон» и «Шератон») и ресторанов, а также в сети прачечных, химчисток, авторемонтных мастерских.*

4. Деловой франчайзинг (так называемый «бизнес-формат») — это такая форма сотрудничества, при которой франчайзи полностью идентифицируется с франчайзером в результате передачи ему не только права использовать фирменное наименование, но и технологии организации и ведения бизнеса, апробированной и используемой франчайзером.

Система делового франчайзинга дает возможность расширить деятельность не только за счет вовлечения большого количества предпринимателей сопредельных отраслей, но и порой совершенно различных направлений бизнеса. Применение делового франчайзинга характерно для предприятий общественного питания и бытового обслуживания, бизнес-услуг и т.д. В данном случае франчайзи берет на себя обязательства действовать в соответствии с рыночной стратегией франчайзера, с его правилами планирования **и** организации управления, соблюдать технические требования и обеспечивать качество, полностью отвечать за экономические результаты своей работы.

С точки зрения исключительности передаваемых прав франчайзинг бывает простым и исключительным.

При простом франчайзинге франчайзи наделяется неисключительными правами по ведению франчайзингового бизнеса. Это значит, что франчайзер оставляет за собой все права на передаваемые объекты интеллектуальной собственности, в том числе и на заключение подобных франчайзинговых договоров с другими предпринимателями.

Исключительный франчайзинг подразумевает, что франчайзи наделяется исключительным правом самостоятельно заключать франчайзинговые договоры на определенной территории от имени франчайзера с потенциальными субфранчайзи.

3. Преимущества франчайзинга как вида предпринимательской деятельности для его участников

Чтобы рассмотрение франчайзинга стало более полным, важно выявить не только его правовую основу и виды его применения, но также возможности и риски, которые ему свойственны.

3.1. Интересы франчайзера (правообладателя). Новые возможности развития и совершенствования бизнеса для франчайзера следующие:

ведение бизнеса с использованием активов других фирм (в том числе расширение торговой сети товаров и услуг);

фирменное наименование становится более известным, популярным и дорогостоящим, что стимулирует увеличение спроса на данный объект интеллектуальной собственности;

увеличение участия на рынке без нарушения антимонопольного законодательства;

увеличение контроля качества результатов деятельности по сравнению с результатами по лицензионным договорам;

централизация маркетинговой и рекламной деятельности;

экономия административно-хозяйственных и управленческих расходов в связи с перенесением их части на франчайзи и с отсутствием необходимости инвестиций в дочерние структуры и филиалы.

дополнительный доход в виде франчайзинговых платежей, который можно разделить на:

первоначальный единовременный взнос, который, как правило, должен покрывать следующие услуги: обучение персонала фирмы-франчайзи, поставка и установка оборудования, предоставление необходимой документации и консультирование по ее применению и т.д. Данный взнос можно признать платой франчайзи за предоставленную возможность вступить во франчайзинговый бизнес;

периодические (текущие) взносы — это плата за управленческие услуги от суммы прибыли или от объема реализации. Поэтому текущие платежи показывают, насколько эффективно действует франчайзинговая система;

дополнительные платежи, как правило, выходят за рамками франчайзингового договора. Это консультирование по широкому кругу вопросов по ведению бизнеса в целом; предоставление в аренду или в лизинг зданий, сооружений и предприятий франчайзера; проведение аудиторской проверки той аудиторской фирмой, которую укажет франчайзер в случае непредоставления ему со стороны франчайзи необходимой финансовой отчетности и др.

К основным рискам франчайзера можно отнести: непредвиденное увеличение расходов и превышение времени на начальном этапе создания бизнеса франчайзи; риск неверного выбора территории; сложность и высокие расходы по контролю за соблюдением франчайзи условий договора; отказ от непосредственного ведения коммерческой

деятельности в том месте, где действует франчайзи, повышает риск упущенной выгоды.

3.2. **Интересы франчайзи (пользователя).** Новыми возможностями развития и совершенствования бизнеса для франчайзи являются:

получение в партнеры крупного конкурента;

сохранение правового статуса юридического лица, без необходимости передачи контрольного пакета голосующих акций в своем уставном капитале третьим лицам;

возможность вести коммерческую деятельность в новой сфере, при отсутствии большого опыта **и** крупных финансовых средств;

вступление в отлаженную систему под широко известным фирменным наименованием с гарантией всесторонней поддержки франчайзера;

экономия на дорогостоящих маркетинговых исследованиях и рекламе; снижение коммерческих рисков и ускорение окупаемости капиталовложений.

К основным рискам франчайзи можно отнести следующие: низкие объемы продаж, не покрывающие издержек; невозможность влиять, а тем более оперативно изменять общую стратегию франчайзера; множество договорных ограничений не позволяет действовать вариативно в соответствии с изменением рыночной конъюнктуры.

4. Некоторые примеры развития франчайзинга в России и за рубежом

В России иностранные предприниматели находят для себя огромную, ранее незаполненную рыночную нишу, и, что характерно, некоторые из них рискнули заключить франчайзинговыс соглашения с российскими партнерами в такой экономически непредсказуемый период времени, как начало 90-х гг. прошлого столетия.

По данным Российской Ассоциации Франчайзинга, на рынке нашей страны в настоящее время присутствуют более 20 международных франчайзинговых компаний (в том числе Coca Cola, McDonalds, Baskin Robbins). Одновременно на российском рынке работают достаточно большое количество иностранных фирм, которые оказывают бизнес-услуги фраичайзинговым компаниям. Они проводят юридические консультации, ведут бухучет и налоговое планирование, предоставляют финансовые услуги. Это такие компании, как Baker & McKenzie, Earnest & Young, Jones Lang ***Wooton*** *и др.*

Однако Россия отстает от многих европейских стран по развитию данного вида сотрудничества. *Например, в Дании, которая признается по развитию бизнеса европейским аутсайдером, около 100 франчайзеров объединяют 2 тыс. франчайзи.*

Показателен опыт компании «Baskin Robbins». Маркетологи, помимо огромных размеров рынка, выявили необыкновенную любовь россиян к мороженому и явно недостаточное число современных кафе-мороженое. Первое кафе заработало в России в 1988 г., а после успешной апробации пилотных проектов было принято решение развивать франчайзинговую сеть. Теперь в регионах отношения между франчайзером и франчайзи строятся в форме заключения договоров о предоставлении эксклюзивных прав на освоение определенной территории с четким указанием количества кафе, которые необходимо здесь открывать.

Российские предприниматели могут изучить опыт Франции, где более 92,5% франшизных сетей — национальные. Французские предприятия малого бизнеса видят во франшизе средство организации борьбы против конкурентов крупного бизнеса не только на национальном уровне, но особенно при выходе на международный рынок. Именно так построен бизнес известных прет-а-порте, где большое внимание уделяется марке, способной выдержать конкуренцию в мировом масштабе. Для России такие перспективы открываются в области образования, спорта, инноваций и др., причем следует обращать внимание на возможность участия в системах льготного кредитования и финансирования международных франчайзинговых проектов.

Первыми франчайзерами из российских компаний стали вертикально интегрированные нефтяные компании, осознавшие необходимость повышения эффективности деятельности с одновременным расширением сети розничных продаж нефтепродуктов. *Например, с конца 90-х гг. XX в. ОАО «ЛУКОЙЛ» заключило договоры коммерческой концессии с сотнями коммерческих структур.* Но неожиданно российские франчайзеры столкнулись с проблемой, когда франчайзи используют торговую марку франчайзеров лишь для так называемой «приманки» и в нарушение контрактов продолжают реализовывать не только нефтепродукты. Схожая картина складывается и в пищевой промышленности. Известен положительный опыт распространения торговых марок в области быстрого питания, мини-прачечных самообслуживания, химчисток, рынка программного обеспечения (например, программные продукты и сервис в области автоматизации учетной и офисной работы).

Распространение франчайзинга национальных средств индивидуализации протекает достаточно сложно как в России, так и за рубежом. Укажем несколько причин столь медленного распространения франчайзинга отечественных популярных брендов:

- отсутствие специального законодательства по франчайзингу;

недоверие и недооценка системы франчайзинга в связи с отсутствием соответствующих бизнес-планов, образовательных и разъяснительных программ, а следовательно, недостатком специалистов;

специфика российской хозяйственной практики, особенно в отдельных регионах страны, которая характеризуется наличием теневого бизнеса, информационной закрытостью и авторитарными методами руководства на предприятиях;

налоговое законодательство недостаточно стимулирует франчайзинг;

негативное влияние повсеместного применения в промышленности меняльных схем (так называемого бартера), затрудняющих выработку эффективной ценовой политики и расчеты реачьных денежных потоков.

РАЗДЕЛ 5. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В СФЕРЕ МАРКЕТИНГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

Тема 30. Предпринимательский договор

Как известно, хорошая ориентация в договорах позволяет предпринимателю быстро и верно выбрать оптимальную форму взаимоотношений с другими предпринимателями.

1. Договор как основной вид сделки

Гражданско-правовой договор юридически закрепляет отношения между партнерами, выражающие их общую волю; договор придает этим отношениям характер обязательств, которые защищаются силой закона.

Согласно п. 1 ст. 420 ГК РФ договор представляет собой соглашение двух или нескольких лиц об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Договором признается лишь соглашение, вытекающее из намерения участников породить те или иные гражданско-правовые последствия. Поэтому можно сделать вывод о том, что всякий договор может быть признан соглашением, но не всякое соглашение может быть признано договором.

Термин «договор» употребляется в гражданском праве в различных значениях:

1) **как юридический факт, лежащий в основе обязательства;**

2) как непосредственно договорное обязательство;

3) как документ, в котором закреплен факт установления обязательственного правоотношения. Поэтому для практических целей важно определять, в каком именно из приведенных значений употребляется термин «договор» в той или иной норме Гражданского кодекса РФ.

Договор — это наиболее распространенный вид сделок. Договор подчиняется общим для всех сделок правилам. К обязательствам, возникающим из договора, применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено общими правилами о договорах и правилами об отдельных видах договоров (пп. 2, 3 ст. **420 ГК РФ).**

Как и любая сделка, договор является волевым актом. Однако этот волевой акт обладает присущими ему специфическими особенностями. Он представляет собой не разрозненные волевые действия двух или более лиц, а единое волеизъявление, выражающее их общую волю. Для того чтобы эта общая воля могла быть сформирована и закреплена в договоре, он должен быть свободен от какого-либо внешнего воздействия и понятен для участников договора. Индире Ганди, которая замечательно умела вести любые переговоры и договариваться, принадлежит фраза: «Нельзя пожать друг другу руки со сжатыми кулаками».

В гражданском праве выработаны определенные принципы, которые служат основанием для ведения переговоров и заключения договора. К таковым относится, прежде всего, свобода договора, закрепленная в качестве общего принципа в **ст.** 1 ГК РФ, и в качестве специального — в ст. 421 ГК РФ. Не случайно законодатель поставил данную норму сразу после определения понятия договора в ст. 420 ГК РФ. Именно «свобода договора» — является основополагающим условием заключения договора.

