

# ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

УДК 347.45/.47

## ДИСКУССИОННЫЕ АСПЕКТЫ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРА КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ *Controversial Aspects of the Subject of a Commercial Concession*

**Н. А. Темникова** – 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

**N. A. Temnikova** – Associate Professor at the Civil Law Department of the F. M. Dostoevsky Omsk State University, Candidate of Legal Sciences, Associate Professor;

**A. A. Yuritsin** – Master’s Degree student of the F. M. Dostoevsky Omsk State University



***Аннотация.** В статье рассматриваются актуальные проблемы, возникающие в процессе согласования и исполнения предмета договора коммерческой концессии. Исследуются правоприменительный опыт, нормы международного права, теоретические изыскания, касающиеся путей разрешения возникающих противоречий.*

*The article deals with topical issues arising in the process of negotiation and performance of a commercial concession. The authors investigate law enforcement experience, norms of international law, theoretical studies regarding the ways of resolving the contradictions that arise.*

***Ключевые слова:** предмет договора, коммерческая концессия (франчайзинг), проблемы согласования условий.*

*Subject of the contract, commercial concession (franchise), problems of agreeing upon conditions.*

В настоящее время договор коммерческой концессии, вопросы согласования и исполнения его предмета привлекают значительный интерес цивилистов. Данное обстоятельство связано с возрастанием значения этого договора в экономических отношениях и неоднозначной правоприменительной практикой.

В гражданском праве под предметом договора понимается то, по поводу чего заключается сделка. Е. А. Суханов в предмет договора коммерческой концессии включает, во-первых,

комплекс исключительных прав, закрепленных за правообладателем и индивидуализирующих производимые им товары и секреты производства; во-вторых, деловую репутацию и коммерческий опыт; в-третьих, техническое и консультационное содействие, которое является общим правилом, если договором не предусмотрено иное [19, с. 625–626].

М. И. Брагинский и В. В. Витрянский указывают на несколько иное понимание предмета договора, сводя его к передаче исключительных прав

(они называют их объектом договора, не выделяя понятия предмета, возможно, отождествляя их). Эти права могут быть двоякого рода: во-первых, составляющие существо обязательств (носят императивный характер) – при отсутствии данных прав договор не будет считаться заключенным (например, право на фирменное наименование, коммерческое обозначение, охраняемую коммерческую информацию); во-вторых, представленные диспозитивными нормами (факультативные объекты) – при умолчании о данных правах в договоре сделка будет считаться совершенной [2, с. 546]. С 2006 г. предложенная учеными классификация утратила свой смысл в силу того, что ч. 1 ст. 1027 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ) перестала разделять исключительные права на группы, фактически признав обязательным наличие товарного знака (знака обслуживания) и как минимум еще одного исключительного права (отличного от права на товарный знак) для создания комплексности. Эти же авторы относят к предмету и обязанность пользователя по уплате вознаграждения [2, с. 548]. Таким образом, ученые сводят предмет договора коммерческой концессии к первой группе прав, поскольку вне зависимости от закрепления в договоре факультативных объектов невозможно будет назвать предмет договора несогласованным.

Стоит сделать ряд оговорок относительно особенностей передачи по договору коммерческой концессии некоторых объектов интеллектуальных прав. Как отмечают авторы, коммерческое обозначение может совпадать с фирменным наименованием юридического лица [6, с. 148]. Однако в случае передачи подобного коммерческого обозначения мы получаем возможность обойти запрет на распоряжение фирменным наименованием (в части передачи собственно наименования юридического лица). При возникновении подобных ситуаций до введения в действие ч. 4 ГК РФ суды указывали на то, что имела место передача не коммерческого обозначения, входящего в состав фирменного наименования, а непосредственно фирменного наименования. Однако из-за того, что данные понятия не идентичны между собой, а также учитывая, что передать часть фирменного наименования нельзя, данное условие суды считали несогласованным [14].

В настоящее время это положение весьма актуально потому, что ст.ст. 1476, 1541 ГК РФ установили полностью автономное существование

данных средств индивидуализации, что означает возможность смешения и самостоятельного использования содержания данных средств вне зависимости от их соотношения между собой.

В соответствии со ст. 1477 ГК РФ к товарному знаку относят удостоверенное свидетельством обозначение, позволяющее идентифицировать товар, производимый каким-либо предпринимателем. Соответственно, к знаку обслуживания относят подобное обозначение, служащее для отождествления исполнителя работ или услуг. Названные условия представляются необходимыми, в противном случае договор потеряет свою индивидуальность [7, с. 524]. Анализ судебной практики позволяет заключить: сфера использования товарного знака, право пользования которым подлежит передаче, должна соответствовать тем товарам и услугам, которые он идентифицирует [9]. Таким образом, нельзя реализовывать товары (услуги) под товарным знаком, который изначально идентифицирует товары (услуги) в иной сфере деятельности. Данное положение соответствует правилам международной классификации товаров и услуг (далее – МКТУ) [20].

