ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ПРОЦЕС

УДК 347.440.1

Т. В. Бачинський
Інститут права та психології
Національного університету "Львівська політехніка",
канд. юрид. наук, адвокат,
асист. кафедри цивільного права та процесу

ДО ПИТАННЯ ПРО ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ) ТА ДЕЯКІ НОВЕЛИ ЙОГО РЕЄСТРАЦІЇ

© *Бачинський Т. В., 2014*

Матеріал торкається проблем укладення та реєстрації договору франчайзингу. Здійснено історичний аналіз розвитку законодавства з цього питання, а також надано не лише теоретичну, а й практично-значущу оцінку і характеристику договору комерційної концесії та порядку його реєстрації.

Ключові слова: договір комерційної концесії, договір франчайзингу, франчайзер, франчайзі.

Т. В. Бачинский

К ВОПРОСУ О ДОГОВОРЕ КОММЕРЧЕСКОЙ КОНЦЕССИИ (ФРАНЧАЙЗИНГА) И НЕКОТОРЫХ НОВЕЛЛ ЕГО РЕГИСТРАЦИИ

Материал касается проблем заключения и регистрации договора франчайзинга. Осуществлен исторический анализ развития законодательства по этому вопросу, а также предоставлена не только теоретическая, но и практически-значимая оценка и характеристика договора коммерческой концессии и порядка его регистрации.

Ключевые слова: договор коммерческой концессии, договор франчайзинга, франчайзер, франчайзи.

T. V. Bachynskyy

ON THE COMMERCIAL CONCESSION AGREEMENT (FRANCHISE) AND SOME NEW LAW OF ITS REGISTRATION

The article deals with the problems of concluding and registration of the franchise agreement. There is provided historical analysis of legislation on this issue, and the auth author defines not only theoretical but also practical assessments of franchise agreement and its registration procedure.

Key words: commercial concession agreement, franchise agreement, franchisor, franchisee.

Постановка проблеми. Впродовж останніх років питання укладення договорів франчайзингу та їх практичної значущості викликало чималі сумніви. Адже на франчайзері лежав обов'язок реєстрації такого договору, а відповідного механізму не існувало. Чимало суб'єктів госпо-

Lviv Polytechnic National University Institutional Repository http://ena.lp.edu.ua

дарювання йшли шляхом укладення ліцензійного договору замість договору франчайзингу, хоча ні по змісту, ні згідно з рекомендаціями державних органів не рекомендувалося цього робити. Актуальність зумовлена прийняттям нового порядку та відповідно механізму реєстрації договору комерційної концесії.

Стан дослідження. Договір франчайзингу неодноразово ставав предметом досліджень, – наукових та науково-публіцистичних статей, а також підручників як з правових, так і економічних спеціальностей, що здійснювалися такими науковцями: В. Дмитришин, В. Крижна, Ю. Романець, А. Серветник, Є. Суханов, І. Якубівський та ін.

Мета дослідження – встановити теоретичні та практичні аспекти природи договору франчайзингу, його укладення та новели реєстрації такого договору концесії, згідно з останніми змінами у законодавстві України.

Виклад основних положень. Договором франчайзингу в Україні переважно називають договір комерційної концесії, визначений Цивільним кодексом України як зобов'язання однієї сторони (правоволодільця) оплатно надати в користування іншій стороні (користувачеві) комплекс прав для виготовлення або продажу певних товарів чи надання послуг [1].

Такий договір є новелою Цивільного кодексу України 2003 р. і навколо його правової природи постійно ведуться наукові дискусії. Думки дослідників розділилися: по-перше, висловлюється думка, що договір комерційної концесії належить до договорів щодо передання майна у користування. Такої позиції дотримується, зокрема, Ю. Романець, характеризуючи договір комерційної концесії як такий, що спрямований на передачу у тимчасове користування об'єктів цивільних прав [2, с. 362–363].

Серед українських правників побутує і друга позиція, відповідно до якої договір комерційної концесії – це договір у сфері інтелектуальної власності. Такої позиції дотримуються, наприклад, Є. Суханов [3, с. 623–636], В. Луць [4], І. Якубівський [5], В. Крижна [6, с. 36].