Проявление свободы договора в конкретной договорной практике имеет для сферы гражданского оборота ряд весьма важных **аспектов:**

1. Участники гражданских правоотношений свободны в решении вопроса о заключении договора. Пункт 1 ст. 421 ГК РФ устанавливает: «...Понуждение к заключению договора не допускается, за исключением случаев, когда обязанность заключить договор предусмотрена настоящим Кодексом, законом или добровольно принятым обязательством». В настоящее время случаи, когда обязанность заключить договор установлена законом, встречаются редко. Как правило, это имеет место тогда, когда заключение такого рода договоров соответствует интересам как всего общества в целом, так и лица, обязанного заключить такой договор.

Например, а) в соответствии с п. 1 **ст.** 343 ГК РФ залогодатель или залогодержатель в зависимости от того, у кого из них находится заложенное имущество, обязан, если иное не предусмотрено законом или договором, застраховать за счет залогодателя заложенное имущество; б) в законодательстве предусмотрена обязанность для поставщиков, обладающих монополией на производство отдельных видов продукции, к заключению договоров на поставку продукции для федеральных государственных нужд.

2. Свобода договора предусматривает свободу выбора партнера при заключении договора. Например, когда залогодатель или залогодержатель в силу закона обязан заключить договор страхования заложенного имущества, за ним сохраняется свобода выбора страховщика, с которым будет заключен договор страхования.

Вместе с тем гражданское законодательство (ст. 426 ГК РФ) обязывает коммерческую организацию, которая по характеру своей деятельности в отношении каждого, кто к ней обратился, обязана осуществлять продажу товаров, выполнение работ или оказание услуг, заключать с обратившейся стороной (потребителем) публичный договор. К подобным организациям относятся предприятия розничной торговли, транспорта общего пользования, связи, энергоснабжения, медицинские, гостиничного обслуживания и т.п. При необоснованном отказе

от заключения публичного договора суд может понудить коммерческую организацию заключить договор и обязать возместить убытки потребителю. Ограничение свободы коммерческой организации в выборе партнера договора объясняется необходимостью защиты интересов потребителей и потребностей общества.

3. Свобода договора предполагает свободу участников гражданского оборота в выборе вида договора. В соответствии с пп. 2, 3 ст. 421 ГК РФ стороны могут заключить договор: а) предусмотренный законом или иными правовыми актами; б) не предусмотренный законом или иными правовыми актами; в) смешанный договор, т.е. состоящий из элементов нескольких различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами. К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора. Так, суд применил правила о договорах хранения и правила о договорах имущественного найма к договору, по которому один гражданин оставил другому на хранение пианино, разрешив им пользоваться в качестве платы за хранение.

4. Свобода договора предполагает свободу в формулировании условий договора. В соответствии с п. 4 ст. 421 ГК РФ условия договора определяются по усмотрению сторон, кроме случаев, когда содержание соответствующего условия предписано законом или иными правовыми актами. В случаях, когда условие договора предусмотрено нормой, которая применяется постольку, поскольку соглашением сторон не установлено иное (диспозитивная норма), стороны могут своим соглашением исключить ее применение либо установить условие, отличное от предусмотренного в ней. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой.

Например, п. 2 ст. 616 ГК РФ устанавливает, что арендатор обязан производить за свой счет текущий ремонт, если иное не установлено законом или договором. Если для отдельных видов аренды законом не установлено иное, то стороны при заключении договора аренды могут прийти к соглашению о том, что текущий ремонт будет производить за свой счет арендодатель, а не арендатор, как это предусмотрено п. 2 ст. 616 ГК РФ.

5. В соответствии с п. 4 ст. 421 ГК РФ стороны договора свободны установить для регулирования своих взаимоотношений правила, отличающиеся от тех, которые предусмотрены диспозитивными нормами права, а следовательно, определить свои права и обязанности.

При всей свободе договора последний должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующими в момент его заключения. Существование императивных норм обусловлено необходимостью защиты публичных интересов или интересов слабой стороны договора. Так, в целях защиты интересов потребителей п. 2 ст. 426 ГК РФ устанавливает, что цена товаров, работ и услуг, а также иные условия публичного договора устанавливаются одинаковыми для всех потребителей. Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров (п. 2 ст. 422 ГК РФ).

Иными словами, к договорам применяется следующее общее правило — *«закон обратной силы не имеет»,* что, несомненно, придает устойчивость гражданскому обороту. Участники договора имеют правовые гарантии стабильности законодательства. Это значит, что последующие изменения в законодательстве не могут изменить условий заключенных ими договоров. Вместе с тем потребности дальнейшего развития гражданского оборота могут натолкнуться на такие препятствия, которые заложены в условиях заключенных договоров. В целях преодоления этих препятствий в п. 2 ст. 422 ГК РФ предусмотрена возможность изменения условий уже заключенных договоров путем введения обязательных для участников договора правил, обратная сила которых установлена законом. Иные правовые акты не могут действовать с обратной силой в отношении заключенных договоров.

Таким образом, идея автономии воли, воплощенная в Гражданском кодексе РФ, зависит от самого субъекта права.

Именно свобода договора лежит в основе определения сторонами своих прав и обязанностей, выражающихся в содержании договора. Гражданские права и обязанности, порождаемые, изменяемые или прекращаемые договором, составляют содержание обязательственного отношения, возникающего из договора. К обязательствам, возникающим из договора, применяются общие положения об обязательствах, если иное не предусмотрено общими правилами о договорах и правилами об отдельных видах договоров (пп. 2, 3 ст. 420 ГК РФ).

2. Значение договора

Как известно, договор относится к уникальным правовым средствам, в рамках которого интерес каждой стороны, в принципе, может быть удовлетворен лишь посредством удовлетворения интереса другой

стороны. «Правила игры нужно знать, но лучше устанавливать их самому» (Анджей Сток, польский афорист).

Тем не менее каждый участник ищет оптимальное положение в договорном сотрудничестве, причем зачастую более выгодное по отношению к другой стороне. Это и порождает необходимость поиска компромисса между сторонами. Договор становится результатом компромисса.

Поэтому предприниматели осуществляют маркетинг сделки, т.е. маркетинг, направленный на получение выгод от сделки, заключаемой в данный момент, с возможной ориентацией на установление долгосрочных взаимовыгодных отношений между партнерами.

Договор, учитывающий множество интересов сторон и третьих лиц, способен обеспечить такие организованность и стабильность в экономическом обороте, которых невозможно добиться с помощью самых жестких административно-правовых средств.

Договор — это наиболее традиционное средство связи между производством и потреблением и немедленного реагирования на потребности общества со стороны производства. В силу этого именно договорно-правовая форма способна обеспечить необходимый баланс между спросом и предложением, насытить рынок теми товарами, в которых нуждается потребитель. Договор позволяет участникам экономического оборота отчуждать материальные ценности, получая взамен их соответствующий денежный или товарный эквивалент. С помощью договора совершенствуется и процесс распределения произведенных в обществе материальных благ, поскольку договор позволяет доставить произведенный продукт тому, кто в нем нуждается.

Договор обеспечивает эффективный обмен произведенными и распределенными материальными благами в случае изменения потребностей участников экономического оборота.

С другой стороны, договор может быть применен и в противозаконных целях, например как средство ограничения конкуренции.

Эти и многие другие качества договора с неизбежностью обусловливают усиление его роли и расширение сферы применения по мере становления рыночной экономики. Вместе с тем свойства договора сохраняются лишь до тех пор, пока обеспечивается установленная в Гражданском кодексе РФ свобода договора.

Распространенное ранее в условиях плановой экономики понуждение к заключению договоров превращало договор в фикцию, лишало его таких свойств, без которых он существовать не может, **и** договор становился декоративным придатком планово-административных актов.

Поэтому современные предпринимательские отношения немыслимы без строгого соблюдения основных принципов договорного права,

которыми являются: свобода договора, равенство сторон, диспозитивность норм договорного законодательства, обязательность надлежащего исполнения, ответственность за неисполнение, презумпция вины должника.

Сравнительно незначительный опыт договорных отношений в российском бизнесе демонстрирует низкую договорную культуру участников. Не доработав сделку, ее участники зачастую пытаются сделать ее недействительной или призывают друг друга к морали и совести.

3. Виды договоров

Содержащийся в Гражданском кодексе РФ **и** специальном законодательстве (например, Федеральный закон от 29 октября 1998 г. «О финансовой аренде (лизинге)») перечень видов договоров не является исчерпывающим. Любой участник гражданского оборота (в том числе предприниматель) вправе заключать договор, не названный, и следовательно, прямо не предусмотренный законодательством. Но при этом важное практическое значение имеет деление договоров на отдельные виды, из которых для предпринимателей актуальны основные и предварительные договоры; договоры в пользу их участников **и** договоры в пользу третьих лиц; договоры согласно отдельным видам обязательств (в том числе такие предпринимательские договоры, как поставка, лизинг, коммерческая концессия).

Основной договор непосредственно порождает права **и** обязанности сторон, в то время как **предварительный договор** содержит обязательное условие о заключении основного договора в будущем. *Предварительный договор отличают несколько факторов:* предварительный договор заключается в форме, установленной для основного договора, но в любом случае — в письменной форме; в предварительном договоре указывается срок, в который стороны обязуются заключить основной договор (если срок не установлен, то основной договор подлежит заключению в течение одного года с момента заключения предварительного договора; условия предварительного договора должны позволять установить условия основного договора (ст. 429 ГК РФ). Зачастую перечисленные факторы отсутствуют в таких известных в предпринимательской сфере документах, как *соглашение о намерении или гарантийное письмо^* **и** следовательно, эти документы не аналогичны по юридической силе предварительному договору.

Договором в пользу третьего лица признается договор, в котором стороны установили, что должник обязан произвести исполнение не кредитору, а указанному (или не указанному) в договоре третьему лицу, имеющему право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу. Так, если арендатор заключил договор страхования

арендованного имущества в пользу его собственника (арендодателя), то право требования выплаты страхового возмещения при наступлении страхового случая принадлежит арендодателю, в пользу которого и заключен договор страхования.

Предпринимательским договором можно назвать возмездный гражданско-правовой договор, где сторонами или одной из сторон выступают предприниматели, заключенный в предпринимательских целях и влекущий за собой возникновение, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей в сфере предпринимательства.

В гражданском праве выработана система предпринимательских договоров, учитывающих особенности отдельных видов экономических отношений.

Следует определить основные типы предпринимательских договоров по содержащимся в них обязательствам:

1. Торговые договоры по передаче имущества в собственность (поставка, мена, товарный кредит).

2. **Договоры по передаче имущества во владение** и (или) пользование (аренда, прокат, лизинг, доверительное управление).

3. **Договоры предоставления услуг** (информационных, консалтинговых, рекламных, юридических, страховых, транспортных, складского хранения товаров и т.д.). Особенность этих договоров в том, что услуга является деятельностью, не имеющей вещественного результата. Данная группа договоров включает также посреднические договоры (комиссия, коммерческая концессия, коммерческое агентирование) и представительские договоры (коммерческое представительство).

4. **Договоры выполнения работ** (научно-исследовательские, проектные, изыскательские, строительные, маркетинговые, оценочные, аудиторские и т.д.).

5. **Договоры о совместных действиях** или деятельности (простое товарищество, консорциум, холдинг, финансово-промышленная группа).

6. **Финансовые договоры** (банковский счет, вклад, кредит, заем, финансирование под уступку денежного требования).

7. **Договоры по передаче прав на объекты интеллектуальной собственности предпринимателя** (уступка патента, коммерческая концессия, лицензионное соглашение).

8. **Договоры по передаче исключительных прав предпринимателя** (дистрибутив).

