

© 2017 г.

В.И. ЕРЕМЕНКО

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Еременко Владимир Иванович — доктор юридических наук (Москва, Россия) (E-mail: 6169144@mail.ru).

Eremenko Vladimir I. — Doctor of Law (Moscow, Russia) (E-mail: 6169144@mail.ru).

Аннотация: настоящая статья посвящена анализу особенностей правового регулирования коммерческой концессии в Российской Федерации, в том числе изменений и дополнений, внесенных Федеральным законом от 18 июля 2011 г. № 216-ФЗ. Сделан вывод о существенном усилении положения правообладателя по договору коммерческой концессии в связи с принятием упомянутого выше Закона. Кроме того, сделаны предложения о внесении изменений в отдельные статьи гл. 54 ГК РФ в целях совершенствования правового регулирования коммерческой концессии в Российской Федерации.

Abstract: this article is devoted to the analysis of the peculiarities of legal regulation of commercial concession in the Russian Federation, including changes and additions made by Federal Law of July 18, 2011 № 216-FZ in the Chapter 54 of the Civil Code of the Russian Federation. It is concluded about a substantial strengthening of the owner of the contract of commercial concession in connection with the adoption of the foregoing law. In addition, proposals were made to amend certain articles of Chapter 54 of the Code in order to improve the legal regulation of commercial concession in the Russian Federation.

Ключевые слова: коммерческая концессия, условия договора коммерческой концессии, ограничения прав сторон по договору, преимущественное право, правообладатель, пользователь, отказ от исполнения договора.

Key words: commercial concession, terms of the contract of commercial concession, restrictions on the rights of the parties under the contract, pre-emptive right, owner, user, failure to perform the contract.

Договор коммерческой концессии урегулирован в гл. 54 Гражданского кодекса РФ, основные положения которой первоначально в целом соответствовали зарубежным определениям договора “франчайзинга” или “франшизы”, однако после внесения в эту главу соответствующих изменений в 2006, 2011 и 2014 гг. произошла заметная эволюция правовой природы договора коммерческой концессии в российской правовой системе.

Общие положения в сфере правового регулирования коммерческой концессии

Франчайзинговая система, возникающая в своем нынешнем виде в 30-х годах XX в. в США, приобрела широкое распространение после Второй мировой войны¹. Англосаксонский термин *franchising* имеет французское происхождение, поскольку он возник на основе французского глагола *francher*, означающего “делать свободным”, “предоставлять привилегию”. При феодальном строе монархии или сеньоры отказывались от части своих прав за соответствующую плату в пользу свободных городов (*villefranches*)

или некоторых профессиональных гильдий (*corps de métiers*), предоставляя им, соответственно, хартии (*chartes*) или свободные грамоты (*letters de franchise*). Затем термин *franchise* стал применяться в смысле предоставления государственной привилегии (концессии).

Примечательно, что термин *franchise* использован, например, в Регламенте Комиссии ЕЭС от 30 ноября 1988 г. № 4087/88 о применении статьи 85(3) Римского договора в отношении франшизных соглашений (*franchise agreements*) в английском тексте этого документа (далее — Регламент)². В соответствии со ст. 1 Регламента **под франшизой (*franchise*) понимается совокупность промышленных или интеллектуальных прав собственности на товарные знаки, фирменные наименования, коммерческие обозначения, полезные модели, промышленные образцы, объекты авторских прав, ноу-хау или изобретения, предназначенные для использования путем перепродажи**

¹ См.: Bessis P. Le contrat de franchisage. Notions actuelles et apport du droit européen. Paris. 1986. P. 4, 5.

² Official Journal of the European Communities. 28.12.88. № L359/46–52//eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31988R4087&qid=1494183949771&from=EN

товаров или предоставления услуг конечным пользователям.

Франшизное соглашение (*franchise agreement*) означает соглашение, согласно которому одно предприятие-франчайзер предоставляет другому предприятию-франчайзи в обмен на прямое или косвенное финансовое вознаграждение право использовать франшизу для целей введения в оборот определенных видов товаров и/или услуг; оно должно включать по крайней мере следующие обязательства: использование одного и того же фирменного наименования или коммерческого обозначения и одинаковых помещений и/или транспортных средств; передача франчайзером “ноу-хау” франчайзи; постоянное оказание франчайзером коммерческой или технической помощи франчайзи в течение всего срока действия соглашения.

Договор коммерческой концессии распространен во Франции, Бельгии, Швейцарии и некоторых других странах³. При коммерческой концессии эксклюзивному дистрибьютору, получившему право на исключительное распространение товаров, как правило, предоставляется только право на использование товарных знаков или знаков обслуживания, в то время как по договору франшизы (франчайзинга) правообладатель предоставляет пользователю весь комплекс принадлежащих ему прав интеллектуальной собственности, в частности товарные знаки, фирменные наименования, коммерческие обозначения, изобретения, полезные модели, промышленные образцы, “ноу-хау”, произведения, охраняемые авторским правом.

Следует особо отметить, что договор коммерческой концессии, предусмотренной в гл. 54 ГК РФ в её первоначальной редакции, в его общих чертах являлся эквивалентом упомянутого выше договора франшизы (франчайзинга), что дало основание отдельным авторам утверждать об ошибочности наименования этой главы и необходимости вернуть ей подлинное наименование: “Договор франшизы (или франчайзинга)”, а также о введении в ГК РФ новой главы, посвященной коммерческой концессии, в качестве эксклюзивного договора⁴. Отход от классического понятия договора франшизы произошел в результате внесения изменений в гл. 54 ГК РФ Федеральным законом “О введении в действие части четвертой

Гражданского кодекса Российской Федерации” от 18 декабря 2006 г. в основном в связи с изменением правового режима фирменных наименований и коммерческих обозначений в ГК РФ.

Кардинальное изменение правового регулирования фирменных наименований и коммерческих обозначений, на которое пошли разработчики ч. IV ГК РФ, вызвало соответствующие изменения и дополнения как в Кодексе, так и в других законодательных актах. Суть указанных изменений вкратце заключается в следующем. В целях избавления от противоречивых положений в ГК РФ относительно того, кого индивидуализирует фирменное наименование — юридическое лицо или предприятие, принадлежащее юридическому лицу, было решено избрать для России особый путь. Для индивидуализации юридического лица было определено фирменное наименование, которое в этой функции совпадает с собственно наименованием юридического лица, а для индивидуализации предприятия — коммерческое обозначение, которое в этой функции замещает фирменное наименование.