Следует также обратить внимание на не изученную должным образом в юридической литературе такую характеристику предмета договора коммерческой концессии, как объем передаваемых прав. На примере характеристики исключительного права на товарный знак Высший Арбитражный Суд РФ указал, что объем есть не что иное, как сфера деятельности, которую идентифицирует то или иное исключительное право, зарегистрированное в соответствии с правилами МКТУ. Поэтому содержание договора, касающееся его объектов, должно содержать в себе сферы деятельности, аналогичные либо частично совпадающие с теми, которые указаны в свидетельстве о регистрации исключительного права [11]. Следовательно, нарушение предписаний автоматически выводит это исключительное право из сферы действия договора, а возможно, и придает ему качество недействительности. Суды также отмечают необходимость точной конкретизации исключительных прав, подлежащих передаче, путем их описания, указания номера свидетельства о регистрации. Объясняется это тем, что простая констатация намерений передать исключительные права без их описания либо при отсутствии в договоре номеров из свидетельств делает условия об их передаче несогласованными, а договор – незаключенным [15].

При этом исключение не будет составлять право на коммерческое обозначение, которое, как известно, не подлежит государственной регистрации. Полагаем, что судам следует самостоятельно выявить сферу деятельности предприятия, которое индивидуализируется коммерческим обозначением. В рассмотренном примере нарекание вызывает работа Роспатента, который не проверил соответствие области действия исключительных прав в договоре и в регистрационном свидетельстве [8].

Часть 2 ст. 1027 ГК РФ относит к числу объектов договора коммерческой концессии использование коммерческого опыта и деловой репутации. В то же время деловая репутация используется пользователем автоматически без какой-либо передачи. Действительно, трудно представить себе ситуацию использования комплекса исключительных прав без передачи деловой репутации. Можно предположить, что условие о репутации включается автоматически, а закон дает указание на объем ее использования, в том числе без нанесения ей ущерба. То же самое относится и к коммерческому опыту, который может не являться секретом производства, а значит, не может быть передан в натуре. Но данными знаниями и опытом можно поделиться посредством консультаций, обучения.

Коммерческий опыт не стоит представлять как нечто абстрактное в силу того, что в юридической литературе выделяют ряд не указанных в законодательстве требований к лицу, которое изъявило желание быть франчайзером: разработка франшизной документации и концепции, проведение маркетингового исследования [21, с. 14–16]. Весь этот пакет документов, по сути, представляет собой «инструкцию по эксплуатации» в отношении подлежащего передаче бизнеса, т. к. франчайзинг зачастую предполагает заимствование успешной системы управления начинающим предпринимателем. В связи с этим отсутствие в договоре указанной документации недопустимо потому, что для оформления простой передачи исключительных прав существуют и другие гражданско-правовые договоры.

С точки зрения Л. Ю. Воробьева, коммерческий опыт можно сравнить с коммерческой тайной, т. к. франчайзинг не предполагает продажу готового бизнеса, а является точкой опоры для его построения, посредством передачи успешной методологии его развития, содержание которой может привлекать конкурентов. Это требует

применения в отношении данной методологии режима особой охраны [3]. Очевидно, что указания и правила, содержащиеся во франшизной документации, составляют содержание договора. При этом указание на ее наличие, объем и передачу должно входить в предмет договора.

Р. Б. Кац отмечает, что нематериальный характер передаваемых «объектов» позволяет использовать их неограниченному кругу лиц. Поэтому во избежание неопределенности необходимо согласовывать объем передаваемых исключительных прав по территории, количеству реализуемых товаров, работ, услуг [5, с. 28].

По мнению А. С. Райникова, включая в предмет договора коммерческой концессии факультативные объекты (предусмотренные диспозитивными нормами), указанные выше авторы смешивают понятие предмета договора и обязательственного правоотношения. Также им критикуется позиция отождествления объекта договора и его предмета, ввиду того что предмет в подобном случае низводится к передаче каких-либо благ без указания на обязательства, тем самым теряется индивидуальность договора [17, с. 35]. В данном случае, на наш взгляд, автор сам себе противоречит, с одной стороны, выводя обязательства за пределы договора, с другой – указывая, что без них теряется его индивидуальность. А. С. Райников предлагает включать в объект договора не только комплекс исключительных прав, но и подлежащее уплате вознаграждение [18, с. 18]. С последним утверждением также трудно согласиться. Считаем, что объект, отражающий существо обязательства, должен обладать какой-либо уникальностью. Учитывая, что гражданское право в большей степени ориентировано на возмездные сделки, выделение вознаграждения в качестве объекта договора представляется излишним. Достаточно понимать возмездный характер самого договора и возникающие в связи с этим обязанности по уплате вознаграждения.