9. **Договоры по обеспечению исполнения основных обязательств** (залог, ипотека, задаток, поручительство и банковская гарантия, имущественное страхование).

Стороны вправе заключить *смешанный (комплексный) договор,* в котором содержатся элементы различных договоров, предусмотренных законом или иными правовыми актами, а также иной договор, не предусмотренный законодательством (например, дистрибьюторский договор). Комплексный договор достаточно актуален в предпринимательской сфере, где отношения отличаются интенсивностью и многообразием, но не всегда удобен в случае возникновения спора, когда необходимо выявлять определенный вид обязательств. Суды, как правило, к отношениям сторон по комплексному договору применяют в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

Тема 31. Гражданско-правовая ответственность предпринимателя

1. Понятие и виды юридической ответственности предпринимателя

Юридическая ответственность — предусмотренная нормами права обязанность субъекта правонарушения претерпевать неблагоприятные последствия. Юридическая ответственность рассматривается как мера принуждения за совершенное правонарушение.

Ответственность предпринимателей предусмотрена в различных отраслях права и разделена на следующие **виды:**

гражданско-правовая (предусмотрена гражданским законодательством, прежде всего Гражданским кодексом РФ);

административная ответственность, предусмотренная законами «О лицензировании отдельных видов деятельности», «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках», «О защите конкуренции на рынке финансовых услуг», «О рекламе», установлена Кодексом РФ об административных правонарушениях;

уголовная ответственность установлена Уголовным кодексом РФ (в частности, гл. 21 «Преступления против собственности», гл. 22 «Преступления в сфере экономической деятельности», гл. 23 «Преступления против интересов службы в коммерческих и иных организациях», гл. 28 «Преступления в сфере компьютерной информации»).

Есть интересные примеры, когда сложно определить какую ответственность должен понести недобросовестный предприниматель за дискредитацию бизнеса в глазах общества.

В каком-нибудь известном издании (журнал или газета) предприниматель приобретает рекламное место и публикует несложный кроссворд или загадку с обещанием участия читателя в конкурсе (например, «У семи нянек... без глазу» — угадай слово! или задача: «Найди пять отличий в этих картинках»).

Читатель дает правильный ответ и отправляет купон по указанному адресу (как правило, абонентский ящик), после чего читатель получает по почте конверт со штампами: «Вручить лично!» «Конфиденциальная информация внутри!!!» и в конверте обнаруживает, что именно он выиграл «1-й приз большой игры»! Сам президент издательского клуба лично пишет, что деньги (170000 руб.) у него в сейфе и что получить их читатель может, если предварительно отправит денежный перевод в оплату товаров (например, книг) на сумму не менее 500руб., а затем читатель получит 170000 руб. вместе с заказанным товаром.

В конверт вложено множество бумаг: сертификат призера суперноминации, бланк почтового перевода, конверт для отправления квитанции об оплате, каталог интернет-магазина о популярных книгах и видеокассетах, из которых «победитель» сделает заказ, извещение о бесплатном подарке за любой заказ на сумму более 500 руб. и еще множество рекламных проспектов и буклетов.

В итоге оказывается, что победитель конкурса сам оплатил свою победу суммой 500 руб. в карман мошенников. Иногда разработчики данной аферы высылают ему, например, брошюру, открытку или карманный капендарик, которые, очевидно, стоят намного дешевле переведенной суммы в 500 руб.

2. Гражданско-правовая ответственность согласно ст. 393 ГК РФ наступает за нарушение обязательств должника перед кредитором и заключается в его обязанности возместить причиненные убытки кредитору.

Например, в США экс-чемпион мира по боксу Джордж: Форман стал ответчиком по иску компании по производству продуктов питания GreatMeals. По сообщению агентства Reuters, сумма иска GreatMeals к Форману составила 50 млн долларов в качестве неустойки по контракту. По материалам дела, Форман в одностороннем порядке разорвал контракт с GreatMeals, по условиям которого он должен был предоставить свое имя для новой серии бифштексов.

Лицо, не исполнившее или ненадлежащим образом исполнившее обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несет ответственность, если не докажет, что надлежащее исполнение оказалось невозможным вследствие непреодолимой силы (ст. 401 ГК РФ).

Основой реализации гражданско-правовой ответственности по обязательствам предпринимателей является их имущество (поэтому такая ответственность именуется имущественной).

В ст. 56 ГК РФ установлено правило самостоятельной имущественной ответственности организации. Но вместе с тем допускается ответственность собственника имущества или его учредителя (участника) в случаях, предусмотренных законодательством или учредительными документами (например, уставом). Кроме того, вышеназванные лица, а также другие лица, имеющие право давать обязательные для этого юридического лица указания либо иным образом определять его действия, при недостаточности имущества в случае банкротства юридического лица могут нести ответственность по его обязательствам на субсидиарных началах.

Правила об имущественной ответственности индивидуального предпринимателя как гражданина закреплены ст. 24 ГК РФ: «гражданин отвечает по своим обязательствам всем принадлежащим ему имуществом, за исключением имущества, на которое в соответствии с законом не может быть обращено взыскание»[1].

Обращение взыскания на имущество должника состоит из его ареста, изъятия и принудительной реализации.

Пример защиты предпринимателя из русской истории XX в.

Летом 1900 г. в Москве проходил процесс по так называемому «маиоитовскому делу». Среди подсудимых оказались Савва Иванович Мамонтов с братом и сыновьями. В обвинительном акте им инкриминировались злонамеренное нарушение доверия акционеров, самовольное использование их денег в личных надобностях. Однако показания свидетелей не давали оснований усомниться в благих намерениях подсудимых. Одно из свидетельств, к примеру, выявило отличие постановки дела у Мамонтова от других железнодорожных концессионеров. Там, где искатели выгоды старались сэкономить на качестве, Савва Иванович в ущерб себе закладывал расходы на более тяжелые рельсы, более прочные шпаты. Высокая надежность дорог, построенных Мамонтовым, контрастно высвечивала недобросовестность его конкурентов.

[1] Перечень указанного имущества устанавливается Гражданским процессуальным кодексом РФ, а условия и порядок обращения взыскания на имущество хозяйствующих субъектов-должников, осуществляемого на основании судебных актов или актов других уполномоченных законодательством органов, регулируются Федеральным законом от 21 июля 1997 г. «Об исполнительном производстве».

Адвокат — знаменитый Федор Плевако — держа за руку Мамонтова, закончил свою речь такими словами: «Его обелять не следует, он наделал много ошибок, но это ошибки человеческие, злого умысла Мамонтов не имел. Если ваш управляющий из мести к вам отдаст лучшие семена соседу, а поле засеет семенами плохими, то это будет злой умысел. Но если управляющий, желая вам пользы, без дозволения засеет ваше поле пшеницей вместо ржи, а пшеница не удастся, это деяние разве содержит злоумышленность?» Присяжные согласились с мнением адвоката. Все обвиняемые по уголовному делу были оправданы.

Тема 32. Договор на выполнение научно-исследовательских работ

Как известно, по мере развития рыночных отношений, товарного наполнения рынка потребность предпринимателей в получении маркетинговой информации возрастает.

Пример.

ОАО «КамАЗ», имеющее опыт реализации автомобилей в странах Восточной Европы (Польша, Болгария, Словакия и т.д.), проводит в регионах Африки и Латинской Америки маркетинговые исследования и заключает контракты с дилерами.

1. Выбор формы договора для проведения маркетинговых исследований

Поскольку договор маркетинговых исследований прямо законом не регулируется, то участники, как правило, идут тремя путями: либо они строят свои отношения по правилам известных в гражданском праве договоров на выполнение научно-исследовательских работ, подряда, агентирования и т.д., либо готовят смешанный договор с совмещением разных видов обязательств (например, подрядных и купли-продажи), либо выстраивают собственную конструкцию договора, где самостоятельно формулируют различные условия. Безусловно, во втором и третьем случаях увеличивается риск подмены понятий об объектах, вещных правах и обязательствах гражданского права. Это приводит к трудностям при разрешении споров между сторонами подобных договоров.

Таким образом, в маркетинговой деятельности важное значение имеет проблема формализации отношений участников при свободе выбора различных договоров для проведения маркетинговых исследований.

2. Выполнение научно-исследовательских работ

Согласно ст. 769 ГК РФ по договору на выполнение научно-исследовательских работ (НИР) исполнитель обязуется провести обусловленные

техническим заданием заказчика исследования, имеющие научный характер (т.е. работы как таковые, а не результат работ как в договоре подряда), а заказчик обязуется принять работу и оплатить ее.

Прикладные научные исследования — исследования, направленные преимущественно на применение новых знаний для достижения практических целей и решения конкретных задач (ст. 2 Федерального закона от 23 августа 1996 г. «О науке и государственной научно-технической политике»). В результате научной деятельности должен быть достигнут научный результат, к которому, в свою очередь, Закон выдвигает следующие требования:

творческий характер;

содержание новых знаний или решений;

прикладное значение;

он должен быть зафиксирован на любом информационном носителе.

Например, таким результатом может быть научная и (или) научно-техническая продукция, суть которой в том, что она предназначена для реализации на основе гражданско-правовых сделок.

Поскольку работы, составляющие предмет договора, имеют творческий характер (например, система мероприятий по применению новых методов изучения рынка и воздействия на спрос с целью расширения рынка сбыта товаров), то стороны принимают на себя обязанности **и** осуществляют их исполнение с учетом действия законодательства об интеллектуальной собственности.

К специфике договора на выполнение ПИР относится следующее:

- поскольку нельзя точно спрогнозировать исход этих работ, то риск случайной невозможности их исполнения по общему правилу п. 3 ст. 769 ГК РФ возлагается на заказчика (в этом отличие от договора подряда);
- личность исполнителя имеет наиболее важное значение для заказчика, поэтому п. 1 ст. 770 ГК РФ устанавливает принцип личного выполнения НИР ее исполнителем. Для привлечения третьих лиц исполнителю необходимо получить согласие заказчика;
- в ст. 775 ГК РФ императивно установлена обязанность заказчика оплатить стоимость работ и в том случае, если в ходе этих работ выявляется невозможность или нецелесообразность их продолжения не по вине исполнителя, но не свыше соответствующей части цены работ, указанной в договоре;
- вопрос об ответственности исполнителя за нарушение договорных обязательств решается следующим образом: возмещению

подлежат убытки лишь в виде реального ущерба в пределах стоимости работ, в которых выявлены недостатки, если исполнитель не докажет, что нарушение произошло не по его вине. Упущенная выгода возмещается только в случаях, предусмотренных договором;

- стороны могут устанавливать в договоре пределы и условия использования (осуществления) результатов работ, не делая различий между результатами, способными и не способными к правовой охране. Если же стороны не включат в договор никаких указаний на этот счет, вступит в силу презумпция о том, что и исполнитель, и заказчик в равной мере вправе использовать результат работ для себя.

Договоры на выполнение НИР различаются по объему действий исполнителя:

1. Договор на весь цикл проведения исследования, разработки предложений, подготовки отчета и плана реализации полученных результатов (возможно, изготовления образцов).

2. Договор, направленный на реализацию одного из этапов исследования.

