

## ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ ПО РОССИЙСКОМУ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ

© 2012 А.В. Шахов

Московская академия экономики и права

E-mail: tonius@rambler.ru

Анализируется вопрос об особенностях правовой природы договора коммерческой концессии согласно действующему гражданскому законодательству РФ. Разъясняются терминология, специфика предмета и объекта обозначенного договора; соотношение договора коммерческой концессии с иными гражданско-правовыми договорами.

*Ключевые слова:* договор, концессия, законодательство, форма, специфика.

Впервые договор коммерческой концессии как аналог зарубежного понятия “франчайзинг” появился в отечественном законодательстве с принятием части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (далее - ГК РФ). До этого ни теория, ни законодательная практика не знали договора коммерческой концессии в современном его толковании.

Вместе с тем ввиду отсутствия в современном гражданском законодательстве четкого понятия “коммерческая концессия” иногда в юридической литературе применительно к договору коммерческой концессии используются различные не вполне корректные трактовки и термины, например, такие словосочетания, как “концессионный договор”, “предоставление прав по концессии”<sup>1</sup>, что приводит к терминологической путанице и требует четкого отграничения смежных понятий.

Как верно уточняет Н.В. Месяжная, термин “концессия” в общепринятом понимании рассматривается как акт государства, регламентирующей деятельность лица, которому предоставляется концессия. Отличительной чертой концессионного договора является то, что стороной в правоотношениях всегда выступает государство, а разрешение на осуществление деятельности связано с монопольным правом государства на объект своей деятельности либо на занятие деятельностью, являющейся его прерогативой. Концессионный договор широко применялся в 1920-е гг. в СССР<sup>2</sup>.

В настоящее время в соответствии с Федеральным законом “О концессионных соглашениях”<sup>3</sup> регулируются отношения, возникающие в связи с подготовкой, заключением, исполнением и прекращением концессионных соглашений, устанавливаются гарантии прав и законных интересов сторон концессионного соглашения.

В п.1 ст. 3 Федерального закона “О концессионных соглашениях” дается определение данного вида соглашения: “По концессионному соглашению одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать и (или) реконструировать определенное этим соглашением недвижимое имущество (далее - объект концессионного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать другой стороне (концеденту), осуществлять деятельность с использованием (эксплуатацией) объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный этим соглашением, права владения и пользования объектом концессионного соглашения для осуществления указанной деятельности”.

С.А. Сосна поясняет, что “главная особенность концессионного соглашения состоит в том, что объекты договорных отношений (имущество, отдельные виды деятельности) находятся в безраздельном, монопольном обладании только одной из сторон соглашения, а именно государства или иного публично-правового образования. Другая сторона соглашения - это всегда частное лицо, принимающее на себя определенные обязательства в обмен на предоставляемые ему права. Вот почему в отличие, например, от обычного гражданско-правового договора, по которому стороны просто обмениваются правами и обязанностями, концессионное соглашение, по представлениям правовой теории, изначально выступает, скорее, как акт наделения (дарения, пожалования, уступки) со стороны государства правами, которые недоступны или ограниченно доступны в гражданском обороте”<sup>4</sup>.

Как видно из сказанного, концессионный договор и договор коммерческой концессии различ-

ны по своей юридической природе, так как в первом случае в качестве стороны выступает государство, во втором случае - сторонами всегда являются предприниматели - как физические, так и юридические лица. Поэтому речь не может идти об отождествлении концессионного соглашения, имеющего публичный характер, с гражданско-правовым договором коммерческой концессии, имеющим частноправовой характер.

Кроме того, следует подчеркнуть, что понятие "договор коммерческой концессии" в российском законодательстве лексически совпадает с аналогичным договором в зарубежном праве - "contrat de concession commerciale". Однако содержание указанного договора и порождаемого им правоотношения существенно шире, чем у договора коммерческой концессии по зарубежному праву, поскольку, по сути, это совсем другой договор - договор франчайзинга<sup>5</sup>.

На то, что определение договора коммерческой концессии, сформулированное в ст. 1027 ГК РФ, охватывает более широкий спектр договорных отношений, чем институт коммерческой концессии в его традиционном западном понимании, обращается внимание и в других юридических источниках<sup>6</sup>.