Некоторые авторы включают в существенные условия (по сути, в предмет) договора коммерческой концессии исключительно обязанности правообладателя по передаче документации, консультированию и обучению пользователя для того, чтобы дополнить предмет и он не считался несогласованным [4]. Представляется, что расширение предмета процедурными обязанностями по исполнению договора нецелесообразно, это перегружает предмет договора. В данном

случае предмет договора коммерческой концессии будет содержать информацию о том, как его исполнять, что приводит к отождествлению понятия предмета и содержания договора.

С другой стороны, декларирование обязательности обучения и консультаций в рамках предмета договора коммерческой концессии будет способствовать развитию данных положений в содержании сделки. Тем самым можно обойти проблему недобросовестных правообладателей, которые намеренно исключают подобные положения из договора. Зарубежный опыт показывает, что обучение – важнейший аспект отношений франчайзинга. Однако исключение образовательных программ из договора коммерческой концессии – общая негативная черта законодательства стран СНГ [12, 22]. Поэтому данные положения целесообразно включать в обязательственную часть предмета не для механического заполнения содержания, а для предотвращения недобросовестных действий сторон.

По-прежнему существуют попытки деления комплекса исключительных прав на части, тем самым фактически делится и предмет договора коммерческой концессии. В обязательный элемент этой сделки включают лишь товарный знак и знак обслуживания, без которых, по мнению А. Попова, договор не может считаться заключенным, а также факультативные элементы, подлежащие согласованию [13]. К ним указанный автор относит секрет производства, коммерческое обозначение, коммерческий опыт, деловую репутацию. Считаем, что в этом случае можно говорить лишь об объеме комплекса прав, подлежащих передаче, в основе которого находится так называемая «маска» правообладателя, что нашло отражение в действующем законодательстве [8, пп. 3.4.1–3.4.2].

Необходимо более внимательно подходить к понятию комплекса прав по договору коммерческой концессии, ведь передача исключительно товарного знака или нескольких товарных знаков не будет представлять собой комплекс прав. Следовательно, будет заключен не договор коммерческой концессии, а лицензионный договор [1, с. 767–768; 9]. В связи с этим идея деления предмета договора коммерческой концессии, а также комплекса прав неуместна, ввиду того что придание остальным исключительным правам статуса факультативных (необязательных) исключает наличие комплекса прав. Любые дихотомические деления по принципу обязатель-

ности будут ложными, не соответствующими действующему законодательству.

Завершая характеристику входящих в предмет договора коммерческой концессии обязательств, стоит отметить, что включение в предмет данного договора обязательственных положений не привлекло внимания исследователей в части, касающейся необходимости контроля качества исполнения договора коммерческой концессии со стороны правообладателя. Ведь он несет субсидиарную, а в некоторых случаях и солидарную ответственность за реализацию товаров, работ, услуг пользователем, несмотря на то что они не являются взаимозависимыми субъектами. Актуальность включения положений о контроле обуславливается и тем, что в большинстве случаев товар сбывается потребителям, права которых могут быть нарушены лицом, не являющимся правообладателем, что едва ли положительно отразится на репутации франчайзера. При этом пользователь, по сути, ничем не рискует. Кроме того, контроль правообладателя должен касаться и прибыли, получаемой франчайзи, ведь от ее размера напрямую зависит сумма причитающихся франчайзеру периодических платежей [12].

В статье 2 модельного закона УНИДРУА 2002 г. «О раскрытии информации в отношении франшизы» сказано, что франшиза представляет собой не только предоставление прав, но и оказание помощи пользователю (в т. ч. в плане ведения дел), а также осуществление постоянного оперативного контроля за ним [22]. Из этого можно сделать вывод, что нормы, касающиеся контроля качества, являются необходимой составляющей предмета рассматриваемого договора, в том числе с точки зрения международно-правового регулирования отношений франчайзинга, так как эти нормы являются ориентиром для национального правотворчества.

Соответственно, включение обязательственных норм в предмет договора коммерческой концессии не должно вызывать критики. Наоборот, это способствует выявлению сущности отношений франчайзинга, подтверждается мировыми исследованиями. Кроме того, наличие специальных обязательств в структуре предмета договора способствует их детальной регламентации в содержании сделки. В противном случае обязательства будут регламентироваться общими нормами о содержании договора, отраженными в гражданском законодательстве. Однако ни договор, ни тем более закон не содержат детальной

процедуры их реализации, и эта ситуация может вызвать возражения сторон при осуществлении своих правомочий.

