

ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

УДК 347.45/.47

КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ: ВОПРОСЫ ПОНЯТИЙНОГО АППАРАТА Commercial Concession: Issues of Conceptual Apparatus

Е. В. Соломонов – доцент кафедры гражданского права Омского государственного университета им. Ф. М. Достоевского, кандидат юридических наук, доцент;

А. А. Юрицин – магистрант Омского государственного университета им. Ф. М. Достоевского

E. V. Solomonov – Associate-Professor of Civil Law Department of Omsk F. M. Dostoevsky State University, Candidate of Legal Sciences, Associate-Professor;

A. A. Yuritsin – Master's degree student of Omsk F. M. Dostoevsky State University



***Аннотация.** В статье рассматриваются теоретические вопросы соотношения понятий, используемых для обозначения договора коммерческой концессии, а также связанные с ними вопросы, порождаемые правоприменительной практикой и теорией гражданского права.*

The article discusses the theoretical issues of correlation of terms used to refer to the agreement of commercial concession, as well as related issues arising from legal practice and theory of civil law.

***Ключевые слова:** коммерческая концессия, франчайзинг, франшиза.
Commercial concession, franchising, franchise.*

С момента закрепления в отечественном законодательстве норм о договоре коммерческой концессии в теории и практике зачастую встречаются различные подходы к пониманию таких терминов, как «коммерческая концессия», «франчайзинг», «франшиза». В связи с этим представляется необходимым уточнить содержание спорных понятий.

Действительно, проблема появилась в силу отсутствия регулирования данных отношений в России до середины 90-х гг. XX в. и активного заимствования законодателем иностранных слов. При введении запросов о понятиях «коммерческая концессия» или «франчайзинг»

в справочные правовые системы они выдают тождественные данные. Это же подтверждается и авторами многих монографических исследований и комментариев законодательства [4, с. 207; 8, с. 524]. Вероятно, точка зрения, основанная на тождестве данных категорий, возникла из идентичности переводов иностранных слов. Однако многовековой опыт развития предпринимательских отношений за рубежом может свидетельствовать о том, что подобные споры являются небезосновательными.

Для начала необходимо разобраться со значением понятия «франчайзинг». Так, по мнению Р. Б. Каца, франчайзинг представляет со-

бой продолжительное взаимовыгодное деловое сотрудничество, в ходе которого крупная компания представляет небольшой фирме франшизу на производство, продажу товаров, оказание услуг на определенной территории под торговой маркой крупной фирмы [6, с. 3]. Как видно из смысла определения, под франшизой понимается комплекс исключительных прав.

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский понимают под франчайзингом группу договорных отношений, одним из основных условий которых является передача предпринимателем совокупности исключительных и иных прав для коммерческого использования [2, с. 930], при этом они отождествляют его с понятием франшизы.

М. Н. Каткова под франчайзингом понимает способ организации и осуществления предпринимательской деятельности, основанный на договоре франчайзинга и иных сопутствующих договорах между предпринимателями по использованию исключительных и иных прав в различных сферах предпринимательской деятельности [5]. Очевидно, что здесь имеется логическая ошибка: автор пытается истолковать понятие через само себя, а договор подменяется несколькими сделками. Заметим, что судебная практика не признает подобные конструкции единым договором [13, 14].

С. В. Климова, характеризуя франчайзинговые отношения, делает акцент на передаче лицензии (франшизы, очевидно, отождествляя их) на производство продукции, продажу товаров, оказание услуг под товарной маркой правообладателя на ограниченной территории в пределах установленного срока [7]. В данном понимании франчайзинговые отношения выступают в зауженном виде, делается упор на лицензионную основу данных отношений. Однако, как отмечает В. В. Панюкова, договор коммерческой концессии (франчайзинговые отношения в понимании отечественного законодателя), по сути, сводят к лицензионному договору. Между тем его сущность предполагает не только передачу права пользования исключительных прав, но и опыта, репутации своим контрагентам [16].

Отождествляет франчайзинг и коммерческую концессию и Е. А. Суханов. По его мнению, это возмездное приобретение пользователем у известного предпринимателя с хорошей деловой репутацией права на использование принадлежащих ему средств индивидуализации товаров (работ, услуг), секретов производства и оказа-

ние консультативной, организационной помощи [18, с. 623]. Однако в данном определении наличествует лишь перечисление объектов правоотношений.

