

Переверзев О.М. Договір комерційної концесії в системі господарських договорів України / О.М.Переверзев, Н.В.Загрішева // Ученые записки Таврического университета. – 2012. – Том 25 (64). - №2. – С.142-147.

**О.М.Переверзев,**

доцент кафедри менеджменту та господарського права  
Донецького національного технічного університету  
кандидат юридичних наук, доцент

**Н.В. Загрішева,**

старший викладач  
кафедри господарського права та процесу  
Київського університету права НАН України

## **ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ В СИСТЕМІ ГОСПОДАРСЬКИХ ДОГОВОРІВ УКРАЇНИ**

З набуттям чинності в 2004 році Цивільного кодексу України (далі - ЦКУ) та Господарського кодексу України (далі - ГКУ) на теренах української держави з'явився новий, невідомий до нині інститут комерційної концесії. До того моменту правовідносини комплексної передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності оформлювалися ліцензійними та іншими видами договорів. Імплементация зазначених норм дозволила наблизити національне законодавство до світових стандартів та використовувати загальноприйнятту конструкцію договору.

Правове регулювання комерційної концесії в Російській Федерації досліджували С.О. Бобков, Ж.М. Бородин, О.М. Васильєва, договори комерційної концесії – Д.В. Шульга, А.В. Сланова, О.О. Орлова. В Україні

інститут комерційної концесії в основному досліджувався лише в працях Я.О. Сидорова, договір комерційної концесії – І.І. Килимник. З точки зору господарсько-правової науки досліджувалися лише окремі питання, комплексного дослідження ще не проводилося. Натомість в цьому є нагальна потреба, і першим питанням в цьому дослідженні є питання місця та ролі договору комерційної концесії в системі господарських договорів України.

З урахуванням викладеного **метою** цієї статті є дослідження місця та ролі договору комерційної концесії в системі господарських договорів України.

Систематизація господарських договорів можлива лише за розуміння того, що:

1) господарський договір є специфічним правовим способом, який об'єднує публічні інтереси суспільства та приватні інтереси окремих суб'єктів господарювання [7, с. 86];

2) наявним різноманіттям господарських відносин (які у більшості випадків набувають договірної форми), та потребою врахування їх особливостей (специфіки) при здійсненні щодо них регулювального впливу, що має за наслідок поглиблення процесів правової спеціалізації [1, с.62-122].

Оскільки ГКУ не містить визначення поняття «господарський договір», В.С. Щербина пропонує його встановити, виходячи із загального поняття «договір», визначеного ЦКУ, з урахуванням особливостей, властивих господарському договору: господарський договір – це домовленість суб'єкта господарювання з іншим учасником (учасниками) відносин у сфері господарювання, спрямована на встановлення, зміну бо припинення їх прав та обов'язків у сфері господарювання [8, с. 236]. О.А. Беляневич зазначає, що господарський договір є збірним (узагальнюючим) поняттям, до якого відносяться різні договірні типи, що мають схожі принципи нормативної регламентації [9, с. 452]. На думку С.А. Подоляк, господарський договір як засіб організації господарсько-договірних відносин

є універсальною юридичною конструкцією, заснованою на угоді сторін і спрямованою на досягнення правової мети [10, с. 13].

Дослідимо морфологічну природу терміну «комерційна концесія». Концесійні правовідносини беруть свій початок за часів Стародавнього Риму: термін «концесія» походить від лат. *Concensio* – надання дозволу, поступка. Незважаючи на те, що система римського цивільного права була побудована на приватноправових засадах, не усяка річ могла бути предметом приватної власності чи належати на праві такої власності. Давньоримські юристи виділяли з множини речей, які слугують задоволенню потреб людини, особливі групи, що не можуть бути об'єктами права приватної власності. До цих груп входили речі, які не могли знаходитися у приватній власності, а й бути предметом розпорядження. За дослідженням В. Шретера, монополізація державою на свою користь певної діяльності обґрунтовувалась подальшою передачею такої діяльності приватним особам у вигляді виключного привілею за окрему плату. Таким чином, основними ознаками, які в 15-16 столітті поклали основу концесії є: визначення привілею чи права монарха, юридичне закріплення такого права та подальша передача приватним суб'єктам [2; 5].