Є також і третя думка, відповідно до якої вказаний договір поряд з авторським та ліцензійним договорами належить до групи договорів, що передбачають вчинення кількох видів дій – договір зі змішаним об'єктом виконання. Такої правової позиції додержується А. Серветник [7, с. 59–60]. Вважаємо саме такий підхід оптимальним та таким, що якнайточніше характеризує правову природу зазначеного договору. Оскільки, видається, саме така конструкція відображає ідею договору франчайзингу – це ліцензійний договір (який передбачає передання прав користування торговою маркою чи інших немайнових прав (складова "інтелектуальної власності"), а також передання майна у користування ("майнова складова"), що разом і дає змішаний характер. Крім того, є і певні особливості, що характерні лише франчайзингу і, завдяки чому не вдається його замінити сукупністю ліцензійного договору та, наприклад, договору оренди майна, – це передання, так би мовити, "схеми бізнесу", коли франчайзі отримує не лише майно і можливість користуватися інтелектуальними правами, а й натренований персонал, бізнес-план, ексклюзивну техніку, наприклад, рецепти чи технології послуг. Ці, так звані ноу-хау, та інші особливості зумовлюють незамінність цього договору та його суспільну необхідність.

При цьому франчайзинг не треба плутати із концесією у сенсі передання певних ресурсів у користування інших осіб. У літературі є багато публікацій стосовно розмежування цих понять. Наприклад, В. Дмитришин приділяє окрему увагу співвідношенню подібних ознак цих договорів та наголошує, що комерційна концесія та франчайзинг – це різні договори [8]. Зокрема, виділяють дві концепції франчайзингу – європейську та американську. Європейська концепція розуміє під франчайзингом чітко "бізнес-формат франчайзинг", тоді як в США поширений своєрідний структурований підхід. За американською концепцією, "франчайзинг" позначає два різновиди підприємницьких відносин: "бізнес-формат франчайзинг" і т. зв. "товарний франчайзинг". Перший різновид загалом відповідає європейській моделі франчайзингу як договору, за яким франчайзі переймає підприємницьку систему та методи франчайзера, використовує його торгову марку та

Lviv Polytechnic National University Institutional Repository http://ena.lp.edu.ua

фірмову назву. Другий же різновид відповідає договору, за яким франчайзі лише продає товари, вироблені франчайзером або позначені його торговою маркою або фірмовою назвою, не одержуючи жодної допомоги від франчайзера і не знаходячись під його контролем.

При цьому "європейське" визначення франчайзингу виражає ідею *animus corpus* (духу співпраці), що об'єднує сторони в договорі, тоді як "американське визначення" робить наголос на зобов'язанні франчайзера "бути господарем магазину" [9].

За своїм змістом – це відносини "опіки і контролю" з боку "старшого партнера" над "молодшим", перший з яких дає другому свій бренд, веде за собою і "прокладає йому шлях". Натомість комерційна концесія – це насамперед відносини купівлі-продажу товарів, які можуть передбачати також використання окремих виключних прав виробника або постачальника з подальшою передачею товарів.

Крім того, В. Дмитришин підкреслює, що укладаючи договір франчайзингу, правоволоділець передає ширший, порівняно з концесією, обсяг прав, тому що, крім виключного права на продаж товарів, наданих виробником товару, передаються права на об'єкти інтелектуальної власності.

Річ у тому, що українське законодавство, зокрема цивільне (ст. 1115–1116 ЦК України), оперує терміном "комерційна концесія", фактично підписуючи під нього класичні правовідносини франчайзингу. Саме тому, по суті, ці поняття ототожнюються.

Цікавою є історія виникнення такого договору. Відомо, що концесійні правовідносини беруть свій початок ще у часи Стародавнього Риму (термін "концесія" походить від лат. *concenssio* – надання дозволу, дії, права). Попри 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 не тільки 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. Отже, основними ознаками, які в XV–XVI ст. заклали основу концесії, є: визначення привілею чи права монарха, юридичне закріплення такого права та подальша передача приватним суб'єктам [10].

Відповідно до ст. 1118 Цивільного кодексу України та п. 2 ст. 367 Господарського кодексу України, договір комерційної концесії (тобто договір франчайзингу) підлягає державній реєстрації органом, який здійснив реєстрацію суб'єкта господарювання (тобто самого підприємства, що є власником торговельної марки та ноу-хау тощо).