Для целей отграничения франчайзинга от иных понятий представляется необходимым проанализировать его признаки. По мнению А. С. Райникова, франчайзинг обладает следующими базовыми признаками: во-первых, это договор, т. е. форма, закрепляющая сложившиеся отношения; во-вторых, это срочная передача комплекса исключительных прав для осуществления предпринимательской деятельности; в-третьих, направленность воли правообладателя на расширение рынков сбыта товаров, работ и услуг посредством замещения правообладателя своим контрагентом в отношениях с третьими лицами [17, с. 3]. О. Е. Кутин называет способ, модель организации бизнеса в качестве признака [9]. М. И. Брагинский и В. В. Витрянский применительно к отечественному законодательству отмечают, во-первых, предпринимательский статус субъектов отношений; во-вторых, объект отношений – комплекс исключительных прав, а также тесные отношения субъектов в процессе осуществления бизнеса; в-третьих, передачу лишь права пользования объектом отношений; в-четвертых, полную юридическую самостоятельность пользователя [2, с. 934].

Таким образом, франчайзинг можно рассматривать с двух точек зрения: 1) с экономической он представляет собой способ организации и распространения бизнеса, возникающий на основе взаимоотношений зарекомендовавшей себя фирмы и начинающего коммерсанта в связи с передачей последнему комплекса исключительных прав и исполнением им методологических указаний фирмы; 2) с юридической точки зрения франчайзинг можно воспринимать как систему договорных отношений, возникающих по поводу и в процессе возмездного использования комплекса исключительных прав, и иных указаний правообладателя. На основе приведенных определений можно выявить различия между понятиями «франчайзинг», «коммерческая концессия», «франшиза». Представляется, что, используя классификацию франчайзинга по основанию периода возникновения и форм развития отношений [1, с. 20–33], можно ответить на поставленный вопрос о соотношении данных понятий.

Исторически первый вид франчайзинга – товарный. Он возникает в случае предоставления правообладателем исключительных прав по распространению его продукции на определенной территории. Подобная модель договорных отношений закреплена и в Гражданском кодексе Российской Федерации (далее – ГК РФ), ст. 1033 которого предполагает возможность ограничения прав пользователя по осуществлению деятельности исключительно на указанной территории.

Франчайзинг бизнес-формат предполагает не только осуществление дилерских услуг, но и полное копирование системы ведения бизнеса, включая рекламную политику, руководство персоналом. Представляется, что именно к данному виду франчайзинга тяготеет ГК РФ. Например, ст. 1032 закрепляет следующие обязанности пользователя: использование указанным в договоре способом средства индивидуализации; обеспечение соответствующего качества товаров и услуг; соблюдение указаний правообладателя (в т. ч. оформление помещений), а ст. 1031 обязывает правообладателя оказывать пользователю консультативное и техническое содействие. Несмотря на наличие подобных корреспондирующих обязательств между сторонами договора, ГК РФ не закрепил положений, касающихся тесных взаимоотношений между контрагентами в самой дефиниции договора, что свидетельствует о низкой степени понимания сущности и многообразия франчайзинговых отношений отечественным законодателем. Тем самым в дефиниции рассматриваемого договора не отражена вся полнота моделей построения отношений.

Конверсионный франчайзинг предполагает создание из нескольких самостоятельных предприятий единой сети, объединенной общим именем, политикой, производством и руководством. Это своего рода холдинг. Подобная ассоциация обычно происходит путем присоединения самостоятельного предприятия (аналогичного или смежного профиля) к более известному предприятию, имеющему франшизную систему [20, с. 12]. При этом предполагается, что франчайзи уже имеет опыт управления собственным бизнесом и приобретение франшизы обусловлено получением преимуществ от взаимодействия опыта, средств индивидуализации товаров и услуг, принадлежащих франчайзеру, занимающему более «колоритное» положение

на рынке. Конверсионный франчайзинг обычно является еще и производственным, т. е. основанным на принципах распределения труда и территории реализации товаров, обеспечения экономичности производства, повышения объемов и гибкости производства [21, с. 120–121]. Он включает в себя различные схемы взаимоотношений компаньонов (владельцев средств индивидуализации, производителей сырья, продукции, продавцов).

Далее необходимо определить, что представляет собой понятие концессии как родовое понятие, ведь именно оно является основой конструкции договора коммерческой концессии в отечественном законодательстве. Словарь терминов справочно-правовой системы «КонсультантПлюс» содержит следующее определение: «Концессия – соглашение между публичным образованием и частным лицом по предоставлению последнему на время за плату во владение и пользование публичной собственности и права заниматься исключительной деятельностью публичного образования» [19]. В данных отношениях наглядно проявляется механизм привлечения частного капитала и его тесное взаимодействие с государством. Нередко концессия закрепляла обязательства инвесторов и публичной власти в отношении объектов, не подлежавших приватизации, таких как транспортное сообщение, коммуникационные системы и пр.