3. Необходимые условия договора на выполнение НИР

Заказчик вправе рассчитывать на определенный результат проведения исследований, который зависит от четкого определения предмета договора и использования научно обоснованных методик исследования. Поэтому стороны должны определить и согласовать:

- методы, которые будут использованы для получения в соответствии с заданием тех или иных характеристик **и** параметров (например, проведения опроса, эксперимента, наблюдения);
- параметры объекта исследования, что непосредственно влияет на точность результатов и вместе с тем на стоимость работ;
- территорию проведения работ (район, город, отдельный регион), конкретную отрасль хозяйства, вид деятельности **и** т.д.;
- направления маркетинговых исследований, касающиеся получения информации (рекомендаций) о возможностях и перспективах ведения коммерческих операций, об условиях работы с источниками сырья, сбыте определенной продукции, ее качестве, количестве и ценах, складировании и транспортировке, степени развития коммерческой инфраструктуры (реализация товаров через биржу, аукцион, посредников и т.д.), спросе на продукцию и потенциальных потребителях, целесообразности и эффективности проведения рекламы и т.п.;

- порядок проверки заказчиком выполнения работ исполнителем;
- отчет, который должен соответствовать параметрам в задании и содержать данные о целях и задачах исследования, методах, которые применялись для сбора, анализа и обработки сведений, о процентах возможных погрешностей, влияющих на степень достоверности информации, о выводах и рекомендациях, сделанных на основании данных проведенного исследования. Именно отчет и будет являться результатом работы, который исполнитель обязан передать заказчику по акту сдачи-приемки, а заказчик должен принять работу в срок, оговоренный сторонами, подписать акт или возвратить отчет на доработку, если исполнителем нарушены условия договора. Переход к оценке качества результата выполненной подрядчиком работы по критерию ее соответствия обычно предъявляемым требованиям допускается лишь в случае отсутствия или неполноты условий договора, позволяющих определить требования к качеству результата работы;
- срок после сдачи работы, в течение которого исполнитель обязан будет осуществлять бесплатное текущее консультирование по результатам проведенного исследования;
- права на результаты исследований.

Дальнейшее сопровождение коммерческой деятельности заказчика, связанное с составлением прогнозов состояния конъюнктуры определенного сегмента рынка, а также с использованием результатов исследования, может быть оформлено соответствующими договорами оказания маркетинговых услуг.

Результаты маркетинговых исследований в качестве информационных ресурсов являются собственностью заказчика, и исполнитель не вправе разглашать эти данные третьим лицам. В свою очередь, заказчик и исполнитель не вправе разглашать третьим лицам методику проведения исследований и другие данные, которые, по мнению исполнителя, составляют секрет его деятельности.

Тема 33. Договор на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ

Маркетинговые исследования могут стать почвой для экспериментальных разработок (например, промышленного образца, товарного знака или новой технологии). В этом случае уместно применение договора на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ.

Согласно ст. 769 ГК РФ по договору на выполнение опытно-конструкторских и технологических работ (ОКР и ТР) исполнитель обязуется разработать образец нового изделия, конструкторскую документацию на него или новую технологию, а заказчик обязуется принять работу и оплатить ее.

Экспериментальные разработки — деятельность, которая основана на знаниях, приобретенных в результате проведения научных исследований или на основе практического опыта и направлена на сохранение жизни и здоровья человека, создание новых материалов, продуктов, процессов, устройств, услуг, систем или методов и их дальнейшее совершенствование (ст. 2 Федерального закона «О науке и государственной научно-технической политике»).

К специфике договора на выполнение ОКР и ТР относится следующее:

- для выполнения ОКР и ТР личность исполнителя не столь значима, как для НИР, поэтому привлечение третьих лиц к выполнению ОКР **и** ТР предполагается допустимым, если иное не предусмотрено договором. В случае привлечения исполнителем к выполнению работ третьих лиц такие лица оказываются субисполнителями. К отношениям исполнителя с третьими лицами применяются правила о генеральном подрядчике и субподрядчике (ст. 706 ГК РФ);
- если продолжение работ невозможно или нецелесообразно в связи с обстоятельствами, возникшими не по вине исполнителя, то по данному договору заказчик обязан оплатить понесенные исполнителем затраты.

Общее между договорами на выполнение НИР и ОКР и ТР в следующем:

1) согласно ст. 773-774 ГК РФ:

обязанности исполнителя:

выполнить работы в соответствии с согласованным с заказчиком техническим заданием и передать заказчику их результаты в предусмотренный договором срок;

согласовать с заказчиком необходимость использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности, принадлежащих третьим лицам, и приобретение прав на их использование;

своими силами и за свой счет устранять допущенные по его вине в выполненных работах недостатки, которые могут повлечь отступления от технико-экономических параметров, предусмотренных в техническом задании или в договоре;

незамедлительно информировать заказчика об обнаруженной невозможности получить ожидаемые результаты или о нецелесообразности продолжения работы;

гарантировать заказчику передачу полученных по договору результатов, не нарушающих исключительных прав других лиц. Следовательно, если заказчику придется нести ответственность за нарушение таких прав, то в порядке регресса он сможет взыскать выплаченную сумму с исполнителя (кроме случаев, когда виновным в таком нарушении будет признан сам заказчик);

обязанности заказчика:

передавать исполнителю необходимую для выполнения работы информацию;

принять результаты выполненных работ и оплатить их (причем оплатить стоимость работ, но не свыше соответствующей части цены и в том случае, если в ходе НИР выявляется невозможность достижения желаемых результатов не по вине исполнителя).

Договором может быть также предусмотрена обязанность заказчика выдать исполнителю техническое задание и согласовать с ним программу (технико-экономические параметры) или тематику работ;

2) каждая из сторон договора обязана соблюдать конфиденциальность сведений, которые касаются его предмета, хода исполнения и результатов. По общему правилу п. 1 ст. 771 ГК РФ обязанность обеспечения конфиденциальности касается сведений о предмете договора, ходе его исполнения и полученных результатах. Объем этих сведений конкретизируется в договоре. Нарушение конфиденциальности влечет возникновение у нарушителя обязанности возместить другой стороне причиненные убытки (ст. 15, 393 ГК РФ);

3) пределы и условия использования результатов НИР, ОКР и ТР определяются договором, но по общему правилу п. 2 ст. 772 ГК РФ исполнитель работ вправе использовать полученные результаты только для собственных нужд;

4) независимо от своего гражданско-правового статуса исполнитель несет ответственность перед заказчиком только при наличии своей вины в нарушении договора. Причем вина исполнителя предполагается (презумпция вины);

5) по общему правилу п. 2 ст. 777 ГК РФ ответственность исполнителя ограничена размерами понесенного заказчиком реального ущерба (п. 2 ст. 15 ГК РФ). Однако договором может быть предусмотрена обязанность исполнителя возместить убытки в полном объеме, включая упущенную заказчиком выгоду.

Тема 34. Договоры по передаче прав на товарные знаки, знаки обслуживания и объекты промышленной собственности предпринимателя

Договоры в области интеллектуальной собственности вносят организованность и определенность в процессы обмена информацией и опытом между участниками рынка маркетинговых услуг и становятся основой новых направлений развития коммерческих связей.

1. Уступка прав (ст. 25 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров») означает передачу прав на предмет лицензии его владельцем другому юридическому или физическому лицу в отношении всех или части товаров, для которых он зарегистрирован. В силу данного договора владелец товарного знака отказывается от дальнейшего его использования и передает все права на знак приобретателю, который, в свою очередь, принимает на себя все права и обязанности владельца товарного знака и предоставляет отчуждателю встречное удовлетворение, если это предпринимательские отношения.

Существенным ограничением для данных сделок представляется норма о недопущении уступки, если она может явиться причиной введения в заблуждение потребителей относительно товара или его изготовителя. Заметим, что данное ограничение достаточно неопределенно и в принципе позволяет блокировать любой договор об уступке.

2. Согласно Патентному закону РФ и Закону РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» по **лицензионному договору** патентообладатель (лицензиар) обязуется предоставить право на использование охраняемого объекта промышленной собственности, товарного знака и знака обслуживания в объеме, предусмотренном договором, другому лицу (лицензиату), а последний принимает на себя обязанность вносить лицензиару обусловленные договором платежи и осуществлять другие действия, предусмотренные договором.

Если предметом лицензионного договора становится товарный знак, то законом введены два взаимосвязанных обязательных условия, а именно: качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия. Указанные условия представляют собой важную гарантию для потребителей, уже ориентирующихся на известный товарный знак.

Срок действия лицензионного договора может быть любым (однако не превышающим срока действия самого охранного свидетельства). По-разному оговариваются порядок, виды и размеры лицензионных платежей.

Платежи могут быть разовыми, фиксированными («паушальными») и периодическими («роялти»).

Лицензионный договор классифицируется по объему прав, передаваемых лицензиату. Лицензия бывает исключительной, полной и простой.

При исключительной лицензии лицензиар передает часть своих прав на товарный знак и лишается возможности использовать данный объект в объеме переданных прав, сохраняя за собой право на его использование в части, не передаваемой лицензиату. Но исключительная лицензия на один и тот же товарный знак может быть выдана нескольким лицам, если не совпадает территория действия переданных им прав и соответственно их права взаимно не пересекаются.

Полная лицензия означает, что исключительные права полностью передаются в распоряжение лицензиата. Сам же лицензиар в течение срока действия договора лишается права использования предмета этого договора.

По договору простой лицензии лицензиату передастся право на использование предмета лицензии (обычно в собственном производстве лицензиата), сохраняя за собой все права, подтвержденные патентом, в том числе и на предоставление лицензий третьим лицам.

Закон предъявляет особые требования к форме указанных договоров. Они должны пройти государственную регистрацию в Патентном ведомстве РФ. Без этой регистрации данные договоры считаются недействительными.

Поскольку отношения складываются долговременные, то совместная деятельность под общими брендами требует создания партнерств на исключительных правах. Лицензионные соглашения становятся частью реализации стратегии интеграции маркетингового агентства и заказчика.

Заметим, что к категории объектов, права на использование которых не могут передаваться, относятся коллективный товарный знак и наименование места происхождения товара.

На рынке товарных знаков появляется и такая новая форма отношений, как **доверительное управление имуществом,** т.е. управление и организация бизнеса на основе договора доверительного управления имуществом в интересах учредителя управления или выгодоприобретателя, с применением управленческих «ноу-хау».

В наше время товарные знаки часто используют в незаконных целях, подражая известному бренду без согласия его владельца, который несет убытки.

История знает замечательные примеры борьбы компании с недобросовестными конкурентами законными способами.

Когда в начале XIX столетия продажа напитка «Кока-Кола» резко поднялась вверх, коммерческий успех породил множество подражателей. Только в 1916 г. юристам пришлось разбираться в легитимности таких наименований, как «Кафе Кола», «Афри-Кола», «Чар Кола», «Ко-Ко-Колиан», «Допб Кола Кола», «Пау Пау Кола», «Кинг Кола», «Фиг Кола», «Сола Кола», «Кэнди Кола», «Тока-Кола», «Колд Кола», «Кос Кола», «Кэй-Ола», «Кока Ола», «Кока-Нола», «Кел Кола», «Кау-Кола», «Ко Кола», «Кола-Нола», «Каро-Кола». К 1926 г. юрисконсульт фирмы «Кока-Кола» Гэролд Хирш изгнал из мира бизнеса более 7 тыс. конкурентов, начав против них судебные дела за использование названий или логотипов, похожих на первоначальный оригинал «Кока-Колы». Он подавал в суд на фирму, даже если она продавала сироп в красных бочках или если цвет сиропа был темно-карамельным с коричневым оттенком.

