

КОМЕРЦІЙНА КОНЦЕСІЯ ЯК СУЧАСНА ПРАВОВА ТЕНДЕНЦІЯ РОЗВИТКУ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

COMMERCIAL CONCESSION AS A CONTEMPORARY TENDENCY OF DEVELOPMENT OF ECONOMIC ACTIVITY

Пархоменко Є.О., студентка факультету соціології і права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Подольак С.А., к.ю.н., доцент,

доцент кафедри інформаційного, господарського та адміністративного права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Стаття присвячена дослідженню правової природи комерційної концесії (франчайзингу), аналізу договору комерційної концесії у господарських правовідносинах та визначенню колізій у правовому регулюванні комерційної концесії в Україні. В ході роботи здійснювалось порівняння правового регулювання відносин комерційної концесії на національному та міжнародному рівнях. Авторами запропоновані власні шляхи вдосконалення правового регулювання франчайзингу в українському законодавстві. Однією із форм ведення бізнесу є комерційна концесія (франчайзинг), яка вважається найбільш успішною та найвигіднішою формою. Завдяки відносинам комерційної концесії створюються сприятливі умови для розвитку малого та середнього підприємництва і залучення інвестицій в українську економіку, що в подальшому призводить до посилення конкуренції на ринках. Специфіка відносин комерційної концесії та сучасний стан розвитку економіки дозволяє зробити висновок про великі перспективи поширення франчайзингу. Однак, незважаючи на темпи розвитку комерційної концесії у міжнародній спільноті, юридична природа відносин комерційної концесії в українському законодавстві залишається недостатньо врегульованою і потребує уваги щодо удосконалення, шляхом запозичення тенденцій розвитку франчайзингу в інших державах. Відносини комерційної концесії не можна назвати новими у господарській діяльності в Україні, оскільки вони були врегульовані на законодавчому рівні ще в 2003 року у зв'язку із прийняттям нового Цивільного та Господарського кодексів України. Деякі аспекти комерційної концесії вже висвітлювались у працях юристів України, але інтерес правників до даного інституту характеризується фрагментарністю, а доробки науковців досі залишаються незагаленими. У зв'язку з тим, що увага українських авторів сконцентрована переважно на вивченні іноземного досвіду правового регулювання відносин франчайзингу та їхнього практичного використання, проблеми господарсько-правового регулювання комерційної концесії в Україні залишаються мало дослідженими.

Ключові слова: комерційна концесія, франчайзинг, договір комерційної концесії, праволоділець, користувач, підприємницька діяльність.

The article is devoted to research a legal nature of commercial concession (franchising), analysis of commercial concession agreement in economic legal relations, determination of collisions at legal regulations of commercial concession in Ukraine. During researching there was comparison of legal regulation of commercial concession's relations at national and international levels. An improving legal regulations of franchising methods were proposed by authors. Commercial concession or franchising is one of running business forms, that is seen as the most successful and profitable form. Thankful to commercial concession relations, favorable conditions for development of small and medium business and involving of investments to Ukrainian economic are created. Specifics of commercial concession relations and modern state of economic development allow to draw a conclusion about great perspective of franchising spreading. However, despite the temps of commercial concession development at international community, legal nature of commercial concession relations in Ukrainian legislation remains insufficiently regulated and needs an attention to improving by adoption tendencies of franchising development in other states. Commercial concession relations can't be called as new relations at economic activity in Ukraine because they were regulated at legislative level in 2003 in connection with adoption of new Civil Code and Economic Code. Some aspects of commercial concession have been already covered in work of Ukrainian lawyers but an interest lawyers to this institute is characterized with fragmentation and the works of scientists still remain ungeneralized. Due to the fact that an attention of Ukrainian authors is mainly focused on study of foreign experience of legal regulation franchising relations and their practical usage, the problems of economic regulation of commercial concession in Ukraine remain little explored.

Key words: commercial concession, franchising, commercial concession agreement, rightholder, user, business activity.

Постановка проблеми. Реалії сьогодення зумовлюють необхідність удосконалення правового регулювання різних видів господарської діяльності, щоб допомогти бізнесу відновитися у післявоєнний період та привабити інвестиції в економіку України. Комерційна концесія як один з видів інвестування у діючий бізнес, який довів свою прибутковість є таким видом господарської діяльності.

Мета статті полягає в дослідженні правової природи комерційної концесії (франчайзингу), аналізу договору комерційної концесії у господарських правовідносинах та визначенню колізій у правовому регулюванні комерційної концесії в Україні.