Выделяют следующие разновидности подобных договоров, существующих в отечественном законодательстве [12]: во-первых, это договор о разделе продукции, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основах предоставляет инвестору монопольное право на поиск, разработку, добычу полезных ископаемых на определенном участке недр на свой страх и риск [10]. Суть данных отношений в том, что государство, не вкладывая со своей стороны ни копейки средств, дает частному лицу право на разработку месторождения в обмен на получение части добытого сырья. Более того, данный договор носит алеаторный характер для инвестора; во-вторых, это концессионные соглашения [11], в соответствии с которыми одна сторона (концессионер) обязуется за свой счет создать или реконструировать недвижимость, право собственности на которую принадлежит другой стороне (концеденту), которая передает во временное владение и пользование это имущество концессионеру. Необходимость

заключения подобных договоров обусловлена перманентным отсутствием у государства средств на поддержание в рабочем состоянии своего многочисленного имущества, которое оно отдает во временное пользование частным лицам. Тем самым государство снимает с себя обязанность поддерживать нормальное эксплуатационное состояние объектов, не включенных в экономическую деятельность из-за нехватки средств.

Из приведенных доводов следует, что основным отличием концессии от ее коммерческого аналога служит субъектный состав отношений, а именно: концессионные отношения в широком смысле слова предполагают в качестве обязательного участника субъекта публичного права, обладающего монопольным правом в отношении какой-либо деятельности или собственности. В свою очередь, отношения коммерческой концессии предполагают взаимодействие субъектов частного права, будь то организации или индивидуальные предприниматели.

Обе конструкции данных отношений базируются на общем принципе их возникновения: передача монопольных прав, которые по различным основаниям не могут перейти в собственность другой стороны, разрешающей осуществлять какую-либо монопольную деятельность. Тем не менее ученые отмечают, что некоторые авторы путают концессионные соглашения с договором коммерческой концессии [1, с. 33].

Тем самым с точки зрения эволюции франчайзинговые отношения приобретали довольно разнообразные формы – от предоставления монопольных прав на торговлю до аналога холдинга. Наличие исторического опыта концессионных отношений с государственным участием, возможно, предопределило закрепление в рамках отечественного законодательства именно таких форм франчайзинга, как товарный и бизнес-формат. В связи с этим представляется некорректным прямое отождествление понятий «франчайзинг» и «коммерческая концессия» ввиду того, что они не совпадают по объему.

Содержание термина «франшиза» выходит далеко за рамки отношений франчайзинга, он часто фигурирует в отношениях по страхованию [18, с. 866–877]. С практической точки зрения его неопределенность, отождествление с другими категориями мешает статистическому учету, в том числе при составлении аналитических прогнозов, вводит в заблуждение предпри-

нимателей [15]. Представляется, что значение термина «франшиза», особенности его соотношения с другими понятиями можно понять исходя из его иностранного значения. В переводе с английского франшиза означает льготу, привилегию, особое право. Модельный закон Международного института по унификации частного права (далее – УНИДРУА) «О раскрытии информации в отношении франшизы» [22] трактует термин «франшиза» как некую совокупность прав, переданных за вознаграждение по договору, для целей осуществления определенной деятельности с использованием исключительных прав, принадлежащих франчайзеру и обремененных его контролем.

В отечественной литературе также сложились определенные взгляды на содержание этого термина. Так, Ф. Н. Филина указывает, что франшиза представляет собой не что иное, как товар, который имеет общеизвестные потребительские характеристики: цену, качество, обслуживание [20, с. 24]. По мнению Р. Б. Каца, франшиза представляет собой полную бизнес-систему, в том числе включающую в себя коммерческую и техническую документацию, которую правообладатель продает пользователю [6, с. 3].

В связи с изложенным представляется, что понятию «франшиза» можно выделить место в категориальном ряде франчайзинговых отношений, а также в рамках предмета договора коммерческой концессии, а именно: франшиза в отечественном гражданском праве представляет собой объект договора коммерческой концессии (комплекс исключительных прав и вспомогательной документации), который совместно с базовыми для договора коммерческой концессии правами и обязанностями образует предмет договора.

Таким образом, франчайзинг представляет собой отношения, суть которых будет зависеть от избираемой методологии исследования – правовой или экономической. Представляется невозможной реализация конверсионного франчайзинга без внесения изменений в законодательство, а подобные отношения, возникающие в отсутствие регулирования такого договора, на практике, скорее всего, будут квалифицироваться как смешанные. Как следствие, к указанным отношениям будут применять положения, касающиеся договора простого товарищества, которые не соответствуют сущности франчайзинга. Из сказанного следует, что необходимость

ликвидировать пробел в законодательстве в этой области стоит весьма остро, так как франчайзинговые отношения в Российской Федерации развиваются. В итоге получается партикулярное регулирование, вероятно, не лишённое противоречий.