3. Значение гражданского оборота товарных знаков

Тенденции последних лет «затоваривания» рынка, возникновения конкурентной среды не сопровождаются соответствующим ростом культуры потребления, маркетинга и рекламы. Все это оказало существенное влияние на рост интереса предпринимателей к копированию известных брендов тех товаров, которые пользуются максимальным спросом.

На российском рынке брендов в ряде отраслей экономики заметна существенная активизация регистрации товарных знаков и сделок с ними, но новые разработки малозаметны.

Позитивный пример новых товарных знаков дает один из лидеров рынка продуктов питания ОАО «Вимм-Билль-Данн», чьи товарные знаки Л, «Домик в деревне», «Чудо» и т.п. пользуются популярностью, и конкуренты приобретают лицензионные права на использование этих знаков на своей продукции.

На данном рынке достаточно своеобразны модели введения в действие и использования товарных знаков.

Например, продюсерская компания «Студия «Смак» из названия телевизионной передачи создала популярную торговую марку «Смак» и выступила учредителем ЦТМ («Центра торговых марок»), который, в свою очередь, управляет маркой, заключает сделки с производителями на выпуск продукции под этим названием. По условиям договора между компаниями ЦТМ и «Студия «Смак» последняя получает часть прибыли с каждого проданного под маркой «Смак» продукта.

В России выпуск товаров под собственным брендом (private label) начал развиваться сравнительно недавно. *Сначала с выводом подобных товаров начали экспериментировать крупные продуктовые сети,*

например «Перекресток», «Пятерочка» и «Рамстор». Теперь собственные марки создают фирмы, специализирующиеся на торговле бытовой техникой и электроникой — «Техносила» и «Мир». В частности. v ***«Техносилы»*** *теперь своя торговая марка Techno на телевизоры, DVD-плейеры и компоненты домашних кинотеатров, микроволновые печи, чайники и пылесосы.*

Этот маркетинговый ход приобретает все большую популярность в Европе (22% розничного товарооборота) и в США (16% продаж). *Британская сеть Marks & Spenser полностью перешла на продажу товаров под собственной торговой маркой. В Wal-Mart половину ассортимента занимает private label, в Aldi его показатель равен приблизительно 90%.*

Как свидетельствуют данные консалтинговой компании Accenture, использование private label позволяет снизить цену в среднем на 15-20%.

Проблемой внутрисетевого бренда является то, что он не может составить конкуренцию крупным производителям с развитой дилерской сетью, так как распространяется только по сети магазинов самой фирмы — владельца товарного знака.

После того как товарный знак становится известным, можно вести работу в направлении расширения операций с ним и увеличения его цены.

Итак, созданные для обслуживания товарного рынка товарные знаки настолько приобрели значение и популярность в современной экономике, что образовали свой уникальный рынок с особыми правилами, участниками, моделями участия в гражданском обороте.

Тема 35. Договор коммерческой концессии

1. Предмет договора коммерческой концессии

В основе франчайзинга лежит договор коммерческой концессии, когда одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию (например, «ноу-хау»), а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т.д. (ст. 1027 ГК РФ). Предметом этого договора может быть наименование места происхождения товара, так как в этом случае

важна привязка производства товаров к определенной местности (например, «Гжель», «Палех»), где хранятся секреты **и** традиции.

Договор коммерческой концессии — консенсуальный, возмездный, двусторонне обязывающий и комплексный (т.е. содержит нормы о разных обязательствах по передаче исключительных прав, о совместной деятельности, о правах пользования объектами исключительных прав как подлежащих регистрации в Патентном ведомстве РФ (например, товарный знак), так и не подлежащих регистрации (например, коммерческое обозначение[1]).

Стороны этого договора — правообладатель и пользователь — индивидуальные предприниматели и (или) коммерческие организации. Существенным условием договора коммерческой концессии, кроме предмета, является объем использования предмета коммерческой концессии.

2. Форма договора коммерческой концессии

Несоблюдение письменной формы договора коммерческой концессии влечет его ничтожность. Договор коммерческой концессии подлежит регистрации органом юстиции по месту нахождения правообладателя или пользователя в случае, предусмотренном ст. 1028 ГК РФ. В отношении с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе на него ссылаться лишь с момента его регистрации.

Если объект договора коммерческой концессии подлежит охране в соответствии с патентным законодательством, договор, помимо регистрации в органах юстиции, должен быть зарегистрирован также в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков — Российском агентстве по патентам и товарным знакам. Несоблюдение этого требования влечет ничтожность договора. Аналогичное правило установлено ст. 13 Патентного закона РФ **и** ст. 27 Закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров».

3. Особые права по договору коммерческой концессии

Право передачи предмета концессии в субконцессию возникает у пользователя лишь в случае, если это предусмотрено договором концессии. Договор коммерческой субконцсссии следует судьбе основного договора концессии, кроме случая, предусмотренного ст. 1029 ГК РФ, согласно которой при досрочном прекращении договора субконцессии права и обязанности субконцессионера переходят к правообладателю, если он не откажется от их принятия на себя.

[1] Под коммерческим обозначением понимается незарегистрированное общеизвестное наименование предприятия (например, магазина), применяемое предпринимателем в своей деятельности.

Указанные в ст. 1032 ГК РФ права **и** обязанности пользователь осуществляет с учетом характера и особенностей деятельности, предусмотренной в договоре коммерческой концессии.

Установленный в п. 1 ст. 1033 ГК РФ перечень ограничений прав сторон договора коммерческой концессии не является исчерпывающим. Недействительность ограничительного отдельного условия может не повлечь недействительность остальной части договора коммерческой концессии, если можно предположить, что договор был бы заключен **и** без включения в него недействительного условия (ст. 180 ГК РФ).

Пользователь, надлежащим образом исполнивший свои обязанности, имеет преимущественное право на заключение договора на новый срок на тех же условиях в течение 3 лет с момента окончания срока действия первоначального договора. Если правообладатель заключил в этот срок договор концессии с другим лицом, то первоначальный пользователь вправе потребовать возмещения убытков. Требовать признания нового договора коммерческой концессии недействительным или перевода на него прав и обязанностей нового пользователя прежний пользователь не вправе.

Расторжение договора коммерческой концессии подлежит государственной регистрации. При расторжении этого договора в одностороннем порядке или по соглашению сторон он считается расторгнутым с момента государственной регистрации, а в случае расторжения в судебном порядке — с момента вступления в законную силу решения суда (ст. 452, 453 ГК РФ).

По общему правилу переход права на предмет коммерческой концессии к новому правообладателю не влечет изменения или прекращения договора. Изменение правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения, право на использование которого является предметом договора, влечет с согласия пользователя соответствующее изменение предмета договора. Однако в этом случае пользователь вправе потребовать расторжения договора и возмещения убытков.

Тема 36. Авторский договор на рынке высоких технологий

На рынке маркетинговых услуг достаточно актуальны вопросы передачи прав на программы для ЭВМ. Для этого применяется авторский договор.

Существенными условиями договора, согласно ст. 31 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», являются:

- объем и способы использования программы для ЭВМ или базы данных (конкретные права, передаваемые по договору);

- порядок выплаты **и** размер вознаграждения;
- срок действия договора;
- территория, на которую передается право.

Дополнительными условиями обычно являются: порядок поставки и сопровождения, порядок обучения персонала лицензиата, гарантии и ответственность, права сторон на последующие модификации, доступ к исходному коду, возможность переуступки договора, порядок использования программных средств третьими лицами.

Если стороны не решили вопрос о сроке, то договор может быть расторгнут автором по истечении 5 лет с даты его заключения, если пользователь письменно уведомлен об этом за 6 месяцев до расторжения договора.

Классификацию авторских договоров о передаче имущественных прав на программные средства можно провести согласно ст. 30 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах», следующим образом.

1. Авторский договор о передаче исключительных прав разрешает использование произведения определенным способом и в установленных договором пределах только лицу, которому эти права передаются.

Передача исключительных прав, в свою очередь, подразделяется на:

- **исключительную лицензию** (по договору о передаче исключительных прав лицензиат может использовать программу для ЭВМ определенным образом **и** в оговоренных пределах и запрещать подобное использование другим лицам, в том числе лицензиару);
- **полную лицензию** (передаются все права на определенный срок на всей территории действия охраняемых законом прав);

2. Авторский договор о передаче неисключительных прав разрешает пользователю использование произведения наравне с обладателем исключительных прав, передавшим такие права, пли другими лицами. Получившими такие права по договору (например, договор на выпуск в свет программы для ЭВМ, се воспроизведение, модификацию, на отдельный способ использования авторского продукта, скажем, распространение) могут ими пользоваться.

Права считаются неисключительными, если в авторском договоре не указано иное.

При продаже экземпляров программ массовым пользователям применяется особая форма авторского договора — так называемая «оберточная» лицензия, предусмотренная ст. 32 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах» и ст. 14 Закона РФ «О правовой охране

программ для электронных вычислительных машин и баз данных». Суть такой формы в том, что программное обеспечение распространяется путем продажи или передачи на определенных условиях комплекта, в который входят собственно программа и лицензионное соглашение (например, в электронном виде как текстовый файл). Факт начала использования программы означает принятие условий соглашения пользователем.

Следует отметить, что на практике авторский договор не всегда является удобной формой для вовлечения программного обеспечения в хозяйственный оборот.

В результате предприниматели пытаются совершать другие сделки, причем зачастую фиктивного характера.

Среди юридически оправданных действий можно назвать, например, предоставление пользователям доступа к объектам интеллектуальной собственности (ст. 14 Закона РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»). Как правило, договор на информационное обслуживание включает использование программ для ЭВМ и имеет некоторые особенности, связанные с указанием в предмете договора конкретной базы данных.

Но в то же время предпринимаются попытки представить передачу программных средств как продажу материального носителя, некоего комплекса имущества (например, поставка программных средств с новым компьютером), как выполнение подрядных технических работ, аренду компьютерной техники и оборудования связи. Последний пример демонстрирует наличие притворной сделки, которая определяется в ст. 170 ГК РФ как сделка, совершенная с целью прикрыть другую сделку, и относится гражданским законодательством к ничтожным сделкам.

3. Авторский договор заказа

По данному договору автор обязуется создать произведение и в соответствии с условиями договора передать его заказчику. Заказчик обязан в счет обусловленного договором вознаграждения выплатить автору аванс (ст. 33 Закона РФ «Об авторском праве и смежных правах»).

Заметим, что существует практика, когда работодатель прибегает к замене данного договора трудовым в целях снижения оплаты автору, большей его зависимости и исполнительности как работника путем перевода отношений в другое правовое поле (из гражданских в трудовые отношения).

Тема 37. Договор маркетингового подряда

1. Предмет и существенные условия договора подряда

Подрядные работы могут войти в пакет маркетингового обслуживания в случае, когда заказчику нужны материализованные результаты или внесение в них изменений.

Договор подряда — консенсуальный, возмездный, двусторонне обязывающий. Согласно ст. 702 ГК РФ **по договору подряда одна сторона (подрядчик) обязуется выполнить по заданию другой стороны (заказчика) определенную работу и сдать ее результат заказчику (по акту сдачи-приемки), а заказчик обязуется принять результат работы и оплатить его.**

Термин «работы» достаточно лаконично определен в ст. 38 НК РФ. **Работой** для целей налогообложения признается деятельность, результаты которой имеют материальное выражение и могут быть реализованы для удовлетворения потребностей организации и (или) физических лиц.