Виклад основного матеріалу. Наприкінці XIX століття склалась система, яка передбачала договірні відносини між великими та дрібними підприємцями, коли малий бізнес почав отримувати право на використання технології виробництва, продажу товарів або послуг відомої компанії, а також право користування відомим товарним знаком.

Подальші відносини, які склались між великим компаніями та малими підприємствами, виражались у вигляді

договорів франчайзингу. Зміст такого договору зводився до того, що дилеру (сучасному франчайзі) виділялася певна територія, на якій йому гарантувався захист від конкуренції, натомість, дилер брав на себе зобов'язання не продавати машини інших виробників, забезпечувати високий рівень обслуговування і підтримувати імідж виробника (сучасного франчайзера).

У міжнародній спільноті вищезазначені відносини носять назву франчайзингу, однак, в українському законодавстві – це відносини комерційної концесії. Комерційна концесія розглядається як підприємницька діяльність, що здійснюється на підставі договору комерційної концесії і полягає у наданні однією стороною концесійних відносин другій стороні права використання комплексу належних праволодільцеві виключних прав.

Пропонуємо проаналізувати правову природу франчайзингу, аби визначитись, чи потребує українське законодавство оновлення шляхом заміни терміну «комерційна концесія».

По-перше, франчайзинг (франшиза) є договірними відносинами між юридичними особами, за яких одна сто-

рона (франчайзер) надає другій стороні (франчайзі) право на виробництво чи реалізацію певної продукції, надання послуг від імені та під товарним знаком франчайзера.

По-друге, франчайзинг можна визначати як спосіб просування та збуту товарів та послуг.

По-третє, франчайзер виплачує франчайзі винагороду за надані права та послуги. Українським законодавством також передбачено, що користувач зобов'язаний виплачувати правоволодільцеві передбачену договором комерційної концесії винагороду.

У науковій площині досі точаться дискусії з приводу співвідношення комерційної концесії та франчайзингу. Наприклад, Т.В. Маланчук та О.С. Віткова дотримуються думки, що франчайзинг за своїм змістом є значно ширшим, однак, у той же час наголошують: «існування комерційної концесії як окремого виду діяльності, на нашу думку, аж ніяк не може підмінити відносини франчайзингу» [1, с. 930].

З приводу даного питання висловився і Державний комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва у Листі «Щодо договору комерційної концесії» № 761 від 11.02.2004, зазначивши: «що стосується договору франчайзингу та обсягу правовідносин, які врегульовані цим договором, то зауважимо, що Цивільним кодексом України, що набрав чинності 01.01.2004 р., це коло правовідносин отримало назву комерційна концесія, а договір – договір комерційної концесії» [2].

Суди встановлюють, що договір франчайзингу за своєю правовою природою є договором комерційної концесії, та вирішують спори, керуючись главою 36 Господарського кодексу України та главою 76 Цивільного кодексу України. Так, Західний апеляційний господарський суд в постанові від 10.06.2022 у справі № 926/3594/21 вказав, що апеляційний господарський суд погоджується з висновками місцевого господарського суду про те, що укладений між сторонами договір, виходячи з його умов, за своєю природою є договором комерційної концесії [3].

Таким чином, комерційна концесія цілком відповідає правовій природі франчайзингу, а франчайзинг можна вважати іноземним аналогом комерційної концесії. Оскільки українське законодавство не стоїть на місці, а держава впевнено крокує до європейської спільноти, то термін комерційної концесії має бути замінений на франчайзинг, аби усунути певні непорозуміння з іноземними контрагентами.

Відповідно до ч. 1 ст. 366 ГК України, за договором комерційної концесії одна сторона (правоволодільець) 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 [3].

С. Кисельов вважає, що комерційна концесія (франчайзинг) виступає як дозвіл або право продажу певних товарів або надання певних послуг, розуміючи її як переуступку певних прав [4, с. 44].

Із такою позицією можна погодитись частково, адже комерційна концесія не є переуступкою прав. Переуступка прав – це передання права вимоги третій стороні. За умовами цього договору новий кредитор (покупець) бере зобов'язання та право вимоги на себе від початкового кредитора (покупця). При виникненні відносин франчайзингу у правоволодільця залишаються ті права, які він передав користувачеві, тобто, він не позбавляється права використовувати торгову марку, комерційне позначення, права на технологію виробництва тощо.

Складність відносин комерційної концесії вимагає ретельного законодавчого закріплення змісту договору франчайзингу, перш за все його предмета й інших істотних умов.

Відповідно до ч. 3 ст. 180 ГК України, при укладенні господарського договору сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору [5].