В Україні та Російській Федерації під правовідносинами, які охоплює поняття «комерційна концесія», розуміють правовідносини, що в міжнародному та зарубіжному законодавстві мають назву франчайзинг. Історичне коріння, що сформувало основу франчайзингу як складової сучасного господарського права України, тісно переплітається з передумовами виникнення концесії. Термін «франчайзинг» походить від англ. *Franchises* – ярмарок та інші місця для торгівлі, Оксфордський словник англійської мови визначає термін «*franchising*» «як всі права та свободи єпископатів... що надані королівською короною». Надання певних привілеїв, що дозволяють здійснювати певні дії на визначеній території за певну плату формували основу комерційної концесії протягом кількох століть. [4]

На жаль, законодавцем не розкрито поняття комерційної концесії. О.О. Орлова узагальнивши визначення, що зустрічаються в науковій літературі, зазначає, що комерційна концесія – це спосіб ведення підприємницької діяльності, яка має на увазі створення широкої мережі підприємств (користувачів), які пов'язані з головною фірмою (правовласником) договором комерційної концесії, та функціонують під єдиним товарним знаком, що належить правовласнику, та дотримуються єдиних умов, стилю, методів і форм продажу товарів або надання послуг [3]. Класифікація франчайзингу (комерційної концесії), на думку А. Цират, залежить від наступних факторів: 1) товарів, які підлягають збуту; 2) статусу франшизіата; 3) характеру підприємницької діяльності; 4) території; 5) наявності або відсутності прямих відносин між франшизіатом та франшизіаром; 6) комбінаційний франчайзинг. [12] Міжнародний інститут приватного права (UNIDROIT) виокремлює наступні види діяльності, які можуть бути предметом договору комерційної концесії: бухгалтерські та податкові послуги, технічні станції обслуговування автомобілів, салони краси, пивоварні, будівництво, продаж товарів за каталогами, прокат/надання в оренду авто, студії танців тощо [13].

Історично, договір комерційної концесії відноситься до класу так званих непоіменованих договорів (*contractus innominatis*): виникли з договірно-правової практики, не були закріплені законодавчо і в подальшому були визнані судовою практикою. За договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволодільцеві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду.

Економічні передумови формування та розвитку інституту комерційної концесії відносяться до розширення вже існуючого успішного

бізнесу, його просування на інші території за рахунок надання у користування майнових прав на відому торговельну марку та супутніх об'єктів інтелектуальної власності. На підтримку такої думки наведемо дослідження Д.В. Шульги, який підкреслює, що привілей, у випадку комерційної концесії, має економічну привабливість як для правоволодільця, так і для користувача. Зазначимо, що у правовідносинах, які порівнюються, термін «отримання прибутку» формується під впливом двох факторів: строк отримання прибутку та розмір капіталовкладень. При комерційній концесії строк отримання прибутку є мінімальним при незначному розмірі капіталовкладень, на відміну, наприклад, від концесії, де строк отримання прибутку може сягати декількох звітних періодів за умови вкладення значних грошових сум. Отже, привілеями для правоволодільця є: - вигода від розширення бізнесу без великих фінансових витрат; - здійснення ефективного контролю за умовами реалізації продукції та послуг; - отримання доходу у вигляді роялті; - отримання додаткового прибутку за рахунок зниження витрат виробництва на одиницю продукції або послуг в результаті зростання масштабів виробництва. Привілеї для користувача: - можливість ведення бізнесу під відомою торговою маркою; - використання апробованої концепції бізнесу; - можливість отримання управлінських консультацій від експертів відповідної області; - зниження витрат на рекламу за рахунок спільної діяльності; - отримання послуг головної фірми в організації початкового та майбутнього навчання [4, с. 77-78].

Дослідивши історичні та економічні чинники приходимо до висновку, що: 1) історичні витоки комерційної концесії лежать у площині використання та розпорядження привілеєм; 2) метою комерційної концесії є розширення господарської діяльності суб'єкта підприємництва за умови надання ним прав використання відомої торговельної марки іншим суб'єктам підприємницької діяльності.