Необходимо признать, что указанное решение противоречило мировой практике в сфере правовой охраны фирменных наименований и коммерческих обозначений⁵. В государствах с развитым правопорядком фирменным наименованиям считается название, под которым физическое или юридическое лицо обозначает предприятие, которое оно использует для идентификации своих отношений с клиентами в каком-либо конкретном секторе экономики. Поэтому фирменное наименование, являющееся объектом интеллектуальной собственности, может передаваться, т.е. быть предметом оборота, но только совместно с предприятием, которое оно обозначает. Именно в этом смысле используется понятие “фирменное наименование” (*nom commerciale, trade name*) в тексте ст. 8 Парижской конвенции по охране промышленной собственности, а также в правовых системах большинства стран мира.

От фирменного наименования отличается коммерческое обозначение (*dénomination commerciale, commercial name*), указанное в ст. 2(1)(iii) Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности, известное во многих странах под различными названиями, например вывеска (Испания, Италия, Португалия, Франция), вымышленное или неофициальное

³ См.: Евдокимова В. Н. Передача технологии: правовое регулирование и правоприменительная практика в Российской Федерации. М., 2001. С. 90.

⁴ См.: Сосна С. А. Договор франшизы // Законодательство и экономика. 1996. № 15/16. С. 7.

⁵ См. подробнее: Еременко В. И. Особенности правовой охраны фирменных наименований в Российской Федерации // Гос. и право. 2006. № 4. С. 29–40.

наименование (США), вторичный символ (Финляндия, Швеция), территориальная сфера действия которого ограничена местом нахождения предприятия, т.е. коммерческое обозначение имеет дополнительное к фирменному наименованию значение.

Однако в российском гражданском законодательстве коммерческое обозначение имеет самостоятельное значение, выполняя функцию, которую согласно законодательствам большинства стран мира надлежит выполнять фирменному наименованию, — идентифицировать предприятие определенного физического или юридического лица. Именно с этой позиции осуществлены все изменения и дополнения в российских законодательных актах, в том числе и в Гражданском кодексе РФ.

Изменения подобного рода внесены также в гл. 54 ГК РФ, посвященную договору коммерческой концессии (ст. 1027, 1032, 1037, 1039, 1040), основные положения которой, как уже упоминалось, соответствовали зарубежным определениям договора франшизы (франчайзинга), когда обязательным условиям такого договора являлось предоставление права использования фирменного наименования или коммерческого обозначения. Иными словами, смещены акценты относительно того, что лежит в основе договора коммерческой концессии, т.е. какой объект интеллектуальной собственности имеет приоритет в комплексе исключительных прав, предоставляемых для использования.

Показательны в этом отношении изменения, внесенные в ст. 1037 ГК РФ, в которой урегулированы вопросы прекращения договора коммерческой концессии. Если в соответствии с прежней редакцией этой статьи договор коммерческой концессии прекращался в случае прекращения принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами, то согласно редакции этой статьи 2006 г. (вступила в силу, как и другие изменения 2006 г., с 1 января 2008 г.) указанные правовые последствия наступают в случае прекращения принадлежащего правообладателю права на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение.

Уделяется внимание в первую очередь товарным знакам (знакам обслуживания). Этот подход воплощен и в других статьях гл. 54 ГК РФ, например ст. 1027 и 1040 свидетельствуют об отходе от мировых стандартов в указанной сфере правового регулирования.

Прежде чем перейти к анализу отдельных положений гл. 54 ГК РФ, представляется целесообразным рассмотреть другие вопросы правовой природы договора коммерческой концессии, которые не вполне корректно, на мой взгляд, трактуются в отдельных публикациях.

Так, например, Е. Н. Васильева, характеризуя договор коммерческой концессии по российскому гражданскому законодательству, делает следующую ссылку на зарубежный опыт: «За рубежом подобные отношения регулируются договором франчайзинга. Термин “франчайзинг” используется в российском праве. Но его следует рассматривать в качестве договора, не предусмотренного законом в смысле положений п. 2 ст. 421 ГК»⁶.

На мой взгляд, термин “франчайзинг” используется не в российском праве, а в российской правовой литературе, а также в средствах массовой информации. Вместе с тем следует признать справедливым утверждение о том, что такой договор не следует рассматривать по смыслу п. 2 ст. 421 Кодекса, т.е. в качестве смешанного договора. Действительно, договор коммерческой концессии регламентирован как самостоятельный вид договора, поскольку к нему применяются положения гл. 54 и субсидиарно — отдельные нормы ч. IV ГК РФ.

В юридической литературе встречается ошибочное мнение о том, что договор коммерческой концессии является разновидностью лицензионного договора, так как в его основе лежит передача исключительных прав.

Ранее наиболее последовательно это мнение отстаивала Л. А. Трахтенгерц, которая обосновывала свою позицию тем обстоятельством, что основным обязательством по договору коммерческой концессии является предоставление правообладателем пользователю исключительных прав на использование объектов интеллектуальной собственности со ссылкой на ст. 138 ГК РФ⁷. При этом указанный автор противоречила самой себе, утверждая, что договор коммерческой концессии регламентирован как самостоятельный вид договора⁸.

Впоследствии Л. А. Трахтенгерц лишь констатировала, что элементы лицензионных отношений, присущие коммерческой концессии, дали основание отдельным авторам рассматривать этот

⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. В 2-х т. Т. 1. Части первая, вторая ГК РФ. Изд. 5-е, перераб. и доп. М., 2010. С. 829.

⁷ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный). М., 1996. С. 614.

⁸ См.: там же. С. 615.

договор как разновидность лицензионного договора (К. Шмитгофф, В. А. Дозорцев, Г. Е. Авилов). При этом указанный автор со ссылками на позиции Е. А. Суханова и В. В. Витрянского сделала диаметрально противоположный своему прежнему мнению вывод: “Исходя из системы классификации договоров в Гражданском кодексе РФ, следует признать, что договор коммерческой концессии отнесен к кругу самостоятельных договорных типов. Об этом свидетельствует и то, что он включен в число поименованных гражданско-правовых договоров наряду с лицензионными договорами, нормы о которых содержатся в разделе VII ГК РФ. Правила о лицензионных договорах могут subsidiarily применяться к договорам коммерческой концессии, если в этом возникает необходимость и это не противоречит положениям правил главы 54 и существу договора коммерческой концессии”⁹.