Так, если по договору коммерческой концессии согласно зарубежной трактовке передается право на использование фирменного наименования и (или) товарного знака в сфере торговли для перепродажи товара, то по договору франчайзинга использование чужого фирменного наименования и тому подобного возможно также в сфере производства аналогичного товара. При этом под товаром в широком смысле здесь понимаются наряду с продукцией в форме вещей также работы и услуги<sup>7</sup>.

Исходя из сказанного, можно прийти к заключению о том, что отечественная трактовка коммерческой концессии шире, чем зарубежная. Поэтому вряд ли следует согласиться с высказыванием Е.А. Козиной о том, что "правоотношение коммерческой концессии - урегулированное нормами гражданского права общественное отношение между субъектами предпринимательской деятельности (продавцом и покупателем-концессионером) по поводу возмездной передачи продавцом покупателю-концессионеру на договорной основе вещи (товара) с предоставлением покупателю-концессионеру исключительного права продажи товара на согласованной с продав-

цом территории с использованием товарного знака продавца или без такового"<sup>8</sup>.

Думается, что указанная трактовка соответствует более узкой - зарубежной трактовке искомого понятия, не включая в область правоотношения по коммерческой концессии - производство товаров пользователем на основе предоставляемого ему обладателем комплекса исключительных прав.

Если обратиться к исследованию юридических аспектов коммерческой концессии, то следует отметить, что правовое регулирование данной договорной формы в современном российском законодательстве осуществляется гл. 54 ГК РФ, содержащей 14 статей (ст. 1027-1040), в рамках которых определяются: понятие и форма договора коммерческой концессии; права, обязанности и ответственность сторон; особенности заключения, изменения и прекращения данного договора и некоторые другие положения.

Согласно п. 1 ст. 1027 ГК РФ по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающий право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау).

Следует напомнить, что до конца 2006 г. (а фактически до 1 января 2008 г.) по договору коммерческой концессии правообладатель мог предоставлять пользователю комплекс исключительных прав, включающий, в числе прочего, и право на фирменное наименование правообладателя. Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ<sup>9</sup> в гл. 54 ГК РФ были внесены изменения, приведшие, по выражению Е.Н. Васильевой, "к существенному изменению концепции франчайзинга в России"<sup>10</sup>. И одно из важных изменений концепции франчайзинговых отношений было связано именно с исключением возможности распоряжения фирменным наименованием путем передачи его в пользование (п. 2 ст. 1474 ГК РФ).

Ранее право на фирменное наименование признавалось базовым в комплексе исключительных прав, основным признаком, характеризующим договор коммерческой концессии, ибо прекраще-

ние у правообладателя права на фирменное наименование без замены его правом на новое фирменное наименование являлось абсолютным основанием для прекращения договора. Несмотря на то, что включение исключительных прав на фирменное наименование в комплекс, формирующий предмет договора, иногда подвергалось научной критике, зарубежная практика признает возможность включения этого вида интеллектуальной собственности в договор франчайзинга. Теперь в качестве основного признака договора коммерческой концессии признается исключительное право на товарный знак (знак обслуживания), хотя на юридическую судьбу договора также влияет юридическая судьба коммерческого обозначения, исключительные права на которое теперь входят в предмет договора факультативно<sup>11</sup>.

Вместе с тем, как поясняется в Постановлении ФАС Московского округа от 1 декабря 2008 г. № КА-А40/11159-08<sup>12</sup>, возможность законной передачи фирменного наименования (в том числе и по договору концессии) законодатель оставил. Это закреплено в ст. 1476 ГК РФ, согласно которой фирменное наименование или отдельные его элементы могут использоваться правообладателем в составе принадлежащего ему коммерческого обозначения, в товарном знаке и знаке обслуживания. При этом фирменное наименование охраняется независимо от охраны коммерческого обозначения, товарного знака или знака обслуживания.

Коммерческое обозначение как вид интеллектуальной собственности, законодательное определение этого объекта гражданских прав, признание прав на него в качестве исключительных впервые нашли свое выражение в четвертой части ГК РФ. В отличие от фирменного наименования - средства индивидуализации коммерческой организации (субъекта гражданских прав), коммерческое обозначение - это средство индивидуализации промышленного, торгового или иного предприятия как имущественного комплекса (объекта гражданских прав), принадлежащего лицу, осуществляющему предпринимательскую деятельность<sup>13</sup>.