На думку В.С. Мілаш об'єктом комерційного договору є конкретне благо, щодо якого здійснюються взаємоузгоджені дії його сторін та

досягається кінцевий правовий ефект [1]. М.І.Брагінський зазначає, що в більшості випадків предметом договору є майно, яке одна сторона зобов'язується передати іншій стороні (наприклад, товар в договорі купівлі-продажу). Предметом договору можуть бути також майнові права (наприклад, предметом договору про заставу може бути право оренди якогось майна); роботи (в договорі підряду); послуги (в договорі перевезення); виключні права (у авторських договорах) тощо. [6, с. 240]

Предметом договору комерційної концесії є комплекс наданих прав – право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, ділова репутація, комерційний досвід (ст. 366 ГКУ, ст. 1116 ЦКУ). Саме комплексна передача прав і відрізняє договір комерційної концесії від інших видів договорів у сфері інтелектуальної власності. Так, договори, визначені Главою 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності» ЦКУ, спрямовані на: використання (ст. 1108 ЦКУ) та надання дозволу на використання об'єкта інтелектуальної власності (ст. 1109 ЦКУ); передачу виключних майнових прав (ст. 1113 ЦКУ). У більшості випадків через нерегульованість певних положень чинного законодавства (наприклад, різні строки набуття та припинення правової охорони об'єктів інтелектуальної власності) доволі складно, а інколи і неможливо, реалізувати вищезазначений перелік дій щодо різних об'єктів інтелектуальної власності в межах одного договору ст.1108, 1109, 1113 ЦКУ.

Суттєве значення при класифікації договорів необхідно приділяти правовому статусу сторін, що укладатимуть договір. На відміну від подібного ліцензійного договору (ст. 1109 ЦКУ), стороною договору комерційної концесії (правоволодільцем, користувачем) може бути лише фізична або юридична особа, яка здійснює підприємницьку діяльність. Це впливає і з видів діяльності, які визначені UNIDROIT. Правовий статус сторін як суб'єктів підприємницької діяльності характерний для таких країн, як: США, Канада, Бразилія, Франція, РФ тощо. Окремо підкреслимо, що в Бразилії, крім зазначеної вимоги, існує жорсткий публічно-правовий порядок

регулювання франчайзингових відносин: франшизіар має надати на ознайомлення до Бразильського інституту промислової власності комплект документів, в якому міститься інформація про франшизу, а у разі, якщо франшизіаром являється іноземна особа – отримати згоду в Центральному банку Бразилії та зареєструвати відповідний договір [12, с. 42]. Публічно-правовий порядок укладання договору комерційної концесії притаманний і національному законодавству. Згідно п. 2 ст. 367 ГКУ, договір підлягає державній реєстрації органом, який здійснив реєстрацію суб'єкта господарювання, що виступає за договором як правоволоділець. Якщо правоволоділець зареєстрований як суб'єкт господарювання не в Україні, то реєстрація договору здійснюється органом, який зареєстрував користувача.

Симбіоз принципу рівності сторін за договором та норм ст. 175 «Майново-господарські зобов'язання» ГКУ підкреслює рівноправність сторін договору комерційної концесії. Але з точки зору М.І. Кулагіна, між сторонами договору виникає залежність, яка має ознаки адміністрування: «практично повна залежність роздрібного комерсанта або невеликого підприємства обслуговування може бути встановлена за допомогою договору франшизи, за яким компанія надає іншим особам право використовувати певні торговельні знаки, назви, символи для визначення деяких видів діяльності, продуктів або послуг... Фактично, дрібні комерсанти є службовцями, що виконують вказівки корпорації» [11, с.265 – 266]. З цим не можна погодитись - діяльність і правоволодільца, і користувача направлена на досягнення загальної мети: отримання прибутку за умови підтримання високого рівня послуг на підставах, визначених договором. Адміністрування франшизіара, зазначає А. Цират, направлено виключно на охорону своєї інтелектуальної власності та ділової репутації [12, с. 93]. На думку автора, користувач отримуючи комплекс прав інтелектуальної власності, методик ведення бізнесу, технічну документацію тощо від правоволодільца, залишається вільним щодо здійснення господарської діяльності та реалізації принципів підприємництва (ст. 44 ГКУ). Контроль якості товарів, робіт,

послуг, передбачений п.2 ст. 370 ГКУ, не свідчить про наявність організаційно-господарських (вертикальних) відносин, а направлений лише на дотримання та виконання договору належним чином. Правоволоділець не гарантує отримання прибутку користувачем, і користувач, укладаючи договір, розуміє, що діяльність буде здійснюватися в межах визначених договором, але на його власний ризик.