Содержание договора коммерческой концессии

В соответствии с п. 1 ст. 1027 ГК РФ основным обязательством, определяющим особенности договора коммерческой концессии, является предоставление правообладателем пользователю за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс принадлежащих правообладателю исключительных прав, включающих право на товарный знак, знак обслуживания (в первоначальной редакции данного пункта — “право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение”), а также право на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав, в частности на коммерческое обозначение, секрет производства (“ноу-хау”).

Если прежде обязательным условием договора коммерческой концессии была передача права на использование фирменного наименования и (или) коммерческого обозначения, то с 1 января 2008 г. (дата вступления в силу Федерального закона от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ в отношении гл. 54 ГК РФ) основным объектом передачи (обязательным условием такого договора) является товарный знак, или знак обслуживания, что подтверждается определением Судебной коллегии по экономическим спорам Верховного Суда РФ от 26 августа 2015 г. № 304-ЭС15-5828 по делу № А45-13334/2014¹⁰.

В судебной практике иногда встречаются судебные решения, в которых, по-видимому, по небрежности используется устаревшая редакция п. 1 ст. 1027, но, тем не менее, делается на его основе правильное заключение. Так, например, в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 22 ноября 2016 г. № С01-973/2016 по делу № А68-11597/2015¹¹ указано буквально следующее: “Пунктом 1 статьи 1027 ГК РФ предусмотрено, что по договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, в том числе право на **фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение** (выделено мною. — В.Е.) правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т.д.

Из вышеизложенного следует, что обязательным условием для правовой квалификации договора как договора концессии является предусмотренное таким договором предоставление права использования товарного знака”.

Дополнительно к п. 1 данной статьи в п. 2 указано, что договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования) с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

Следовательно, область практического применения коммерческой концессии по российскому гражданскому праву может быть самой широкой и включать, в частности, следующие её разновидности: торговую, в сфере обслуживания, сбытовую, производственную.

Договор коммерческой концессии является сугубо предпринимательским договором, что предопределяет его субъектный состав: сторонами по договору коммерческой концессии могут быть коммерческие организации и граждане,

⁹ Трахтенгерц Л. А. Договор коммерческой концессии (Новая концепция) // Хоз. и право. 2007. № 4. С. 34, 35.

¹⁰ См.: http://vsrf.ru/stor_pdf_ec.php?id=1363622

¹¹ См.: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/8b4af6f2-933f-48f5-a144-bc4b27eb5289/>

зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей (п. 3 ст. 1027). Сказанное означает, что из круга возможных субъектов договора коммерческой концессии исключены некоммерческие организации, даже если они по своим учредительным документам могут осуществлять предпринимательскую деятельность.

Согласно п. 4 ст. 1027, который введен в данную статью Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 231-ФЗ, к договору коммерческой концессии, соответственно, применяются правила разд. VII ГК РФ о лицензионном договоре, если это не противоречит положениям настоящей главы и существу коммерческой концессии.

Указанное положение формально дает некоторые основания для отнесения договора коммерческой концессии к договорам лицензионного типа. Действительно, у договора коммерческой концессии и лицензионного договора много общего. В том и другом случаях речь идет о предоставлении права на использование охраняемых объектов интеллектуальной собственности в предусмотренных договором пределах. Лицензиат, как и пользователь по договору коммерческой концессии, выплачивает лицензиару обусловленное договором вознаграждение за предоставленное право. Прибыль лицензиара также может зависеть от успеха предпринимательской деятельности лицензиата. Стороны лицензионного договора могут находиться в тесных рабочих отношениях, однако это не является обязательным условием, как предусматривается договором коммерческой концессии. Вместе с тем, в отличие от сугубо лицензионных отношений, успех пользователя по договору коммерческой концессии зависит и от умения правообладателя создать прибыльную систему, совершенствовать и развивать эту систему, обучить пользователя правилам надлежащей работы в системе, постоянно контролировать пользователя и содействовать ему в течение действия договора коммерческой концессии, причем от этих обязанностей правообладатель не вправе отступить.

Кроме того, как уже упоминалось, различен субъектный состав этих двух договоров. Если стороной лицензионного договора может быть любое лицо с учетом его правоспособности, а для физических лиц — еще и дееспособности, то сторонами по договору коммерческой концессии могут быть только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей.

Указанные договоры различаются также по предмету их регулирования. Если предметом

лицензионного договора является право использования какого-либо одного объекта интеллектуальной собственности (например, изобретения или, в отдельных случаях, группы изобретений), то предмет договора коммерческой концессии представляет собой предоставление права использования комплекса исключительных прав, причем на разные виды объектов интеллектуальной собственности (в частности, на товарный знак, коммерческое обозначение, секрет производства (“ноу-хау”), изобретение, промышленный образец), а также деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя. При этом, если в случае лицензионного договора прекращение срока действия исключительного права на охраняемый объект интеллектуальной собственности (например, окончание срока действия патента, досрочное прекращение срока действия патента из-за неуплаты пошлины, признание патента недействительным, утрата конфиденциальности информации, составляющей секрет производства) ведет к прекращению лицензионного договора, то прекращение исключительного права, пользование которым предоставлено по договору коммерческой концессии, не ведет к прекращению этого договора, кроме случая прекращения права на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение без замены прекратившего действовать права новым аналогичным правом (п. 3 ст. 1037 ГК РФ). В случае договора коммерческой концессии прекращают действие лишь положения, относящиеся к прекратившемуся праву, т.е. “лицензионная часть” договора коммерческой концессии.

В этой связи утверждения, что договор коммерческой концессии может рассматриваться как разновидность лицензионного договора, неверно. Корректнее квалифицировать лицензионный договор как составную часть более сложного договора коммерческой концессии¹². Действительно, объем правового регулирования несопоставим при сравнении этих двух договоров. Если гл. 54 включает 14 статей, то общие положения, относящиеся к лицензионным договорам, насчитывают лишь четыре статьи ч. IV ГК РФ (ст. 1235—1238). Что касается норм о лицензионных договорах о предоставлении права использования на отдельные объекты интеллектуальной собственности, то они довольно-таки лапидарны; в принципе они повторяют абз. 1 п. 1 ст. 1235 ГК РФ (“Лицензионный договор”). Таким образом, субсидиарному применению подлежат лишь немногие положения Кодекса о лицензионном договоре.