Сутью подряда являются не работы сами по себе, а достижение результата работ, что и отличает подряд от трудовых договоров (см. Трудовой кодекс РФ). Например, изготовление, переработка или обработка вещи либо иная работа, имеющая овеществленный результат.

Созданный продукт (например, упаковка товара) имеет свойства товара и может быть объектом последующей продажи.

Право собственности на изготовленную вещь принадлежит подрядчику, его обязанностью является передача изготовленной им вещи в собственность заказчика.

Заказчику принадлежит право собственности на предоставленный им материал, поэтому подрядчик обязан использовать его экономно и расчетливо, а после окончания работы представить заказчику отчет о его израсходовании и возвратить остаток. Переход права собственности на остаток материала возможен только с согласия заказчика при условии уменьшения цены работы и является, по существу, продажей этого остатка.

Риск передачи заказчиком материала с недостатками, которые не могли быть обнаружены подрядчиком при надлежащей приемке материала, ложится на заказчика как собственника материала. Однако бремя доказывания невозможности обнаружения недостатков при надлежащей приемке материала лежит на подрядчике. Если это обстоятельство не доказано подрядчиком, обязанности заказчика оплатить работу не возникает.

Подрядчик в силу ст. 714 ГК РФ несет обязанности хранителя имущества, переданного ему заказчиком в связи с исполнением договора подряда. Ответственность подрядчика за несохранность такого имущества должна наступать по правилам ст. 901, 902 ГК РФ в части, относящейся к возмездному договору хранения.

При этом работы выполняются материалами, силами и средствами подрядчика, если иное не предусмотрено договором подряда (например, на начальном этапе работ заказчик предоставляет необходимые сырье, материалы, производственные ресурсы и т.п., и это не требует оформления договора купли-продажи).

Существенными условиями договора подряда являются:

- предмет договора (основное обязательство, цель, способы и направление проведения работ);
- самостоятельное определение способа выполнения заданий подрядчиком;
- ответственность заказчика за ненадлежащее качество предоставленных им материалов, оборудования, информации (например, устаревшие сведения), за обременение правами третьих лиц;
- начальный, промежуточный и конечный сроки выполнения работ. Но право отказаться от принятия результата работы и требовать возмещения причиненных просрочкой убытков (п. 2 ст. 405 ГК РФ) возникает у заказчика лишь при несоблюдении подрядчиком конечного срока выполнения работы.

2. Цена в договоре подряда

Цена не относится к числу существенных условий договора подряда. При ее отсутствии в договоре цена определяется на основе цены, взимаемой за аналогичные работы при сравнимых обстоятельствах (ст. 424 ГК РФ). Цена в договоре подряда состоит из суммы, компенсирующей издержки подрядчика (стоимость материалов, амортизация оборудования и т.п.), **и** вознаграждения за работу подрядчика.

Если цена работы определяется путем составления сметы, то смета должна стать частью договора. В ст. 709 ГК РФ установлена презумпция твердой цены работы, которая изменению не подлежит. Приблизительность цены должна быть обусловлена договором. Приблизительную цену можно превысить в порядке, установленном в ст. 709 ГК РФ, но только при возникновении необходимости в проведении дополнительных работ, требующих дополнительных расходов.

По общему правилу обязанность уплаты цены возникает у заказчика только после окончательной сдачи ему результатов работы. Следует

обратить внимание, что досрочная сдача результатов работы допускается только с согласия заказчика.

Из общей законодательной конструкции договора подряда (ст. 702 ГК РФ) вытекает обязанность дать подрядчику задание, если таковое не сформулировано со всей определенностью в самом договоре подряда. Заказчик должен подготовить заказ, где обязан указать базовые свойства своей продукции, ее предназначение, целевую аудиторию и рыночное окружение (например, продукция найдет применение в ресторанном бизнесе).

Целью проверки хода работы является оценка заказчиком вероятности выполнения работы в предусмотренный договором срок. Если в результате проверки выявляются обстоятельства, свидетельствующие о том, что подрядчик к работам своевременно не приступил или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным, заказчик вправе отказаться от исполнения договора (независимо от наличия оснований ответственности подрядчика) и потребовать возмещения убытков (при наличии оснований ответственности подрядчика) (ст. 715 ГК РФ).

Целью проверки качества работы являются своевременное обнаружение недостатков и оценка заказчиком вероятности выполнения работы надлежащим образом с точки зрения ее качества. Если в результате проверки выявляются обстоятельства, свидетельствующие о том, что работа не будет выполнена надлежащим образом, заказчик вправе назначить подрядчику разумный срок для устранения недостатков и при неисполнении подрядчиком в назначенный срок этого требования отказаться от договора подряда (независимо от наличия оснований ответственности подрядчика) либо поручить исправление работ другому лицу за счет подрядчика, а также потребовать возмещения убытков (при наличии оснований ответственности подрядчика) (п. 3 ст. 715 ГК РФ).

Претензии по качеству результатов маркетинговых работ могут быть предъявлены исполнителю в период до подписания заказчиком акта сдачи-приемки работы. В последующем невозможность внедрения результатов маркетинговых работ в большинстве случаев не может связываться с их качеством, поскольку исполнитель не отвечает за быстро меняющуюся ситуацию на рынке и неэффективные действия заказчика.

Подрядчик может нести ответственность за отсутствие, низкое качество **и** несоответствие результата заданию, за неприменение тех методов, использование которых было оговорено сторонами в договоре.

Вместе с тем подрядчик не может нести ответственность за несоответствие результата заданию, если в этом документе содержатся общие формулировки, а также за результативность внедрения полученных

результатов **и** ее применения заказчиком, поскольку это не является его обязанностью.

В случае спора бремя доказывания невозможности использования результата работы для указанных в договоре целей без предоставления подрядчиком соответствующей информации лежит на заказчике.

Дальнейшее участие подрядчика в деятельности заказчика по реализации маркетинговых результатов возможно в качестве коммерческого представителя — промоутера товаров фирмы, доверительного управляющего имуществом заказчика, дистрибьютора, наконец, маркетинговая фирма и фирма заказчика, реализующая результаты подряда, могут образовать хозяйственное объединение консорциального или холдингового типа.

Тема 38. Договор консультационных услуг

Некоторые специалисты полагают, что если бюджет фирмы не позволяет провести планомерное маркетинговое исследование и использовать те же рекламные носители, к которым прибегают конкуренты, то коммерческого эффекта можно не достичь — рекламная кампания останется незамеченной в мощном информационном потоке, созданном конкурентами.

В таких случаях имеет смысл привлекать внимание потребителя нестандартными акциями, а это означает, что заказчику необходимо признать большую роль и значение договора консультационных услуг.

1. Услуги

Как известно, ст. 128 ГК РФ рассматривает услуги как самостоятельный объект гражданского права. Определение услуг дано в ст. 38 НКРФ.

Услугой для целей налогообложения признается деятельность, результаты которой не имеют материального выражения, реализуются и потребляются в процессе осуществления этой деятельности.

Согласно ст. 779 ГК РФ: «По договору возмездного оказания услуг исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), а заказчик обязуется оплатить эти услуги». Договор оказания возмездных услуг регулируется гл. 39 ГК РФ. Однако положения этой главы не применяются, когда оказание услуг предусмотрено иными договорами, содержащимися в гл. 37, 38, 40, 41, 45, 46, 47, 49, 51, 53 (например, подряда, НИР и ОКР, перевозки). Услуги исполнителя могут как оставлять, так и не оставлять материальный результат. Но в любом случае результату предшествует совершение действий, не имеющих материального воплощения, составляющих вместе с ним единое целое.

2. Договор консультационных услуг — консенсуальный, взаимный и возмездный. Основные услуги по договору направлены на проведение тех юридических и фактических действий, которые не преследуют цели получения материального результата, а значит, для заказчика важен сам процесс оказания услуги, который в конечном итоге даст заказчику некий коммерческий эффект.

Договоры оказания консультационных услуг по охвату действий могут содержать как непосредственно консалтинговые услуги (консультирование по экономическим, организационным, налоговым и правовым вопросам), так и инжиниринговые услуги, т.е. услуги по подготовке и техническому обеспечению процесса производства и передачи продукции.

Поскольку предмет договора является его существенным условием, то в данном случае необходимо, чтобы заказчик сформулировал письменное задание на оказание услуг.

В силу разных причин интеллектуальные услуги в российском бизнесе маловостребованы и недостаточно оцениваются в денежном выражении. Многие компании даже не имеют статьи в своих бюджетах на оплату консультаций, предполагая, что так называемые «советы» не могут стоить дорого. «Мы ничего не раздаем с такой щедростью, как советы», — говорил Ларошфуко.

Поэтому обратим внимание на правовые последствия неисполнения обязательств. В случае невозможности исполнения, возникшей по вине заказчика, услуги подлежат оплате в полном объеме, если иное не предусмотрено законом или договором. В случае же, когда невозможность исполнения возникла по обстоятельствам, за которые ни одна из сторон не отвечает, заказчик возмещает исполнителю фактически понесенные им расходы, если иное не предусмотрено законом или договором.

Статья 782 ГК РФ допускает возможность одностороннего отказа от исполнения договора. Заказчик вправе отказаться от исполнения договора при условии оплаты исполнителю фактически понесенных им расходов. Исполнитель же вправе отказаться от исполнения обязательств лишь при условии полного возмещения заказчику убытков. В соответствии со ст. 15 ГК РФ убытками являются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Как теоретический, так и практический интерес вызывает вопрос формирования цены на консультационные услуги.

При оплате консультационных услуг применяются:

почасовые ставки;

общая фиксированная цена на оказываемые услуги (с поэтапной оценкой услуг или без таковой — по конечному результату);

скользящая цена.

Диапазон цен на оказание интеллектуальных услуг значительно колеблется в зависимости от объемов консультаций, степени их сложности, сроков исполнения, количества консультантов, используемых технических средств и других инструментов консультирования. В конечном итоге цена, как правило, представляет собой результат взаимной договоренности[1].

Для использующих в практической **деятельности** договоры на оказание консультационных услуг важно подчеркнуть, что действующее законодательство разрешает относить суммы оплаты указанных услуг на себестоимость продукции, в отличие от некоторых иных видов услуг, где установлены соответствующие ограничения. Поэтому предприниматель имеет стимул для широкого привлечения интеллектуального капитала посредством использования консультационных, информационных **и** образовательных услуг для повышения эффективности деятельности организаций^.

В изъятие из общего правила ст. 3 13 ГК РФ в ст. 780 ГК РФ установлен принцип недопустимости возложения исполнителем своих обязанностей **на** третье лицо, если такое право исполнителя специально не предусмотрено договором.

В ст. 781 ГК РФ определен риск заказчика, состоящий в его обязанности возместить исполнителю фактически понесенные им расходы при случайно наступившей невозможности исполнения услуги.

Особенностью правового регулирования обязательств по оказанию услуг является следующее: в силу ст. 783 ГК РФ к договору возмездного оказания услуг могут применяться общие положения о подряде (ст. 702-739 ГК РФ), если они не противоречат положениям гл. 39 ГК РФ.

Профессиональное составление договора на оказание консультационных услуг должно предотвратить негативную для заказчика сторону медиапланирования, когда при помощи непонятных формул, терминов **и** таблиц **медиапланеры** стремятся скрыть недостатки своей деятельности **и** в то же время устанавливают высокую плату за свои услуги.