Понятие «коммерческая концессия» в отечественном законодательстве выступает видовым по отношению к франчайзингу в его общеми-

ровом понимании [1, с. 31; 3]. По сути, данное понятие вобрало в себя возможное содержание правоотношений, вытекающих из товарного и бизнес-формат франчайзинга. Понятие «франшиза» можно обоснованно воспринимать в качестве структурного элемента как гражданского отношения, так и предмета договора коммерческой концессии и, соответственно, в качестве объекта правоотношения и объекта договора.

Библиографический список

1. Бобков, С. А. Правовое регулирование коммерческой концессии в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / С. А. Бобков. – М., 2004. – 207 с.
2. Брагинский, М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – М. : Статут, 2002. – Кн. 3 : Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – 1055 с.
3. Буслаева, Л. М. Правовая природа инвестиционного договора / Л. М. Буслаева // *Соврем. право*. – 2012. – № 3. – С. 82–85.
4. Гражданское право : учеб. / под ред. С. С. Алексеева. – Изд. 3-е, перераб. и доп. – М. : Проспект ; [Екатеринбург : Ин-т част. права], 2011. – 528 с.
5. Каткова, М. Н. Франчайзинг как способ осуществления предпринимательской деятельности: понятие и правовые основы / М. Н. Каткова // *Предпринимат. право*. – 2011. – № 2. – С. 13–17.
6. Кац, Р. Б. Франчайзинг: построение предприятия, бухгалтерский учет, правовые аспекты / Р. Б. Кац. – М. : РОСБУХ, 2011. – 192 с.
7. Климова, С. В. Договор франчайзинга: анализ основных элементов / С. В. Климова // *Юрист*. – 2009. – № 12. – С. 18–24.
8. Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации / под ред. А. П. Сергеева. – М. : Проспект, 2010. – Ч. 2. – 992 с.
9. Кутин, О. Е. Основания возникновения холдинговых отношений / О. Е. Кутин // *Юрист*. – 2012. – № 14. – С. 27–30.
10. Муравьева, К. М. Соотношение понятий «концессия» и «коммерческая концессия» / К. М. Муравьева // *Законодательство и экономика*. – 2007. – № 8. – С. 18–21.
11. О концессионных соглашениях : федер. закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ // *Собр. законодательства Рос. Федерации*. – 2005. – № 30 (ч. II). – Ст. 3126.
12. О соглашениях о разделе продукции : федер. закон от 30 дек. 1995 г. № 225-ФЗ // *Собр. законодательства Рос. Федерации*. – 1996. – № 1. – Ст. 18.
13. Определение Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации от 25 дек. 2009 г. № ВАС-17155/09 [Электронный ресурс] // *Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»*. – Режим доступа: локальный.
14. Определение Высш. Арбитр. Суда Рос. Федерации от 29 сент. 2009 г. № ВАС-9491/09 [Электронный ресурс] // *Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»*. – Режим доступа: локальный.
15. Панюкова, В. В. Две грани рынка франшиз в России и за рубежом: регистрация и «открытость» / В. В. Панюкова // *Торговое право*. – 2012. – № 4. – С. 41–55.
16. Панюкова, В. В. Уверенные шаги франчайзинга в России / В. В. Панюкова // *Торговое право*. – 2012. – № 3. – С. 51–64.
17. Райников, А. С. Договор коммерческой концессии / А. С. Райников. – М. : Статут, 2009. – 199 с.
18. Российское гражданское право : учеб. : в 2 т. / под ред. Е. А. Суханова. – 2-е изд., стереотип. – М. : Статут, 2011. – Т. 2 : Обязательственное право / [В. В. Витрянский и др.]. – 1206 с.
19. Словарь терминов [Электронный ресурс] // *Справочно-правовая система «КонсультантПлюс»*. – Режим доступа: локальный.
20. Филина, Ф. Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности / Ф. Н. Филина. – М. : РОСБУХ, 2008. – 192 с.
21. Ягудин, С. Ю. Венчурное предпринимательство. Франчайзинг : учеб.-метод. комплекс / С. Ю. Ягудин. – М. : ЕАОИ, 2008. – 310 с.
22. Model Franchise Disclosure Law adopted by Unidroit [Электронный ресурс] // UNIDROIT. – Режим доступа: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law> (дата обращения: 07.04.2015).