¹² См.: Евдокимова В. Н. Указ. соч. С. 100.

Несмотря на то обстоятельство, что в договоре коммерческой концессии можно обнаружить элементы лицензионного и ряда других договоров, его нельзя отнести и к числу смешанных договоров, так как он выделен в самостоятельный вид гражданско-правовых договоров в гл. 54 ГК РФ.

По своей правовой природе договор коммерческой концессии является консенсуальным, двусторонне обязывающим, возмездным. К существенным условиям этого договора относятся предмет договора (комплекс передаваемых исключительных прав с обязательным наличием права на использование товарного знака) и цена договора. При этом согласно ст. 1030 ГК РФ вознаграждение по договору коммерческой концессии может выплачиваться пользователем правообладателю в форме фиксированных разовых и (или) периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товара, передаваемых для перепродажи, или в иной форме, предусмотренной законом.

Оформление договора коммерческой концессии и порядок его регистрации установлены в ст. 1028 в ГК РФ. В п. 1 данной статьи предусмотрено, что договор коммерческой концессии должен быть заключен в письменной форме. В противном случае такой договор считается недействительным (ничтожным).

Пункт 2 ст. 1028 ГК РФ претерпел существенные изменения с момента принятия ч. II ГК РФ. Согласно первоначальной редакции этого пункта договор подлежал регистрации в соответствующем органе, ведущем государственный реестр юридических лиц и граждан-предпринимателей, а при наличии в договоре положений о передаче прав на использование объектов, охраняемых в соответствии с патентным законодательством, — также в Роспатенте. Иными словами, в большинстве случаев требовалась “двойная регистрация”, которая представляла собой большие неудобства для сторон договора. С 1 января 2008 г. в результате исключения фирменного наименования из комплекса передаваемых исключительных прав отпала необходимость в регистрации договоров коммерческой концессии в органе, ведущем государственный реестр юридических лиц и индивидуальных предпринимателей. Договор коммерческой концессии подлежал регистрации только в Роспатенте, а при несоблюдении этого требования договор считался ничтожным.

Согласно последней редакции данного пункта (Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ) государственной регистрации в Роспатенте подлежит предоставление права использования

в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии, а при несоблюдении этого требования договор считается несостоявшимся.

Упомянутое выше изменение (кстати, название ст. 1028 не изменилось — “Форма и регистрация коммерческой концессии”) соответствует изменениям в порядке государственной регистрации распоряжения правами на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации согласно новой редакции ст. 1232 ГК РФ, вследствие чего поменялось само содержание упомянутой государственной регистрации. Если ранее государственной регистрации подлежал соответствующий договор, то в настоящее время по заявлению сторон договора осуществляется непосредственно государственная регистрация отчуждения исключительного права, а также предоставления права использования результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, в том числе и без представления самого договора в регистрирующий орган, а также путем подачи одного заявления, подписанного сторонами. На указанные послабления повлияли отдельные положения Договора о патентном праве от 1 июня 2000 г. (инструкции к этому договору), участницей которого Россия стала 12 августа 2009 г. Следует полагать, что введение в России нового порядка государственной регистрации позволит упростить процедуру вступления договоров в силу и сократить сроки рассмотрения соответствующих заявлений регистрирующими органами, хотя контроль за возможными злоупотреблениями сторон соответствующих договоров объективно станет слабее.

Что же касается договора коммерческой концессии, то предоставление права использования по этому договору регистрируется в Роспатенте на основании Административного регламента предоставления Федеральной службой по интеллектуальной собственности государственной услуги по государственной регистрации распоряжения по договору исключительным правом на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированные топологию интегральной микросхемы, программу для электронных вычислительных машин, базу данных, утвержденного приказом Минэкономразвития России от 10 июня 2016 г. № 371¹³.

¹³ См.: http://www.rupto.ru/docs/regulations/pr_mineck_371/adm_reg_371.pdf

В связи с различными редакциями (2006 г. и 2014 г.) п. 2 ст. 1028 ГК РФ представляется целесообразным привести примеры из судебной практики относительно правовых последствий отсутствия соответствующей регистрации в Роспатенте. Причем отсутствие такой регистрации явилось следствием бездействия российских правообладателей (за иностранными правообладателями таких изъятий пока что не отмечено), хотя согласно условиям соответствующих договоров коммерческой концессии такая обязанность на них возлагалась.

В постановлении Суда по интеллектуальным правам от 3 июня 2016 г. № С01–259/2016 по делу № А56–30060/2015¹⁴ со ссылкой на п. 2 ст. 167 ГК РФ указано, что в случае признания сделки ничтожной (договор коммерческой концессии от 19 декабря 2013 г. № 06/Ф13) общество *К.* (правообладатель) должно было возвратить денежные средства, перечисленные в связи с её заключением, а индивидуальный предприниматель *П.* (пользователь), в свою очередь, возвратить все полученное по этой сделке, в том числе в связи с фактическим использованием документов и материалов, необходимых для организации и открытия предприятия, а также его функционирования, — возместить стоимость пользования ими.

В другом случае Суд по интеллектуальным правам оставил без изменения постановление апелляционной инстанции, взыскавшей с пользователя компенсацию за нарушение исключительного права правообладателя на товарный знак, которое в принципе явилось следствием нарушения правообладателем своей обязанности по регистрации в Роспатенте договора коммерческой концессии, который был признан ничтожной сделкой, поскольку не был зарегистрирован в установленном порядке¹⁵.

Особый интерес представляет постановление Суда по интеллектуальным правам от 21 марта 2017 г. № С01–148/2017 по делу № А63–2528/2016 (далее — Постановление)¹⁶. Из материалов этого дела следует, что учреждение *Л.* (пользователь) предъявило иск к обществу *В.* (правообладатель) о признании недействительным договора коммерческой концессии от 1 сентября 2014 г. № 05/14

и взыскании суммы неосновательного обогащения, т.е. ещё в период действия п. 2 ст. 1028 ГК РФ (в ред. 2006 г.), поскольку Федеральный закон от 12 марта 2014 г. № 35-ФЗ в отношении гл. 54 Кодекса вступил в силу с 1 октября 2014 г., что немаловажно для анализа данного Постановления.