[1] Орлов А.И. Особенности договоров на оказание услуг в информационной сфере // Законодательство и экономика. 2002. № 3.

[2] Там же.

Пример влияния исследований консалтинговых компаний на рост объемов продаж поставщиков.

Консалтинговая фирма J.D. Power публикует отчеты исследований надежности автомобилей на основе отчетов об эксплуатации от владельцев автомобилей. В 2005 г. самой надежной маркой признан Lexus, что очевидно повлияет на рост его популярности[1].

Тема 39. Договор поручения

1. По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершать от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия (ст. 971 ГК РФ). Договор поручения является основанием возникновения у поверенного полномочия, в силу которого в результате совершения поверенным юридических действий соответствующие этим действиям права и обязанности возникают, изменяются или прекращаются непосредственно у доверителя.

Условия действительности указаний доверителя — их правомерность, конкретность и осуществимость. Указания доверителя, не отвечающие этим критериям, не влекут юридических последствий. Отступление от указаний доверителя без его согласия может быть обусловлено лишь интересами доверителя. Обязанность уведомления доверителя о допущенных отступлениях установлена для обычного поверенного императивно (п. 2 ст. 973 ГК РФ), а для поверенного, действующего в качестве коммерческого представителя, — диспозитивно (п. 3 ст. 973 ГК РФ).

Выдача доверенности поверенному необходима всегда, за исключением случаев, когда полномочия поверенного явствуют из обстановки, в которой он действует (п. 1 ст. 182 ГК РФ), а также коммерческого представительства, при котором поверенный может действовать на основании договора с доверителем (ст. 184 ГК РФ).

Поверенный должен лично совершить те действия, на которые он уполномочен. Он может передоверить их совершение другому лицу (заместителю), если он на это уполномочен доверителем либо вынужден к этому силой обстоятельств в интересах доверителя (ст. 187 ГК РФ).

Если заместитель поверенного поименован в договоре поручения, то его выбор определяется волей доверителя, поэтому поверенный за выбор заместителя и его действия в этом случае ответственности не несет. В ином случае личность заместителя определяется волей

[1] Прямые инвестиции. № 8. 2005.

поверенного, поэтому он отвечает за выбор заместителя и его действия. Соглашение, направленное на ограничение прав доверителя или поверенного соответственно на отмену или отказ от поручения, является ничтожной сделкой.

По общему правилу пп. 2 и 3 ст. 978 ГК РФ ни отмена поручения доверителем, **ни** отказ поверенного от исполнения поручения не являются основаниями для возмещения причиненных другой стороне убытков, за исключением прямо предусмотренных в этих пунктах случаев, в частности, когда поверенный действует в качестве коммерческого представителя.

2. Значение представительства в бизнес-отношениях

Репутация предпринимателя на рынке зависит от того, как его представляют. Репутация требует регулярной поддержки (иначе она будет формироваться независимо от предпринимателя, т.е. стихийно), и для этого представительство должно вестись целенаправленно и профессионально, как любой другой вид бизнеса. Приведем интересное предложение Джона Фэрчайлда, американского издателя книги: «Оказывайте влияние на тех, кто оказывает влияние на других».

Любопытной является передача предпринимателем представительских функций маркетинговому агентству на том или ином рынке — это приведет не только к представлению интересов, но и поддержанию репутации, регулярным маркетинговым исследованиям, установлению разносторонних контактов, эффективному продвижению товара доверителя на рынок, доведению миссии представляемого до широкой общественности, а следовательно, раскрытию новых резервов ведения бизнеса.

Предприниматель может избрать один из двух вариантов построения отношений со своими представителями, которые различаются в зависимости от правового регулирования: коммерческое представительство и трудовое представительство.

3. Коммерческое представительство — это **разновидность гражданско-правового представительства со специфическими признаками ведения предпринимательской деятельности, которое возникает как вид предпринимательского партнерства.**

Коммерческое представительство регулируется нормами гражданского права и согласно гл. 10, 49 ГК РФ имеет следующие **признаки:**

- основано на гражданско-правовых сделках: доверенность, договор поручения или агентирования;

- представитель (поверенный, агент) выступает в гражданском обороте от имени представляемого (доверителя, принципала) и за его счет;
- объем действий — юридические;
- деятельность носит регулярный характер;
- цель деятельности — получение прибыли;
- представитель (поверенный) действует за вознаграждение;
- представитель несет ответственность как предприниматель всем своим имуществом;
- юридически осложнен порядок одностороннего расторжения договора сторонами, так как сторона, по инициативе которой прекращается договор, обязана известить другую сторону не позднее чем за 30 дней (если в договоре не предусмотрен более длительный срок) и возместить убытки, причиненные односторонним расторжением договора.

4. Трудовое представительство регулируется нормами трудового права и имеет следующие **признаки:**

- представителем является работник фирмы, поэтому действия представителя основаны на трудовом договоре. Трудовым договором является соглашение между работодателем и работником, в соответствии с которым работодатель обязуется предоставить работнику работу по обусловленной трудовой функции, обеспечить условия труда, предусмотренные трудовым законодательством, своевременно и в полном объеме выплачивать работнику заработную плату, а работник обязуется лично выполнять определенную этим соглашением трудовую функцию, соблюдать действующие в организации правила внутреннего трудового распорядка (ст. 56 Трудового кодекса РФ);
- представитель выступает в гражданском обороте от имени представляемого и за его счет;
- объем действий — юридические и фактические;
- деятельность, как правило, носит регулярный характер;
- представитель действует за обусловленную трудовым договором заработную плату;
- полномочия представителя ограничены нормами трудового законодательства, трудового договора, корпоративными актами (в том числе правилами внутреннего трудового распорядка) коммерческой организации.

Тема 40. Договор комиссии

1, Коммерческое посредничество

Посреднические услуги имеют **стабильный** спрос в условиях усложнения предпринимательских отношений. Маркетинговые агентства как посредники могут от своего имени заключать договоры в интересах своих клиентов.

Коммерческое посредничество является предпринимательской деятельностью, заключающейся в оказании посредником услуг предпринимателям при осуществлении ими хозяйственной деятельности от своего имени, в интересах, иод контролем и за счет субъекта, получающего услуги посредника.

Основной риск маркетинговых посредников связан **с** неверным выбором контрагентов для своего клиента и, следовательно, низкой результативностью внедрения маркетинговых инноваций.

Например, выход ***на*** *российский рынок компании «Марс» выглядел рискованным, поначалу продукцией «Марса» торговали несколько дилеров. Они проложили дорогу, и, когда продукция «Марса» стала известной и продаваемой, компания вышла на рынок путем учреждения своих компаний в России, а дилеры остались ни с чем.*

Данные услуги можно классифицировать **по** разным критериям, основным из которых является разграничение по таким видам гражданско-правовых обязательств, как договор комиссии и агентский договор.

2. Договор комиссии

По договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента (ст. 990 ГК РФ). В отличие от поверенного в договоре поручения, комиссионер действует от своего имени, поэтому он приобретает нрава и становится обязанным по сделке, совершенной им с третьим лицом. Указание комитента не относится к числу существенных условий таких сделок.

Размеры комиссионного вознаграждения комиссионера и дополнительного вознаграждения за делькредере (когда комиссионер принял на себя ручательство за исполнение сделки третьим лицом) не являются существенными условиями договора комиссии.

Комиссионер не отвечает перед комитентом за неисполнение третьим лицом сделки, заключенной с ним за счет комитента, кроме случаев, когда комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе этого лица либо принял на себя делькредере.

По общему правилу заключение договора субкомиссии допустимо, если это прямо не запрещено договором комиссии. Ответственным перед комитентом остается основной комиссионер. Вступление комитента в непосредственные отношения с субкомиссионером по общему правилу допустимо только с согласия комиссионера.

Отступление комиссионера от указаний комитента правомерно лишь при условии необходимости такого отступления для обеспечения интересов комитента и в случае невозможности получения от него предварительного согласия на такое отступление. В случае, если в качестве комиссионера выступает субъект предпринимательской деятельности, договором может быть установлено освобождение его от необходимости получения предварительного согласия комиссионера. В иных случаях условие договора о предоставлении комиссионеру права отступать от указаний комитента без предварительного запроса ничтожно. Об исполнении поручения комиссионер обязан представить комитенту отчет и передать все полученное по договору комиссии.

Принятие комитентом отчета комиссионера является односторонней сделкой. Молчание комитента в течение установленного в ст. 999 ГК РФ 30-дневного срока или срока, указанного в договоре комиссии, признается выражением его воли на принятие отчета.

Неисполнение комитентом обязанности по освобождению комиссионера от обязательств перед третьим лицом влечет возникновение у комиссионера права требовать от комитента возмещения причиненных таким неисполнением убытков.

Вознаграждение комиссионера не включает в себя понесенные в связи с исполнением комиссионного поручения расходы, которые подлежат возмещению независимо от уплаты комиссионного вознаграждения.

Комитент вправе в любое время отказаться от исполнения договора комиссии, при этом он обязан возместить комиссионеру убытки, вызванные такой отменой.

В отличие от комитента, комиссионер по общему правилу не вправе в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора комиссии, заключенного на определенный срок, если иное не предусмотрено договором.

Итак, **основные признаки** комиссионного посредничества:

- основано на договоре комиссии (гл. 51 ГК РФ);
- посредник (комиссионер) выступает в гражданском обороте от своего имени и за счет комитента;
- объем действий в пределах одной или нескольких сделок, поэтому полномочия посредника достаточно ограничены;

- состав имущества, передаваемого в доверительное управление, т.е. любые объекты гражданских прав, имеющие денежную оценку (в том числе предприятия, ценные бумаги, исключительные права, права требования). Это имущество обособляется от имущества собственника и управляющего и отражается у доверительного управляющего на отдельном балансе, по нему ведется самостоятельный учет. Для расчетов по деятельности, связанной с доверительным управлением, открывается отдельный банковский счет;
- наименование юридического лица или имя гражданина, в интересах которого осуществляется управление имуществом (учредителя управления или выгодоприобретателя; совпадение в одном лице доверительного управляющего **и** выгодоприобретателя не допускается);
- размер и форма вознаграждения управляющему;
- срок действия договора. Законодатель не случайно установил срок, так как это позволяет отграничивать доверительное управление от передачи права собственности. Иначе не исключена ситуация, когда недобросовестные предприниматели захотят прикрыть, например, куплю-продажу доверительным управлением.

2. Специфика доверительного управления

Сделки, совершенные доверительным управляющим от своего имени в отношении третьих лиц без указания на свой статус при наличии условий, предусмотренных ст. 1012 ГК РФ, считаются совершенными им не в качестве доверительного управляющего и порождают правовые последствия только для него самого, а не для учредителя управления **и** его имущества.

Имущество, переданное в доверительное управление, представляет в обороте управляющий, действующий от своего имени, но с указанием «Д.У.». Управляющий должен осуществлять свои обязанности лично. Он несет субсидиарную ответственность по обязательствам из доверительного управления своим личным имуществом. В случае недостаточности имущества управляющего субсидиарная ответственность второй очереди устанавливается для собственника.

Право на возмещение необходимых расходов осуществляется независимо от наличия такого условия в договоре. Однако размер как вознаграждения, так и возмещения необходимых расходов ограничен размером полученных от использования имущества доходов. В этом проявляется особенность повышенного риска управляющего.