Таким образом, предмет договора коммерческой концессии имеет сложную структуру, которая раскрывается в комплексе исключительных прав. Его базовым элементом будет являться товарный знак (знак обслуживания). При этом перечень не должен ограничиваться только этими правами в силу прямого указания закона на комплексность исключительных прав. Необходимо, чтобы исключительные права использовались в рамках их изначальной сферы действия. Передаче подлежат любые охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, кроме наименования мест происхождения товаров

и фирменного наименования [8, пп. 3.4.1–3.4.2]. Также необходимо, чтобы исключительные права были соответствующим образом зарегистрированы и принадлежали правообладателю, в противном случае договор будет считаться незаключенным [15, 16].

Второй элемент структуры договора коммерческой концессии получает развитие в обязательствах, подлежащих исполнению в данных отношениях (по крайней мере, так должно быть, на это ориентируют международные нормы и этот вывод можно сделать из анализа структуры понятия предмета договора). Это обязательства по контролю качества и оказанию содействия со стороны правообладателя, в том числе по информационному сопровождению.

### Библиографический список

1. Белов, В. А. Практика применения Гражданского кодекса РФ, частей второй и третьей / В. А. Белов. – М. : Юрайт, 2011. – 1525 с.
2. Брагинский, М. И. Договорное право / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. – Кн. 3 : Договоры о выполнении работ и оказании услуг. – [Изд. доп., испр.]. – М. : Статут, 2002. – 1054 с.
3. Воробьев, Л. Ю. Ноу-хау в договоре франчайзинга (коммерческой концессии) / Л. Ю. Воробьев // Информ. право. – 2009. – № 3. – С. 31–35.
4. Дьяченко, Д. Фатальный успех концессии [Электронный ресурс] / Д. Дьяченко // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
5. Кац, Р. Б. Франчайзинг: построение предприятия, бухгалтерский учет, правовые аспекты / Р. Б. Кац. – М. : РОСБУХ, 2011. – 192 с.
6. Кисурина, Л. Г. Сложные сделки: учет, налоги, право / Л. Г. Кисурина. – М. : Экономика и жизнь, 2007. – 416 с.
7. Комментарии к Гражданскому кодексу Российской Федерации (часть вторая) / под ред. А. П. Сергеева. – М. : Проспект, 2010. – 992 с.
8. Об утверждении Рекомендаций по вопросам проверки договоров о распоряжении исключительным правом на результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации : приказ Роспатента от 29 дек. 2009 г. № 186 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
9. Определение ВАС РФ от 27 окт. 2010 г. № ВАС-13836/10 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
10. Определение ВАС РФ от 29 февр. 2012 г. № ВАС-1260 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
11. Определение ВАС РФ от 8 апр. 2013 г. № ВАС-3422/13 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
12. Панюкова, В. В. Новое торговое пространство для франчайзинга / В. В. Панюкова // Торговое право. – 2012. – № 6. – С. 75–94.
13. Попов, А. Ищем предмет в концессии [Электронный ресурс] / А. Попов // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
14. Постановление ФАС Зап.-Сиб. окр. от 28 окт. 2003 г. № Ф04/5573-1803/А45-2003 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
15. Постановление ФАС Зап.-Сиб. окр. от 27 апр. 2011 г. № А67-4427/2010 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
16. Постановление ФАС Сев.-Кавказ. окр. от 21 июня 2010 г. № А20-1683/2009 [Электронный ресурс] // Справочно-правовая система «КонсультантПлюс». – Режим доступа: локальный.
17. Райников, А. С. Договор коммерческой концессии / А. С. Райников. – М. : Статут, 2009. – 199 с.
18. Райников, А. С. Договор коммерческой концессии как институт обязательственного права и как правоотношение : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / А. С. Райников. – М., 2009. – 23 с.
19. Российское гражданское право : учеб. для студентов вузов, обучающихся по направлению и специальности «Юриспруденция» : в 2 т. / МГУ им. М. В. Ломоносова ; отв. ред. Е. А. Суханов. – 2-е изд., стереотип. – Т. 2 : Обязательств. право / [В. В. Витрянский и др.]. – М. : Статут, 2011. – 1207 с.
20. Соглашение о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков [Электронный ресурс] // Правовая система «Референт». – Режим доступа: <http://www.referent.ru/1/13062> (дата обращения: 7.03.2015).
21. Филина, Ф. Н. Франчайзинг: правовые основы деятельности / Ф. Н. Филина. – М. : РОСБУХ, 2008. – 192 с.
22. Model Franchise Disclosure Law adopted by Unidroit [Электронный ресурс] // UNIDROIT. – Режим доступа: <http://www.unidroit.org/instruments/franchising/model-law> (дата обращения: 7.03.2015).