Согласно п. 9.2 указанного договора коммерческой концессии обязательство по государственной регистрации было возложено на общество *В.* (правообладатель), однако срок его регистрации в договоре не был указан. Исходя из этого обстоятельства, Суд по интеллектуальным правам пришел к довольно странному выводу: “В связи с отсутствием в спорном договоре конкретного срока исполнения обществом обязательства по регистрации этого договора судебная коллегия отклоняет довод учреждения о том, что возможное намеренное уклонение общества от регистрации спорного договора коммерческой концессии ущемляет права учреждения и является злоупотреблением правом со стороны общества”. Если исходить из логики судебной коллегии, то правообладатель, сумевший навязать пользователю невыгодное для него условие договора о его регистрации без указания срока, может до бесконечности затягивать исполнение своего обязательства, что, несомненно, отрицательно влияет на стабильность правоотношений и вредит имущественным интересам пользователя.

Следует также отметить противоречивые выводы судебной коллегии относительно различных редакций п. 2 ст. 1028 ГК РФ. В одном случае судебная коллегия сформулировала совершенно корректный вывод: “Согласно пункту 2 статьи 1028 ГК РФ (в редакции, действовавшей в момент подписания договора) договор коммерческой концессии подлежит государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности. При несоблюдении этого требования договор считается ничтожным”. Однако в заключительной части своего Постановления судебная коллегия приходит к противоположному выводу, основанному на новой редакции п. 2 ст. 1028 ГК РФ: “Однако правовым последствием отсутствия регистрации договора коммерческой концессии является не недействительность этого договора, а признание несостоявшимся предоставления права”.

Кроме того, судебная коллегия лишь констатировала то обстоятельство, что судами первой и апелляционной инстанций установлено, что спорный договор коммерческой концессии является смешанным, но не дала этому ошибочному тезису никакой правовой оценки.

¹⁴ См.: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/2579b62c-308c-463d-8b0b-21be5149be4e/>

¹⁵ См.: Постановление Суда по интеллектуальным правам от 11 января 2017 г. № С01–1095/2016 по делу № А41–17422/2016 // <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/a869aefe-bbca-4df8-bf7e-ae08211fbb7c/>

¹⁶ См.: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/92ce16de-f3dc-4fa5-bcec-185ad03b163d/>

Наконец, следует обратить внимание на следующее заключение судебной коллегии: “При этом положения статей 1234 и 1235 ГК РФ не запрещают предоставления исключительного права на средство индивидуализации, не существующего на момент заключения договора”.

Указанная формулировка содержится и в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 14 февраля 2017 г. № С01-1320/2016 по делу № А32-36883/2015¹⁷, что свидетельствует о сформировавшейся позиции всего Суда, а не отдельного состава судей относительно принципа “что не запрещено, то разрешено”, а в целом — относительно возможности судебного правотворчества в рамках российской правовой системы.

Во-первых, следует иметь в виду, что в ст. 1234 и 1235 ГК РФ речь идет, соответственно, об отчуждении исключительного права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации и о предоставлении права использования таких результатов и средств, т.е. о созданных объектах гражданских прав. В тех случаях, когда законодатель предусматривает возможность передачи ещё не созданных объектов гражданских прав в момент заключения договора, об этом непосредственно указывается в законе. Например, в п. 2 ст. 455 ГК РФ предусмотрено, что договор может быть заключен на куплю-продажу товара, имеющегося в наличии у продавца в момент заключения договора, а также товара, который будет создан в будущем, если иное не установлено законом или не вытекает из характера товара.

Во-вторых, важно отметить, что Суд по интеллектуальным правам произвольно и весьма расширительно толкует принцип “что не запрещено, то разрешено”, который вызывал бурную полемику ещё в рамках советской науки гражданского права. При расширительном толковании указанного принципа неизбежно происходит создание новой нормы права, принятие которой не входит в компетенцию судебных органов, поскольку это — прерогатива федерального законодателя. В рассматриваемом случае это также возможно только путем внесения соответствующих изменений в Гражданский кодекс РФ.

Похоже, что судьям Суда по интеллектуальным правам не дает покоя сомнительная слава Высшего Арбитражного Суда РФ, который в свое время в принципе был основным поборником введения в России прецедентного права. Пора наконец-то

уяснить, что Россия — это одно из государств континентального права, и эта правовая аксиома не подлежит сомнению.

Обязанности сторон по договору коммерческой концессии и ограничения их прав

В ст. 1031–1032 ГК РФ закреплены обязанности, соответственно, правообладателя и пользователя. Одни из таких обязанностей сформулированы императивным образом, другие являются диспозитивными. Наличие императивных обязанностей в основном на стороне пользователя дает основание отдельным авторам причислять их к существенным условиям договора коммерческой концессии. Следует признать, что императивно сформулированные обязанности сторон договора коммерческой концессии являются взаимными, отражающими именно специфику этого самостоятельного вида гражданско-правового договора, направлены на стабильное развитие франчайзинговых систем в российской правовой системе.

У правообладателя есть одна императивно сформулированная обязанность: передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав (п. 1 ст. 1031 ГК РФ).

В соответствии с действовавшей до 1 января 2008 г. редакцией п. 1 данной статьи на правообладателя была возложена ещё одна обязанность — “выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке”. Однако в связи с отменой так называемой “двойной регистрации” договора коммерческой концессии упомянутая выше обязанность была поглощена обязанностью обеспечить государственную регистрацию этого договора в Роспатенте.

Как уже упоминалось, согласно п. 4 ст. 1027 ГК РФ к договору коммерческой концессии, соответственно, применяются правила разд. VII настоящего Кодекса о лицензионном договоре. В отношении обязанностей правообладателя императивного толка следует применить п. 2 ст. 1237 Кодекса (“Исполнение лицензионного договора”), сформулировав его таким образом: в течение срока действия договора коммерческой концессии правообладатель обязан воздерживаться от каких-либо действий, способных

¹⁷ См.: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/8ec9ca2a-9907-4ff4-93d8-a72a855c6d8b/>

затруднить осуществление пользователем предоставленного ему права использования комплекса исключительных прав.

В п. 2 ст. 1031 ГК РФ определены следующие диспозитивно сформулированные обязанности правообладателя:

обеспечить государственную регистрацию предоставления права использования в предпринимательской деятельности пользователя комплекса принадлежащих правообладателю исключительных прав по договору коммерческой концессии;

оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников;

контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии.