В силу ст. 1016 ГК РФ молчание сторон по окончании срока действия договора доверительного управления имуществом признается выражением их воли продлить договор на тот же срок на прежних условиях.

Передача заложенного имущества в доверительное управление не прекращает договор залога и не влияет на объем прав залогодержателя.

Распоряжаться переданным в доверительное управление имуществом доверительный управляющий вправе лишь в случаях и пределах, предусмотренных договором. Доверительный управляющий является титульным владельцем переданного в доверительное управление индивидуально-определенного имущества и вправе защищать свои права на него всеми вещно-правовыми способами, предусмотренными законом (ст. 301, 304 ГК РФ).

Доверительный управляющий обязан осуществлять доверительное управление лично. Изъятие из этого правила установлено ст. 1021 ГК РФ (например, вынужден к этому в силу обстоятельств для обеспечения интересов учредителя или выгодоприобретателя), однако и в этом случае доверительный управляющий отвечает за действия избранного им поверенного как за свои собственные. Если выбор поверенного заранее сделан учредителем управления в договоре или определен указанием учредителя управления, доверительный управляющий не несет ответственности за действия такого поверенного.

Доверительный управляющий несет ответственность перед выгодоприобретателем в размере упущенной выгоды, а перед учредителем управления — в полном объеме причиненных убытков. Наличие причинной связи возникновения убытков с обстоятельствами непреодолимой силы либо действиями выгодоприобретателя или учредителя управления освобождает доверительного управляющего от ответственности. Бремя доказывания наличия таких оснований освобождения от ответственности лежит на доверительном управляющем. Риск превышения доверительным управляющим своих полномочий в сделках с лицами, которые не знали и не должны были знать о факте превышения полномочий, несет учредитель управления, который вправе потребовать от доверительного управляющего возмещения причиненных убытков. Установленный в ст. 1022 ГК РФ порядок определения имущества, на которое обращается взыскание по обязательствам, возникшим в связи с доверительным управлением, не может быть изменен договором доверительного управления имуществом.

Односторонний отказ доверительного управляющего от осуществления доверительного управления имуществом может быть обусловлен только создавшейся по не зависящим от него обстоятельствам невозможностью осуществлять такое управление лично. Отказ учредителя

управления от осуществления доверительного управления в связи с невозможностью для доверительного управляющего лично осуществлять такое управление влечет утрату доверительным управляющим права на предусмотренное договором вознаграждение, если эта невозможность не обусловлена действиями учредителя управления или выгодоприобретателя.

Тема 43. Комплексный (смешанный) договор маркетинга

Применение комплексного (смешанного) договора продиктовано целями оказания различных видов услуг предпринимательским структурам (так называемых бизнес-услуг) на регулярной основе.

Перед маркетинговой фирмой-исполнителем заказчики нередко ставят одновременно множество различных по объему и содержанию задач: научно-прикладные (в том числе маркетинговые) исследования, разработка инноваций, консультирование, подготовка бизнес-проектов, информационное обеспечение и образовательные услуги и т.д.

Стороны составляют комплексный договор и руководствуются при этом общими нормами гражданского законодательства и нормами, регулирующими сходные правоотношения. Правовой анализ показывает, что на практике в содержание комплексного договора маркетинга, как правило, включаются элементы разных видов предпринимательских обязательств (гл. 37-39, 49, 52 ГК РФ), что соответствует положениям гражданского законодательства о свободе договора. Но в случае когда отношения исполнителя и заказчика выходят на новый уровень реализации, то ряд обязательств оформляется отдельно в силу их особенности и высокой ответственности исполнителя (например, договор доверительного управления имуществом).

Более того, маркетинговые исследования приносят больший эффект, если проводятся как составная часть объемного пакета «бизнес-услуг», которые включают в себя следующее:

формирование информационных потоков;

маркетинговые исследования;

экспериментальные разработки;

составление медиа-плана;

консультирование заказчика;

организация PR (связи со СМИ, организация рекламных кампаний, выставок, презентаций, конференций);

создание партнерских связей;

планирование продаж;

образование дистрибьюторской и дилерской сетей по регионам;

услуги, способствующие реализации товара.

Как считают консультанты маркетингового агентства «Качалов и партнеры», для завоевания ниши рынка, кроме хорошего продукта, нужно правильно этот продукт назвать, подобрать к нему адекватную упаковку, поставить верную цену, создать систему дистрибуции, обучить продавцов работать с товаром, провести хорошую рекламную кампанию и разработать систему паблисити. Тогда товар действительно поможет компании стать лидером рынка[1].

Пример, когда новая маркетинговая политика фирмы ориентирована на получение комплекса услуг от специалистов по маркетингу.

В 2003 г. на пресс-конференции в ресторане «Сетебелло» фирма Matsushita Electric объявила о своей новой маркетинговой политике в продвижении бренда Panasonic, которая призвана обеспечить ей лидерство на мировом рынке цифровой электроники. Были представлены новые продукты, объединенные слоганом компании Ideas For Life, которые характеризуются технологическими и дизайнерскими отличиями от существующих моделей конкурентов.

Основной принцип новой маркетинговой стратегии — одновременный выход новых товаров на рынки всех регионов мира, что должно обеспечить быстрый и значительный рост продаж.

Комплексный заказ в данной области нередко предотвращает ошибки, возникающие у заказчика, потребляющего «бизнес-услуги» разных фирм.

Поскольку пакет «бизнес-услуг» предполагает в отношениях между предпринимателями использование комплекса обязательств из различных гражданско-правовых договоров, то возникают сложности их правового оформления.

Например, для составления медиаплана нужно определить, каковы перспективы продвигаемой марки на рынке, на какой стадии развития находится бренд, в частности, как соотносятся знание марки и ее потребление. Например, если знание марки среднее, а потребляют ее неплохо, значит, продукт всех устраивает. Задача маркетингового агентства — связать продукт с маркой в сознании потребителей, под эту цель и будут подбираться способы маркетинговых мероприятий.

Правовая конструкция комплексного договора по сравнению с подрядом и с договором на проведение НИР позволяет шире использовать возможности маркетинговых фирм при выполнении ими своих обязательств (так как представление отчета либо отсутствует, либо является промежуточным этапом), скажем, включить в него более широкий перечень юридических и фактических действий.

[1] Компания. № 279. 2003.

Например, заказ связан с выпуском инноваций на рынок, что включает предварительное исследование, зондирование рынка, адаптацию данного изделия для различных рынков сбыта, анализ положения фирмы на рынке и конкурентной среды, консультирование и обучение клиента. В результате данной сделки заказчик должен получить результаты исследований в виде отчетов, консультационные услуги, информационные ресурсы.

СПИСОК
РЕКОМЕНДУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ
Нормативные правовые акты

1. Гражданский кодекс РФ
   часть первая от 30 ноября 1994 г.
   часть вторая от 26 января 1996 г.

2. Кодекс РФ об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г.

3. Конституция РФ от 12 декабря 1993 г.

4. Налоговый кодекс РФ, часть первая от 31 июля 1998 г.

5. Трудовой кодекс РФ от 30 декабря 2001 г.

6. Уголовный кодекс РФ от 13 июня 1996 г.

7. Закон РСФСР от 22 марта 1991 г. № 948-1 «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках»

8. Закон РФ от 27 декабря 1991 г. № 2124-1 «О средствах массовой информации»

9. Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523-1 «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных»

10. Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1

11. Закон РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520-1 «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»

12. Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах»

13. Федеральный закон от 14 июня 1994 г. № 5-ФЗ «О порядке опубликования и вступления в силу федеральных конституционных законов, федеральных законов, актов палат Федерального собрания»

14. Федеральный закон от 29 декабря 1994 г. № 77-ФЗ «Об обязательном экземпляре документов»

15. Федеральный закон от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»

16. Федеральный закон от 26 декабря 1995г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»

17. Закон РФ «О защите прав потребителей» в ред. Федерального закона от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ

18. Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике»

19. Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14 -ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»

20. Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»

21. Федеральный закон от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ «Об электронной цифровой подписи»

22. Федеральный закон от 29 июля 2004 г. № 98-ФЗ «О коммерческой тайне»

Основная литература

1. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ часть первая / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юридическая фирма «Контракт», 2004

2. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ часть вторая / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юридическая фирма «Контракт», 2006

3. Комментарий к Трудовому кодексу РФ / Под ред. Ю.П. Орловского. М.: Юридическая фирма «Контракт», 2005

4. Постатейный комментарий к Уголовному кодексу РФ / Под ред. А.И. Чучаева. М.: Юридическая фирма «Контракт», 2004

5. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. М.: Статут, 2004

6. Гражданское право: Учебник. В 3-х ч. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М: ПРОСПЕКТ, 2003

7. Гражданское право России. Обязательственное право: Курс лекций / Под ред. О.Н. Садикова. М.: Юристъ, 2004

8. Охрана интеллектуальной собственности в России. Сборник законов и международных договоров, правил Роспатента с комментариями. М.: Юридическая фирма «Контракт», 2005

9. Титкова Л.М. Рекламная деятельность: Учебник. М.: Дизайн ПРО, 2005

10. Толкачев А.Н. Коммерческое право: Учебное пособие. М.: Перспектива, 2005

Дополнительная литература

1. Минков А. Авторское право в рекламе // Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права. М., 2002. № 9

2. Орлов А.И. Особенности договоров на оказание услуг в информационной сфере //Законодательство и экономика. 2002. № 3

3. Пугинский Б.И. Коммерческое право России. М., 2002

4. Пузыревский С.А., Белоусова Е.Г. и др. Правовое регулирование рекламной деятельности: Комментарии и законодательство. М.: Спарк, 2001

5. Рогожин М.Ю. Теория и практика рекламной деятельности: Учебное пособие. М.: Издательство РДЛ, 2002

6. Сергеев А.П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. М.: ПРОСПЕКТ, 2005

7. Эрделевский А.М. Комментарий к актам высших судебных органов Российской Федерации. М.: Новая правовая культура, 2002

Толкачев Андрей Николаевич

Правовое регулирование маркетинговой деятельности

Учебное пособие

Под редакцией члена Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде РФ профессора В.Б. Ляндреса

Оригинал-макет подготовлен Юридической фирмой "КОНТРАКТ»

ЛР № 070959 от 20 мая 1998 г.
Л Р № 070824 от 21 января 1993 г.

Сдано в набор 07.04.2006. Подписано в печать 05.07.2006.
Формат 60x88/16. Бумага офсетная. Гарнитура Times.
Усл. псч. л. 9,8. Уч.-изд. л. 9,94.
Тираж 100 000 экз. (1 — 3000 экз.). Заказ № 3840.

Юридическая фирма «КОНТРАКТ»
115184. Москва. В. Ордынка, д. 61/46, стр. 2
Тел./факс (495) 737-73-47, 238-17-44

Издательский Дом «ИНФРА-М»
127282. Москва, ул. Полярная, д. 31 и
Тел.: (495) 380-05-40, 380-05-43. Факс: (495) 363-92-12
E-mail: books@infra-m.ru
http://wwvv.infra-m.ni

Отдел «Книга - почтой»:
(495) 363-42-60 (лоб. 246. 247)

Отпечатано с готовых диапозитивов
и ОАО "Тульская типография".
300600, г. Тула, пр. Ленина,109.