Однак, строк у договорі комерційної концесії (франчайзингу) не є істотною умовою, оскільки, з огляду на ч. 1 ст. 366 ГК України, правоволодільець зобов'язується надати користувачеві право використання комплексу прав на строк або без визначення строку. Тобто договір франчайзингу може бути і безстроковим.

Роз'яснення цьому надав і Вищий господарський суд України в інформаційному листі «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» від 07.04.2008. Згідно зі звичаєм ділового обороту, не зазначення строку дії договору свідчить про волю сторін на встановлення правила про те, що договір діє до припинення зобов'язання, що виникло з договору, виконанням або з інших підстав відповідно до закону. Отже, за відсутності в господарському договорі строку дії договору, у суду немає підстав вважати його неукладеним, якщо докази, наявні у справі, не свідчать про те, що справжня воля сторін полягала у намірі досягнути згоди про строк дії договору в майбутньому [6].

У зв'язку із цим, пропонуємо внести зміни до ч. 3 ст. 180 ГК України шляхом викладення такого змісту: «При укладенні господарського договору сторони зобов'язані погодити предмет, ціну та строк дії договору, крім випадків, встановлених цим Кодексом».

Визначення предмета договору комерційної концесії надається у Цивільному кодексі України. Так, відповідно до ч.1 ст. 1116 ЦК України, предметом договору комерційної концесії є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації.

Згідно з ч. 2 ст. 366 ГК України, договір комерційної концесії передбачає використання комплексу наданих користувачеві прав, ділової репутації і комерційного досвіду правоволодільця в певному обсязі.

Виходячи із положень ГК України, користувачеві передається комплекс прав, хоча, уточнення щодо того, які саме права передаються – законодавець не роз'яснив. Аналіз доктрини показує, що комплекс прав включає в себе також право на використання комерційної таємниці, комерційної інформації, а також право використовувати технології виробництва або системи продажу.

Отже, предмет договору за господарським законодавством є ширшим за предмет, визначений цивільним законодавством, тому що не прив'язується до права інтелектуальної власності. Проте, Гладка О.В. вважає, що право на використання об'єктів права інтелектуальної власності є серцевиною предмета договору комерційної концесії, а ділова репутація та комерційний досвід – похідними від прав інтелектуальної власності [7]. На нашу думку, більш доцільним є визначення предмета договору за ГК України, оскільки комплекс прав може включати в себе як право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, так і вищенаведені права.

Предметом договору франчайзингу можуть бути не лише вищезазначені права, ділова репутація тощо. Верховним Судом при встановленні обставин справи в постанові від 10.11.2021 у справі № 753/23218/17-ц визначено, що 24 квітня 2015 року між ТОВ «Європейське бюро розвитку бізнесу» та ФОП ОСОБА_1 укладений договір комерційної концесії бізнес – школи «Miniboss» № 010815/02. Відповідно до пункту 1.1 договору правовласник – ТОВ «Європейське бюро розвитку бізнесу» надав користувачу – ФОП ОСОБА_1, а користувач ФОП ОСОБА_1 набув право використання у своїй підприємницькій діяльності комплексу прав на унікальну освітню технологію для розвитку індивідуальності дитини, підлітка, студента та Знак для товарів та послуг «Біз-

нес – школа «Miniboss». За використання комплексу виключних прав користувач ФОП ОСОБА_1 сплачує правовласнику ТОВ «Європейське бюро розвитку бізнесу» обумовлену договором винагорода [8].

Щодо ціни договору, то ч. 1 ст. 369 ГК України передбачено, що винагорода за договором комерційної концесії може виплачуватися користувачем правоволодільцеві у формі разових або періодичних платежів або в іншій формі, передбаченій договором.

Я.О. Сидоров виділяє такий вид платежу, як «факультативний», до якого відносяться витрати на рекламу, оплата послуг (навчання, консультації, юридичні й аудиторські послуги і т.п.), оплата матеріальних цінностей, необхідних для забезпечення виконання поставлених цілей, що можуть передаватися на умовах купівлі-продажу, оренди або інших умов, інші виплати щодо яких домовляється сторона [9, с. 116].

Сторонами у договорі комерційної концесії (франчайзингу) є правоволодільець (франчайзер) та користувач (франчайзі). Вимогами до сторін даного договору є те, що вони мають бути суб'єктами підприємницької діяльності та як фізичними, так і юридичними особами.