Почти все обязанности пользователя, указанные в ст. 1032 ГК РФ, являются императивными, а именно:

использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации правообладателя указанным в договоре образом;

обеспечивать соответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров (работ или услуг), производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем;

соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том числе указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав;

оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя;

не разглашать секреты производства (ноу-хау) правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию;

информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он

использует коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии.

К перечисленным выше многочисленным обязанностям пользователя следует добавить его обязанность представлять правообладателю отчеты об использовании объектов интеллектуальной собственности, права на которые входят в комплекс исключительных прав, вытекающих из п. 1 ст. 1237 ГК РФ.

В отличие от обязанностей правообладателя, единственной диспозитивно сформулированной обязанностью пользователя является предоставление оговоренного количества субконцессий, если такая обязанность предусмотрена договором. При этом важно отметить, что в соответствии со ст. 1029 ГК РФ по договору коммерческой концессии предоставление субконцессии может быть предусмотрено и как право, и как обязанность правообладателя. Причем договор коммерческой субконцессии не может быть заключен на более длительный срок, чем договор коммерческой концессии, на основании которого он заключается. В случае признания договора коммерческой концессии недействительным недействительны и заключенные на основании его договоры коммерческой концессии.

Существенные изменения затронули ст. 1033 ГК РФ в результате принятия Федерального закона от 18 июля 2011 г. № 216-ФЗ (далее — Закон № 216), в которой речь идет об ограничениях прав сторон по договору коммерческой концессии, большинство из которых возложены на пользователя. Положения ст. 1033 ГК РФ в первоначальной редакции выглядели следующим образом: “1. Договором коммерческой концессии могут быть предусмотрены ограничения прав сторон по этому договору, в частности могут быть предусмотрены:

обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичных комплексов исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;

обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;

обязательство пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

Ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

2. Являются ничтожными такие условия, ограничивающие права сторон по договору коммерческой концессии, в силу которых:

правообладатель вправе определять цену продажи товара пользователем или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) пользователем, либо устанавливать верхний или нижний пределы этих цен;

пользователь вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории”.

Как следует из вышеизложенного, ранее согласно абз. 2 п. 2 данной статьи к ничтожным относилось условие, в силу которого правообладатель был вправе определять цену продажи товара пользователем или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) пользователем, либо устанавливать верхний или нижний пределы этих цен.

В настоящее время согласно Закону № 216 указанное условие договора коммерческой концессии, считавшееся прежде ничтожным, превратилось в легальное ограничение прав пользователя по этому договору, причем в более развернутой форме. Так, согласно абз. 5 п. 1 данной статьи договором может быть предусмотрено обязательство пользователя реализовывать, в том числе перепродавать, произведенные и (или) закупленные товары, выполнять работы или оказывать услуги с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав по установленным правообладателем ценам, а равно обязательство пользователя не осуществлять реализацию

аналогичных товаров, выполнение аналогичных работ или оказание аналогичных услуг с использованием товарных знаков или коммерческих обозначений других правообладателей.

Кроме того, ограничения прав пользователя дополнились новым его обязательством в соответствии с новым абз. 6 п. 1 данной статьи: продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно в пределах определенной территории. Нетрудно догадаться, в чьих интересах были осуществлены упомянутые выше ограничения прав пользователя по договору коммерческой концессии. Как известно, на российском рынке правообладателями являются преимущественно транснациональные корпорации, а пользователями — средние и малые предприниматели, реже — индивидуальные предприниматели.

В обновленном п. 2 ст. 1033 ГК РФ осталось одно условие договора коммерческой концессии, которое считается ничтожным, и то в более ограниченном объеме. Так, если ранее ничтожным являлось такое условие, в силу которого пользователь вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории, то в настоящее время ничтожными считаются условия договора, предусматривающие обязательство пользователя продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги только исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной договором территории.

Абзац 6 п. 1 ст. 1033 ГК РФ в первоначальной редакции преобразован в п. 3 данной статьи, согласно которому ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

В связи с вышеизложенным представляет немаловажный интерес определение Высшего Арбитражного Суда РФ от 16 мая 2011 г. № ВАС-5549/11¹⁸ о передаче дела в президиум ВАС РФ по делу «ООО «Агроторг» (далее — Общество) против Управления Федеральной антимонопольной службы по Республике Татарстан (далее — антимонопольный орган)», в котором дана оценка квалификации

¹⁸ См.: http://sudbiblioteka.ru/as/text7/vasud_big_139828.htm

антимонопольным органом ограничительных условий договора коммерческой концессии. Так, коллегия судей ВАС РФ сочла ошибочной позицию антимонопольного органа, исходящего при квалификации действий Общества в качестве недобросовестной конкуренции из того, что Общество передало по договору коммерческой концессии исключительные права на товарный знак на территории Республики Татарстан и что состоялась частичная уступка исключительного права, так как правовая природа договора коммерческой концессии не предусматривает в качестве предмета передачи исключительных прав. По справедливому заключению судей по договору коммерческой концессии передаются права на использование комплекса исключительных прав, а не сами исключительные права. Кроме того, коллегия судей определила, что, поскольку положения ст. 1033 ГК РФ прямо предусматривают право сторон включить в договор коммерческой концессии определенные ограничения, такие ограничения при отсутствии их установления в договоре не могут предполагаться и, соответственно, применяться в отношении сторон договора. Судебная коллегия также отметила, что в постановлении суда кассационной инстанции сделан бесосновательный вывод о том, что единственным пределом установления различного рода ограничений прав сторон по договору коммерческой концессии является антимонопольное законодательство.

Исполнение и прекращение договора коммерческой концессии

Стабильность исполнения договора коммерческой концессии зависит от надлежащего исполнения сторонами своих обязанностей, что в принципе предопределяет также заключение договора на новый срок.

В ст. 1034 ГК РФ, устанавливающей повышенную защиту потребителей концессионных товаров (работ, услуг), урегулированы вопросы ответственности правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю в связи с исполнением договора коммерческой концессии. Правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем. Кроме того, по требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя, правообладатель отвечает солидарно с пользователем.

Следует также иметь в виду, что пользователь несет субсидиарную ответственность за вред,

причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей, если иное не предусмотрено договором коммерческой концессии (п. 4 ст. 1029 ГК РФ).