Наступною ознакою, яка підлягає дослідженню, є зміст договору. Перелік істотних умов договору комерційної концесії чинним законодавством не передбачено. Умови, передбачені ст. 180, 370, 371 ГКУ, ст. 1120-1129 ЦКУ не задовольняють реалізацію на практиці такого складного та багатогранного договору, яким є договір комерційної концесії. До 1 жовтня 2012 р. перелік істотних умов договору формувався з врахуванням норм ст. 17 Закону України «Про державне регулювання діяльності у сфері трансферу технологій», проте після набрання чинності нової редакції закону такі врахування втратили чинність. Отже, на даний момент, формування змісту договору здійснюється на підставі принципу свободи договору, передбаченого ст. 6 ЦКУ, з урахуванням вимог: сфери діяльності, правового статусу правоволодільця, предмета договору, вимог, які висуває правоволоділець до користувача тощо. Враховуючи складність, множинність правовідносин, що регулюються договором комерційної концесії, нагальною потребою є визначення та деталізація істотних умов договору та законодавче їх закріплення нормами ГКУ.

Отже, правовідносини, які формують інститут комерційної концесії, належать до господарських відносин. Договір комерційної концесії є господарським договором на підставі якого може бути реалізовано право суб'єкта підприємницької діяльності щодо комплексної передачі/набуття прав інтелектуальної власності та комерційного досвіду. Потребує зміни та закріплення на законодавчому рівні, шляхом внесення змін до Господарського кодексу України, положення щодо істотних умов договору комерційної концесії.



### **Список використаних джерел:**

1. Мілаш В.С. Комерційний договір у господарському праві: теоретичні проблеми становлення та розвитку. Автореф. дис. доктора юрид.наук. / НЮА України ім. Я.Мудрого. – Харків, 2008. – стор. 62-122. 430
2. Медведєва О.А. Концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами : дис.канд.юр. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / О.А. Медведєва. – Харків, 2004. – стор. 10-16, 23, 46-48. 195
3. Орлова О.А. Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству : дис.канд. юр. наук : спец. 12.00.03. «гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное право» / О.А. Орлова. – Саратов, 2003. – стр. 13-14. с.187
4. Шульга Д.В. Регулирование договора коммерческой концессии (франчайзинга) в гражданском праве России : дис.канд. юр. наук : спец. 12.00.03. «гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное право» /Д.В. Шульга. – Волгоград, 2005. – стр. 14-20, 77-78 с169
5. Шретер В. Концессионное право. // Вестник промышленности, торговли и транспорта. - 1923.- № 9 - 10. - С. 1 - 15.
6. Актуальные вопросы гражданского права/ Под ред. М.И. Брагинского, Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права.–М.: Статут,1998– 464с.
7. Беяневич О.А. До питання про поняття господарського договору // Проблеми вдосконалення господарського законодавства України: тези виступів учасників Круглого столу (17 квітня 2001 р.). – К., 2001. – С.86;
8. Щербина В.С. Господарське право України: підручник / Щербина В.С. – [4-е вид., перероб. і допов.]. – К.: Юрінком Інтер, 2009. – 640 с.

9. Договірне право України. Загальна частина: навч. посібник / [Боднар Т.В. Дзера О.В., Кузнецова Н.С. та ін.]; за ред. О.В. Дзери. – К.: Юрінком Інтер, 2008. – 896 с.

10. Подоляк С.А. Правові підстави та наслідки визнання господарських договорів недійсними та неукладеними в Україні : дис.канд.юр. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / С.А. Подоляк. - Київ, 2010. – 215 с.

11. Кулагин М.И. Избранные труды. – М.: Статут (в серии «Классика российской цивилистики»), 1997. – 330 с.

12. А. Цират. Франчайзинг и франчайзинговый договор : монограф. - К.: 2002 – 240 с.

13. Guide to International master Franchise Arrangements. UNIDROIT. – Rome, 1998. - P.259-262