Из текста ст. 1027 ГК РФ, в которой дается определение договора коммерческой концессии, можно выделить такие юридические параметры данного договора, как его возмездный, взаимный и консенсуальный характер. Указанный договор

может быть срочным или бессрочным. Данные признаки составляют, наряду с иными, особенности правовой природы исследуемого договора.

Однако главным отличительным признаком правовой специфики того или иного гражданско-правового договора (в том числе и договора коммерческой концессии) является определение его объекта и предмета.

Под объектом правоотношений коммерческой концессии следует понимать совокупность прав, которая персонифицирует франчайзинг в качестве правоотношения. Сложный характер данного правоотношения свидетельствует о комплексности договора франчайзинга. Комплексный характер объекта правоотношений коммерческой концессии проявляется в следующих признаках: множественности элементов; неделимости сложного объекта; единства целевого назначения элементов, составляющих объект правоотношений коммерческой концессии (франчайзинговых правоотношений). Комплексность объекта проявляется в комплексности предмета, т.е. в поведении субъектов договора коммерческой концессии (франчайзинга) и действий, которые составляют содержание различных прав, входящих в объект франчайзинговых правоотношений<sup>14</sup>.

Как отмечают М.И. Брагинский и В.В. Витрянский, объекты договора коммерческой концессии в зависимости от правового значения делят на две категории: обязательные и факультативные<sup>15</sup>.

Если исходить из анализа содержания ст. 1027 ГК РФ, то к числу обязательных объектов (без передачи которых договор не может считаться заключенным) по договору коммерческой концессии ныне относятся: комплекс исключительных прав, включающих право на товарный знак, знак обслуживания.

К факультативным объектам договора, при непредоставлении которых договор будет считаться заключенным, относятся права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау) (п. 1 ст. 1027 ГК РФ предусматривает примерный открытый перечень таких исключительных прав).

В отличие от объекта, предметом рассматриваемого договора являются *действия* правообладателя по предоставлению пользователю за вознаграждение на срок или без указания срока в пределах срока основного договора права исполь-

зовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на товарный знак, знак обслуживания, а также права на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (ноу-хау), а кроме того, может предусматриваться постоянное техническое и консультативное содействие пользователю. Пункт 2 ст. 1027 ГК РФ дополняет предмет договора возможностью использования деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя.

Поскольку предметом этого договора является передача не отдельного исключительного права, в частности права на использование изобретения, полезной модели, товарного знака и т.п., а комплекса таких прав, отмеченное обстоятельство позволяет отграничить договор коммерческой концессии от иных смежных гражданско-правовых договоров, предусматривающих, к примеру, передачу права на использование отдельных объектов интеллектуальной собственности (лицензионный договор).

Именно сложность предмета и характера правоотношений, порождаемых договором коммерческой концессии, определяет необходимость четкого отграничения исследуемого договора от иных схожих договоров.

В науке гражданского права обращается внимание на схожесть отношений коммерческой концессии с арендными, агентскими, комиссионными обязательствами, а также с обязательствами из договоров простого товарищества, доверительного управления. Вместе с тем различие между данными договорными формами обязательств очевидно при сопоставлении таких параметров, как предмет, цель, субъекты и др.

Однако наибольшая близость прослеживается между искомым договором и лицензионным договором, по которому одна сторона (лицензиар) обязана предоставить другой стороне (лицензиату) для использования за установленную в договоре компенсацию принадлежащие ей права на результаты интеллектуальной деятельности, обеспечив возможность их практического применения. Указанное обстоятельство дает некоторым ученым повод для признания того, что признаки договора, закрепленные в гл. 54 ГК РФ, полностью соответствуют понятию лицензионного договора<sup>16</sup>.

В настоящее время на основании упоминавшегося ранее ФЗ № 231-ФЗ от 2006 г. в ст. 1027 ГК РФ был добавлен п. 4, согласно которому к договору коммерческой концессии соответственно применяются правила четвертой части ГК РФ о лицензионных договорах, если это не противоречит положениям гл. 54 “Коммерческая концессия” или существу данного договора.

Означает ли данное законодательное положение, что договор коммерческой концессии теперь легально относится к разновидности лицензионного договора?