Что же касается взаимной ответственности сторон коммерческого договора, который является предпринимательским, то такая ответственность согласно п. 3 ст. 401 ГК РФ наступает независимо от их вины, если иное не предусмотрено договором.

В ст. 1035 ГК РФ закреплено преимущественное право пользователя на заключение договора коммерческой концессии на новый срок, которая также получила новую редакцию в 2011 г. Ранее указанная статья была сформулирована следующим образом:

“1. Пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет по истечении срока договора коммерческой концессии право на заключение договора на новый срок на тех же условиях.

2. Правообладатель вправе отказать в заключении договора коммерческой концессии на новый срок при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры коммерческой концессии и соглашаться на заключение аналогичных договоров коммерческой субконцессии, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор. В случае, если до истечения трехлетнего срока правообладатель пожелает предоставить кому-либо те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, он обязан предложить пользователю заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки. При заключении нового договора его условия должны быть не менее благоприятны для пользователя, чем условия прекратившегося договора”.

В соответствии с новым абз. 1 п. 1 данной статьи пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, по истечении срока договора коммерческой концессии имеет преимущественное право на заключение договора на новый срок. Если прежде пользователь имел безусловное право на заключение договора на новый срок на тех же условиях, то сейчас он располагает лишь преимущественным правом перед другими хозяйствующими субъектами на российском рынке. Более того, согласно новому абз. 2 п. 1 данной статьи при заключении договора на новый срок его условия могут быть изменены

по соглашению сторон. Иными словами, выгодное для пользователя условие заключения договора на новый срок “на тех же условиях” уступило месту условию “по соглашению сторон”, что полностью развязало руки правообладателю — экономически более сильной стороне в навязывании пользователю своих условий договора.

Как и прежде, согласно п. 2 ст. 1035 ГК РФ правообладатель вправе отказать пользователю в перезаключении договора коммерческой концессии на новый срок. Однако если правообладатель в течение года со дня истечения срока договора заключит с другим лицом договор коммерческой концессии, по которому предоставлены те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, на тех же условиях, пользователь вправе потребовать по своему выбору в суде перевода на себя прав и обязанностей и возмещения убытков, причиненных отказом возобновить с ним договор коммерческой концессии, или только возмещения таких убытков.

Отмечу для сравнения, что прежняя редакция ст. 1035 ГК РФ предусматривала возможность отказа правообладателя от перезаключения договора коммерческой концессии при условии неподписания аналогичного договора с другими лицами в течение более длительного срока — в течение трех лет со дня истечения срока данного договора. А если правообладатель до истечения указанного трехлетнего периода желал предоставить кому-либо те же права, то он был обязан предложить пользователю (вне рамок судебной процедуры) заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки. Вполне очевидно, что и данные нововведения были приняты не в интересах пользователя по договору коммерческой концессии.

В ходе исполнения договора коммерческой концессии в него согласно ст. 1036 ГК РФ могут вноситься изменения в соответствии с правилами гл. 29 Кодекса (“Изменение и расторжение договора”). При этом изменения, внесенные в договор коммерческой концессии, подлежат государственной регистрации в порядке, установленном в п. 2 ст. 1028 настоящего Кодекса. В случае изменения правообладателем коммерческого обозначения, входящего в комплекс исключительных прав, предоставленных пользователю по договору коммерческой концессии, этот договор продолжает действовать в отношении нового коммерческого обозначения правообладателя, если пользователь не потребует расторжения договора и возмещения убытков. При этом пользователь вправе потребовать соразмерного уменьшения

причитающегося правообладателю вознаграждения (ст. 1039 ГК РФ).

Статья 1038 ГК РФ предусматривает сохранение договора коммерческой концессии в силе при перемене сторон такого договора. Так, переход к другому лицу какого-либо исключительного права, входящего в предоставленный пользователю комплекс исключительных прав, не является основанием для изменения или расторжения договора коммерческой концессии. При этом новый правообладатель становится стороной этого договора в части прав и обязанностей, относящихся к перешедшему исключительному праву. Особое регулирование предусмотрено при перемене сторон договора, когда его стороной является индивидуальный предприниматель. В случае смерти правообладателя его права и обязанности по договору переходят к наследнику при условии, что он зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя; в противном случае договор прекращается.

В связи с тем обстоятельством, что переход какого-либо исключительного права (отчуждение, наследование, реорганизация юридического лица) требует внесения соответствующего изменения в государственный реестр, следует полагать, что в таком случае подлежит перерегистрации и соответствующий договор коммерческой концессии.

Важные положения содержатся в ст. 1037 ГК РФ, регламентирующей порядок прекращения договора коммерческой концессии, который также претерпел определенные изменения в результате принятия Закона № 216.

В отношении этой статьи Суд по интеллектуальным правам в своем постановлении от 22 декабря 2016 г. № С01-1106/2016 по делу № А60-779/2016¹⁹ счел необходимым обратить внимание на то, что положения этой статьи касаются разрешения вопросов прекращения договора коммерческой концессии во внесудебном порядке и не регулируют вопросы расторжения договора в судебном порядке. Суд по интеллектуальным правам отметил, что при отсутствии в ст. 1037 ГК РФ специальных положений, регулирующих порядок предъявления в суд требований о расторжении договора коммерческой концессии, общая норма Кодекса (п. 2 ст. 452), предусматривающая досудебный (претензионный) порядок урегулирования спора о расторжении договора,

¹⁹ См.: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/6de64698-f59f-484d-8770-1cce962a84d5/>

распространяется и на договор коммерческой концессии.

По общему правилу, установленному в п. 1 ст. 1037, каждая из сторон договора коммерческой концессии, заключенного без указания срока его действия, во всякое время вправе отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок.

Пункт 1 данной статьи дополнен абз. 2, согласно которому каждая из сторон договора коммерческой концессии, заключенного на определенный срок или без указания срока его действия, во всякое время вправе отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону не позднее чем за 30 дней, если договором предусмотрена возможность его прекращения уплатой денежной суммы, установленной в качестве отступного. Следует полагать, что в данном случае указанная денежная сумма должна рассматриваться как способ прекращения обязательства (ст. 409 ГК РФ «Отступное»), а не как неустойка, поэтому к ней невозможно применить норму ст. 333 ГК РФ, предусматривающую возможность уменьшения неустойки судом, если она явно несоразмерна последствиям нарушения обязательства.