Ще донедавна у практичній площині укладання договору франчайзингу було проблемним питанням, оскільки Державна реєстраційна служба не здійснювала державної реєстрації вказаного договору – такий обов'язок просто не був покладений законом на зазначений орган. До слова, цілком слушно зазначають І. Лукач та І. Шкарівська, що, враховуючи комплексний аналіз, закон України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" не містить повноважень, які мають державні реєстратори щодо здійснення державної реєстрації договору комерційної концесії. Згідно з останнім абзацом ч. 1 ст. 6 закону, державний реєстратор здійснює "інші дії, передбачені цим законом". Тобто не дії, передбачені законодавством, а саме цим конкретним законом. Тому посилатися на те, що ці обов'язки надані реєстратору через положення ЦК України та ГК України, було неправильно, оскільки реєстратори у своїй діяльності керуються саме приписами закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців" [11].

Такі істотні прогалини зумовили закономірне внесення змін до законодавства, але проблем це не зменшило, а навпаки, – додало. Тому що поправки були внесені до ст. 640 ЦК і стосувалися усіх договорів, що набували чинності з моменту державної реєстрації, – відповідно вони стали набувати чинності з моменту укладення. Проте з іншого боку, залишилася без змін ст. 1118 ЦК (а ця норма є спеціальною щодо загальної ст. 640 ЦК), яка гласить, що у відносинах з третіми особами сторони

Lviv Polytechnic National University Institutional Repository http://ena.lp.edu.ua

договору комерційної концесії мають право посилатися на цей договір лише з моменту його державної реєстрації.

Подальші спроби вирішити зазначену проблему на законодавчому рівні також потерпіли поразку, зокрема, 15 січня 2009 у Верховній Раді України був зареєстрований Проект Постанови про прийняття за основу проекту закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо державної реєстрації договорів комерційної концесії) 2334/П. Але він так і залишився проектом.

Водночас практика потребувала пошуку виходів із ситуації, що склалася. Отже, обмежене законодавче регулювання спричинилося до того, що під час укладення договорів комерційної концесії для правомірного здійснення діяльності за дійсними договорами, можна діяти двома способами:

1. Договір комерційної концесії підлягає державній реєстрації органом, який здійснив державну реєстрацію правоволодільця. Якщо правоволоділець зареєстрований в іноземній державі, реєстрація договору комерційної концесії здійснюється органом, який здійснив державну реєстрацію користувача.

У судовій практиці непоодинокі випадки, коли суд зобов'язував державних реєстраторів здійснити реєстрацію договорів франчайзингу. Тож можна було укласти договір франчайзингу, звернутися до Державної реєстраційної служби для реєстрації (чи виконавчого комітету відповідної ради, бо донедавна реєстрацію юридичних осіб здійснював не підрозділ Мін'юсту, а реєстраційна служба при виконавчих комітетах відповідної міської чи районної ради). Потім оскаржити відмову у суді і зобов'язати державних реєстраторів таки зареєструвати договір комерційної концесії. Наприклад, справа № 2а-3193/11, де Луцький міськрайонний суд Волинської області зобов'язав виконком Луцької міської ради здійснити державну реєстрацію договору комерційної концесії. Хоча були й інші випадки, коли, наприклад, у справі № 826/20059/13-а Окружний адміністративний суд міста Києва відмовив у задоволенні позовних вимог франчайзера, посилаючись на те, що суд не повинен "усувати прогалини в законі".

2. Укладати не договір комерційної концесії, а ліцензійний договір. За вказаним договором також можлива передача в користування об'єктів права інтелектуальної власності, як і за концесійним договором. Але значною перевагою є те, що на відміну від договорів комерційної концесії, ліцензійні договори не підлягають обов'язковій державній реєстрації. Хоча сам по собі ліцензійний договір за предметом і змістом не відповідає тим завданням, які вирішує договір франчайзингу, але ліцензійний договір можливо доповнити іншими договорами про оренду майна, консультацій, співпраці тощо.

Законодавча неузгодженість в такий спосіб створювала масу труднощів, коли нарешті у кінці вересня 2014 року Міністерством юстиції України був виданий Наказ №1601/5 від 29.09.2014 р. "Про затвердження Порядку реєстрації договорів комерційної концесії (субконцесії)". Нормативно-правовий акт вступив у дію 21 жовтня (крім п.1, що набирає чинності через шість місяців з дня його офіційного опублікування), відтак сьогодні є законодавчо закріплена процедура.