Перед укладанням договору комерційної концесії (франчайзингу) необхідно перевіряти свого контрагента, зокрема, через Єдиний державний реєстр фізичних осіб-підприємців, юридичних осіб та громадських формувань та особливо звертати увагу на розділ «Види діяльності». До КВЕДів підприємця (правоволодільця) має входити КВЕД 77.40 «Лізинг інтелектуальної власності та подібних продуктів, крім творів, захищених авторськими правами», тому що цей клас включає не лише лізинг інтелектуальної власності (крім творів, захищених авторськими правами, таких як книги або програмне забезпечення), а й одержування роялті за використання патентованої продукції, торговельних і сервісних марок, назв брендів та укладання франчайзингових угод. Однак постає питання, чи кожна юридична особа, зареєстрована згідно із чинним законодавством України, може бути правоволодільцем та укласти договір комерційної концесії.

Договір комерційної концесії спрямований на укладення у сфері підприємницької діяльності, саме тому учасниками можуть виступати виключно суб'єкти підприємницької діяльності. Тому, правоволодільцем та користувачем не може бути державне підприємство через те, що воно не володіє виключними права на об'єкти інтелектуальної власності або ж кооперативи, які не мають на меті ведення підприємницької діяльності та отримання прибутку. Тобто сторонами договору комерційної концесії не можуть бути некомерційні організації і держава.

Основними нормативно-правовими актами, які регулюють договір та відносини комерційної концесії, є ЦК України та ГК України. За доцільне потрібно розглянути суперечності між їхніми положеннями, які можуть призводити до неузгодженостей при здійсненні господарської діяльності.

Існує розбіжність у положеннях стосовно форми договору комерційної концесії. Так, відповідно до ГК України, недодержання письмової форми договору комерційної концесії тягне за собою недійсність договору, а згідно з ЦКУ такий договір є нікчемним. Недійсні правочини включають в себе нікчемні, тобто такі, що визнаються неукладеними та не тягнуть за собою жодних юридичних наслідків, та оспорювані – недійсність яких прямо не встановлена законом, але одна з його сторін або інша зацікавлена особа можуть оспорити правочин із підстав, передбачених законом. У зв'язку із цим, законодавець в ГК України визначає, що недотримання форми договору франчайзингу може тягнути як нікчемність, так і оспорюваність. А ЦК України навпаки – зводить наслідки недотримання форми договору, вказуючи лише на нікчемність. На нашу думку, раціональнішим є положення Цивільного

кодексу України, де зазначається про нікчемність договору комерційної концесії в разі недодержання письмової форми, оскільки це деталізує такі наслідки.

Простежується певна невідповідність у законодавстві при визначенні строковості зазначеного договору. Так, відповідно, до ч. 1 ст. 366 Господарського кодексу України, правоволодільець зобов'язується надати користувачеві право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав на строк або без визначення строку. В той же час, в Цивільному кодексі України про строк дії договору комерційної концесії нічого не йдеться. Водночас, ЦК України, на відміну від ГК, містить право користувача на укладення договору комерційної концесії на новий строк на тих самих умовах. При цьому правоволодільець може відмовити користувачеві в укладенні договору на новий строк тільки за встановлених законом умов. З цього приводу Ю.С. Паніна зазначає, що закріплення положення щодо права користувача, котрий належним чином виконував свої обов'язки, на укладення договору комерційної концесії на новий строк є необхідним та раціональним механізмом захисту його інтересів від недобросовісного правоволодільця [10, с. 43].

У зв'язку з інтенсивною євроінтеграцією, перед українською державою стоїть завдання імплементувати норми законодавства Європейського Союзу та приводити національне законодавство у відповідність до права ЄС.

Уніфікованого акта, який би регулював договір комерційної концесії (франчайзингу), на рівні Європейського Союзу не існує. Спеціальне законодавство у сфері регулювання договору франчайзингу існує тільки в декількох країнах-членах ЄС. В інших – договори франчайзингу підпадають під правове регулювання тільки положень цивільних, господарських чи торговельних кодексів тощо.

У 1990 році Європейська Організація Франчайзингу (European Franchise Federation – EFF), яка почала свою роботу ще в 1972 році, членство в якій мають франчайзингові об'єднання країн Європи, й також інші особи, які мають відношення до франчайзингу, прийняла Європейський Кодекс Етики Франчайзингу – своєрідну «Конституцію» франчайзингу, на базі якої повинне будуватися правове регулювання франчайзингових відносин в кожній окремо взятій європейській державі. Цей кодекс визначає франчайзинг – як систему продажу товарів, послуг або технологій, яка заснована на тривалому співробітництві між юридичними та фінансово незалежними сторонами: франчайзером та франчайзі. Сутність цієї системи полягає у тому, що франчайзер надає франчайзі право, а також накладає на нього зобов'язання вести бізнес у відповідності з його концепцією [11, с. 654].