Кроме того, ст. 1037 ГК РФ дополнена п. 1¹, предусматривающим случаи, когда правообладатель вправе отказаться от исполнения договора коммерческой концессии полностью или частично, а именно:

нарушение пользователем условий договора о качестве производимых товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг;

грубое нарушение пользователем инструкций и указаний правообладателя, направленных на обеспечение соответствия условиям договора характера, способов и условий использования предоставленного комплекса исключительных прав;

нарушение пользователем обязанности выплатить правообладателю вознаграждение в установленный договором срок.

При этом реализация права правообладателя на односторонний отказ от исполнения договора возможна в случае, если пользователь после направления ему правообладателем письменного требования об устранении нарушения не устранил его в разумный срок или вновь совершил такое нарушение в течение одного года с даты направления ему указанного требования.

Как указано в п. 3 данной статьи, договор коммерческой концессии прекращается в случае прекращения принадлежащего правообладателю

права на товарный знак, знак обслуживания или на коммерческое обозначение, когда такое право входит в комплекс исключительных прав, предоставленных пользователю, без замены прекратившегося права новым аналогичным правом.

Следует обратить особое внимание на несогласованность упомянутой выше нормы с нормой п. 1 ст. 1027 ГК РФ, которые, кстати, были изменены одним и тем же Законом № 216. Дело в том, что согласно п. 1 ст. 1027 Кодекса при заключении договора коммерческой концессии обязательным объектом передачи является право на использование товарного знака (знака обслуживания), тогда как право на использование коммерческого обозначения является факультативным объектом передачи. Однако при прекращении договора коммерческой концессии (п. 3 ст. 1037 ГК РФ) коммерческое обозначение выступает уже в роли наряду с товарным знаком (знаком обслуживания) обязательного объекта, что свидетельствует об упущении законодателя, которому следовало бы, по логике вносимых изменений, исключить из этой нормы вместе с фирменным наименованием также и коммерческое обозначение.

Одно из оснований прекращения договора коммерческой концессии, указанное в п. 4 ст. 1037 ГК РФ, — объявление правообладателя или пользователя несостоятельным (банкротом). Следует полагать, что и в данном случае законодатель следовало бы озаботиться судьбой тех сторон договора, которые утратили статус индивидуального предпринимателя, с тем чтобы указанное основание стало дополнительным к банкротству сторон договора коммерческой концессии.

Помимо упомянутых выше оснований договор коммерческой концессии прекращается и в случаях, указанных в п. 2 ст. 1038 и ст. 1039 ГК РФ (отсутствие регистрации или отказ в регистрации наследника умершего правообладателя — физического лица в качестве индивидуального предпринимателя; отсутствие согласия пользователя на продолжение действия договора при изменении правообладателем своего коммерческого обозначения).

Последствия прекращения исключительного права, пользование которым предоставлено по договору коммерческой концессии, изложены в ст. 1040 ГК РФ. Так, если в период действия договора коммерческой концессии истек срок действия исключительного права, пользование которым предоставлено по этому договору, либо такое право прекратилось по иному основанию, договор продолжает действовать, за исключением положений, относящихся к прекратившемуся

праву, а пользователь, если иное не предусмотрено договором, вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения. Однако в случае прекращения принадлежащего правообладателю исключительного права на товарный знак (знак обслуживания) или на коммерческое обозначение наступают последствия, предусмотренные п. 3 ст. 1037 и ст. 1039 ГК РФ, т.е. договор коммерческой концессии прекращается.

Заключительные положения

Подытоживая вышесказанное, следует ещё раз отметить, что внесенные изменения и дополнения в гл. 54 ГК РФ направлены в первую очередь на усиление позиций правообладателя в договоре коммерческой концессии, что по замыслу их инициаторов должно увеличить рост франчайзинговых систем в России. При этом имущественное положение пользователя, особенно при отказе правообладателя регистрировать договор коммерческой концессии в Роспатенте, представляется весьма уязвимым. В подобных случаях, как это указано в постановлении Суда по интеллектуальным правам от 22 декабря 2016 г. № С01-1106/2016 по делу № А60-779/2016²⁰, пользователю остается только требовать от правообладателя исполнения обязательств в части предоставления комплекса исключительных прав, а в случае неисполнения обязательства требовать от него возмещения убытков на основании ст. 15 и 393 ГК РФ. Ведь по заключению Суда по интеллектуальным правам правовым последствием отсутствия регистрации договора коммерческой концессии от 3 апреля 2015 г. № ДФ-12-03/04-2015 является не недействительность этого договора, а признание

несостоявшимся предоставления права. При этом уплаченный пользователем по заключенной и действительной сделке паушальный взнос не может быть признан неосновательным обогащением правообладателя и, следовательно, не подлежит возврату в качестве неосновательного обогащения.

Поэтому представляется целесообразным для сохранения баланса интересов правообладателя и пользователя, как минимум, в отношении п. 2 ст. 1028 ГК РФ вернуться к его редакции 2006 г., когда при несоблюдении требования государственной регистрации договор коммерческой концессии считался ничтожным.

Что касается вопроса уточнения правовой природы договора коммерческой концессии по российскому праву, то внесение изменений в гл. 54 ГК РФ (исключение из ст. 1027 фирменного наименования и коммерческого обозначения как обязательных объектов передачи в комплексе исключительных прав) исказило его содержание по сравнению с классическим понятием договора франшизы (франчайзинга) в мировой практике.

Следует полагать, что в целях устранения отмеченных ранее противоречий между положениями ст. 1027 и 1037 ГК РФ и возврата к договору коммерческой концессии в его традиционном понимании как разновидности договора франшизы (франчайзинга) целесообразно в качестве обязательного объекта передачи, наряду с товарным знаком (знаком обслуживания), определить коммерческое обозначение. Как известно, коммерческое обозначение, в большинстве случаев представляющее собой отличительную часть фирменного наименования, все же не подлежит регистрации в соответствии со ст. 1538 ГК РФ, поэтому устраняется негативный эффект «двойной регистрации», которая предусматривалась согласно первоначальной редакции гл. 54 ГК РФ.

²⁰ См.: <http://kad.arbitr.ru/PdfDocument/86c6275c-873d-4e3a-9a0d-c82c04783070//>