Коротко проаналізуймо ключові положення новоприйнятого Порядку. Обов'язок здійснення реєстрації договорів комерційної концесії та субконцесії покладений на Державну реєстраційну службу. Безперечний плюс нового законодавства – перенесення процедури реєстрації в електронну площину. Подавати документи можна і особисто, і поштовим відправленням, а також через спеціально створену Інтернет-сторінку, Реєстраційний портал, що, безумовно, є економією часу та ресурсів. Іще однією позитивною ознакою нового Порядку видається те, що здійснення реєстрації договору франчайзингу (а також за вчинення багатьох інших дій, як от за реєстрацію змін до цього договору чи його розірвання тощо) є безоплатним, що прямо зафіксовано Наказом Мін'юсту України.

Але також щодо електронної подачі документів необхідно звернути увагу на те, що заявнику необхідно буде проставляти на поданих документах електронний цифровий підпис, а відскановані документи повинні відповідати технічним вимогам до формату зображення та файла. Оскільки Реєстраційний портал наразі не функціонує, то про конкретні особливості його роботи говорити не доводиться.

Lviv Polytechnic National University Institutional Repository http://ena.lp.edu.ua

Реєстрація договорів комерційної концесії (франчайзингу) здійснюється зі стійкою прив'язкою до реєстрації юридичних осіб чи фізичних осіб-підприємців, оскільки запис про зареєстрований договір повинен відображатися, крім Реєстраційного порталу, ще й в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців. Обов'язок реєстрації покладений на правоволодільця (у договорі комерційної концесії) або користувача (у договорі комерційної субконцесії), – тобто договір реєструє та сторона, яка за цим договором передає свої права іншій стороні.

Висновки. Підбиваючи підсумок, зазначимо, що договір комерційної концесії (франчайзингу) – актуальний і ефективний інструмент для врегулювання правовідносин між суб'єктами у сфері надання послуг чи продажу товарів. Позитивним є запровадження дієвого механізму реєстрації договорів комерційної концесії (замість існуючого), хоча не до кінця зрозуміла, необхідність реєстрації таких угод, адже франчайзер може просто на своєму сайті розмістити перелік франчайзі.

1. Цивільний кодекс України №435-IV від 16.01.2003 р. // Офіційний вісник України. – 2003. – №11 (28.03.2003). – 461 с. 2. Романец Ю. В. Система договоров в гражданском праве России. – М., 2004. – 496 с. 3. Суханов Є.О. Гражданское право: в 2 т. – Т. II, Полутом 1: учеб. / отв. ред. Е. О. Суханов. – М., 2002. – С. 638. 4. Луць В. В. Контракти у підприємницькій діяльності: навч. посіб. – К., 2001. – С. 252 5. Якубівський І. Є. Правова природа договору комерційної концесії (франчайзингу). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.univer.km.ua/visnyk/1142.pdf. 6. Крижна В. Загальна характеристика договорів щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності // Право України. – 2004. – №9. – С.70; Крижна В. Види договорів у сфері інтелектуальної власності // Інтелектуальний капітал. – 2004. – № 4. – С. 36. 7. Серветник А. А. Основание классификации гражданско-правовых договоров // Правоведение. – 2004. – №1. – С. 59–60. 8. Дмитришин В. С. Договір комерційної концесії та договір франчайзингу. Співвідношення понять та правова природа. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://dspace.nbuv.gov.ua/bitstream/handle/123456789/23589/50-Dmytryshyn.pdf?sequence=1. 9. Gamet Pol Fr., Franchise Agreements within the European Community. Transnational Publishers Inc., 1997. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://eurocollege.ru/fileserver/doc/temat-catalog.doc. 10. Переверзєв О. М. Договір комерційної концесії в системі господарських договорів України / О. М. Переверзєв, Н. В. Загрішева // Учёные записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия "Юрид. науки". – 2012. – Т. 25 (64), № 2. – С. 142–147. 11. Дукач І., Шкарівська І. Проблеми державної реєстрації договорів комерційної концесії. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://papers.univ.kiev.ua/jurydychni_nauky/articles/Problems_of_state_registration_of_commercial_concession_contract._commercial_concession_contract_19836.pdf.

Lviv Polytechnic National University Institutional Repository http://ena.lp.edu.ua