Що стосується правового регулювання комерційної концесії в окремих державах, то, наприклад, в Італії відносини комерційної концесії носять назву франчайзингу. Франчайзинг в Італії регулюється Законом від 25.05.2004 № 129 «Правила регулювання комерційного приєднання».

Іноземні франшизи на території України походять з таких країн як Бельгія, Франція, Польща, Німеччина, Китай, Фінляндія, США, Італія, Угорщина та інші. Однак, в Україні, на відміну від Бельгії, Італії, Франції, Іспанії у законодавстві залишається відсутнім інститут переддоговірного розкриття інформації франчайзером про склад франшизи. Саме через це франчайзі несе великий ризик при укладенні договору, тому що франчайзер може, навіть, і не мати мінімального складу франшизи. Законодавство деяких держав врегульовує обов'язок сторін щодо переддоговірного розкриття інформації. Наприклад, у Швеції існує нормативно-правовий акт, який носить назву Закону від 01.10.2006 р. «Про зобов'язання розкриття франшизи» і містить положення щодо того, які відомості потрібно розкривати.

Інформація щодо розкриття франшизи міститься і в законодавстві Франції – у Декреті № 91-337 «Про розвиток торгівлі і промисловості та покращення економічного, політичного та соціального становища відповідних галузей» яким передбачено, що праволоділець (франчайзер) і користувач (франчайзі) повинні скласти окремий документ про переддоговірне розкриття інформації, до якої належить: адресу головного офісу компанії та характер її діяльності; організаційно-правову форму компанії; реєстраційний номер у торговому реєстрі компаній або в Національному реєстрі товарних знаків, дата та номер реєстрації; банк, який обслуговує компанію; дату створення компанії із зазначенням основних етапів її розвитку; відомості про мережевих операторів; передбачуваний строк основного договору франчайзингу (комерційної концесії).

Враховуючи наведене, пропонуємо доповнити частиною 1-1 статтю 1120 ЦК України та абзацом 3 частину 1 статті 370 ГК України такого змісту: «Праволоділець перед початком укладення договору франчайзингу зобов'язаний розкрити інформацію про запропоновані до продажу комплекси виключних прав (адресу головного офісу компанії та характер її діяльності, ідентифікаційний код в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських

формувань, передбачуваний строк основного договору франчайзингу, надати документи, що підтверджують реєстрацію торговельної марки та належність прав на інші об'єкти інтелектуальної власності)».

Висновки. Однією із форм ведення бізнесу є комерційна концесія (франчайзинг), яка вважається найбільш успішною та найвигіднішою формою. Завдяки відносинам комерційної концесії створюються сприятливі умови для розвитку малого та середнього підприємництва і залучення інвестицій в українську економіку, що в подальшому призводить до посилення конкуренції на ринках. В ході наукового дослідження зроблено висновок про тотожність понять комерційної концесії та франчайзингу і визначено необхідність заміни терміну «комерційна концесія» на «франчайзинг». Запропоновано удосконалити законодавство у сфері комерційної концесії (франчайзингу) шляхом внесення відповідних змін до ЦК та ГК України. Саме такі зміни, на нашу думку, зможуть пришвидшити процес укладення договору франчайзингу (комерційної концесії) між українськими підприємцями та іноземними контрагентами. Відтак, це удосконалення знизить ризик виникнення спорів між сторонами зазначеного договору та сприятиме утворенню усталеної практики у врегулюванні відносин франчайзингу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Маланчук Т.В., Віткова О.С. Щодо співвідношення понять «франчайзинг» та «комерційна концесія» в законодавстві України. *Молодий вчений*, 2017. № 11 (51). С. 929–933.
2. Щодо договору комерційної концесії: Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 11.02.2004 № 761. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0761563-04#Text> (дата звернення 10.12.2022)
3. Постанова Західного апеляційного господарського суду від 10.06.2022 у справі № 926/3594/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104745928>
4. Кисельов С. Міжнародний франчайзинг, оформлення договірних відносин. *Патенти і ліцензії*, 1994. № 7-8. С. 42–45.
5. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення 10.12.2022)
6. Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого Господарського суду України від 07.04.2008 № 01-8. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08#Text (дата звернення 10.12.2022)
7. Гладка О. В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування : дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2015. 188 с.
8. Постанова Верховного Суду від 10.11.2021 у справі № 753/23218/17-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100957003>
9. Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект) : дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. Запоріжжя, 2004. с.116
10. Паніна Ю.С. Нормативно-правове регулювання договору комерційної концесії за Цивільним та Господарським кодексами України: порівняльно-правовий аналіз. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. № 3. С. 41–45.
11. Подоляк С.А. Правове регулювання франчайзингу в світі. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2022. № 5. С. 654–657