На наш взгляд, обозначенное положение п. 4 ст. 1027 ГК РФ следует рассматривать лишь как определенный прием юридической техники, связанный с использованием отсылочного метода в целях унификации законодательства и облегчения правоприменительной практики при одновременном использовании двух сопутствующих и дополняющих друг друга договоров (коммерческой концессии и лицензионного). При этом нельзя отрицать, что договор коммерческой концессии тесно и неразрывно связан с лицензионным договором, но его следует рассматривать не как разновидность лицензионного договора, а как родственный договор, имеющий вместе с тем самостоятельную природу и занимающий собственное место в системе гражданско-правовых договоров. Родственные взаимосвязи указанных договоров юридически могли бы быть закреплены видоизменением структуры ГК РФ с перегруппировкой некоторых договорных обязательств и, в частности, отнесением договора коммерческой концессии к группе договоров о передаче исключительных прав. Сказанное определяет необходимость и целесообразность дальнейшего совершенствования законодательства, регулирующего отношения коммерческой концессии (франчайзинга) в Российской Федерации.

В целом, подводя итоги по поставленной в рамках данного исследования проблеме, можно заключить следующее. Специфика договора коммерческой концессии связана как с его юридическими параметрами (возмездность, консенсуальность, взаимность, срочность или бессрочность), вытекающими из законодательной трактовки данного договора, так и с отличительными свойствами его предмета и объекта (комплексность исключительных прав, передаваемых по договору), что позволяет определить самостоятельный характер и место данного догово-

ра в системе иных гражданско-правовых договоров (агентского, комиссии, поручения, аренды, доверительного управления, лицензионного и др.). Последнее означает, что договор коммерческой концессии не относится к смешанным видам договоров (хотя обязательственные отношения, порождаемые им, и носят комплексный характер) и исключает субсидиарное применение к отношениям франчайзинга правовых норм об иных видах договоров (за исключением лицензионного).

<sup>1</sup> См.: Комментарий части второй Гражданского кодекса РФ для предпринимателей. М., 1996. С. 248; *Серегин В.П.* Иностранные инвестиции в России на пороге XXI века. М., 2000. С. 69-72.

<sup>2</sup> *Месяшина Н.В.* Правовые вопросы становления франчайзинга в России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 10.

<sup>3</sup> О концессионных соглашениях : федер. закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126.

<sup>4</sup> *Сосна С.А.* Концессионные соглашения. Теория и практика. М., 2002. С. 27-28.

<sup>5</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / под ред. Т.Е. Абовой, А.Ю. Кабалкина. М., 2004. С. 859.

<sup>6</sup> См.: Гражданское право. Обязательственное право : учебник. Ч. 2 / под ред. В.В. Залесского. М., 1998. С. 578; Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части второй (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова. М., 1997. С. 814; *Орлова О.А.* Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2003. С. 16-17; Эксперт-

ное заключение на проект Федерального закона "О внесении изменений и дополнений в главу 54 ГК РФ" от 2 июня 2000 г. URL: [http://privlaw.hl.ru/zakl\\_33-html.htm](http://privlaw.hl.ru/zakl_33-html.htm).

<sup>7</sup> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный).

<sup>8</sup> *Козина Е.А.* Гражданско-правовое регулирование предоставления комплекса исключительных прав по договору франчайзинга : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 9.

<sup>9</sup> О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации : федер. закон от 18 дек. 2006 г. № 231-ФЗ // Собр. законодательства Рос. Федерации. 2006. № 52. Ст. 5497.

<sup>10</sup> *Васильева Е.Н.* Новое в правовом регулировании франчайзинга : (тез. сообщения). URL: [http://www.fpsr.ru/tesis\\_res\\_2007.html](http://www.fpsr.ru/tesis_res_2007.html).

<sup>11</sup> Там же.

<sup>12</sup> Постановление ФАС Московского округа от 1 декабря 2008 г. № КА-А40/11159-08. URL: <http://www.lizcom.ru/franchaizing-sudpractika/337-franchaisudpractica-12-2008-01.html>.

<sup>13</sup> *Васильева Е.Н.* Указ. соч.

<sup>14</sup> *Багдасарян А.Ф.* Гражданско-правовые проблемы заключения договора коммерческой концессии (франчайзинга) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008. С. 11.

<sup>15</sup> *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. третья: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2004. С. 990.

<sup>16</sup> См.: Гражданское право. Обязательственное право; *Дозорцев В.А.* Исключительные права и их развитие. Вступительная статья // Права на результаты интеллектуальной деятельности. М., 1994. С. 44; *Шмиттгофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 139.

Поступила в редакцию 06.04.2012 г.