



КОМЕРЦІЙНА КОНЦЕСІЯ ТА КОНЦЕСІЯ: ЗАГАЛЬНІ Й ОСОБЛИВІ РИСИ

Надія Загрішева,

*аспірант Інституту економіко-правових досліджень
НАН України, м. Донецьк*

З набуттям чинності в 2004 році Цивільним кодексом України та Господарським кодексом України на теренах української держави з'явився новий, не відомий донині інститут комерційної концесії. До того моменту правовідносини комплексної передачі виключних майнових прав інтелектуальної власності оформлювалися ліцензійними й іншими видами договорів. Імплементация зазначених норм надала б можливість наблизити національне законодавство до світових стандартів та використовувати загальноприйнятну конструкцію договору.

Поняття концесійних правовідносин у Російській Федерації досліджували: Я. Золоева, О. Савинова, правове регулювання комерційної концесії — С. Бобков, Ж. Бородин, О. Васильєва, договори комерційної концесії — Д. Шульга, А. Сланова, О. Орлова. В Україні інститут комерційної концесії досліджений у працях Я. Сидорова, договір комерційної концесії — І. Килимник, правовідносини концесії — О. Медведєвої. Проте поза увагою залишився аспект співвідношення по-

нять концесії та комерційної концесії як правових категорій.

Метою статті є дослідження інститутів комерційної концесії та концесії, визначення їхніх спільних ознак і відмінностей.

Низка питань щодо співвідношення інститутів комерційної концесії та концесії виникла після імплементації до національного законодавства терміну «комерційна концесія». Використання дефініції «концесія» в назві інститутів наводить на думку, що правовідносини, що виникають, є спорідненими^{*}. Проведемо дослідження понять концесії та комерційної концесії щодо наявності спільних рис та відмінностей за такими ознаками: історичні та економічні умови формування інститутів, вимоги при укладенні договорів: порядок укладення, правовий статус сторін, предмет і об'єкт договору, істотні умови.

На відміну від комерційної концесії, інститут концесії був відомий у радянські часи^{**}. В перші роки існування СРСР, Декретом від 23.11.1920 року було прийнято рішення надати

* Наведемо як приклад використання омоніма «ліцензія»: 1) дозвільний документ на заняття господарською діяльністю Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»; 2) договір на використання об'єктів інтелектуальної власності (ст. 1108 ЦК України).

** Комерційні підприємства з іноземними інвестиціями (повні або часткові), що існували на території СРСР з 1920 року до середини 1930-х років. Договори з торгових концесій укладалися на рік і пізніше продовжувалися, а договори про промислові концесії могли укладатися на декілька десятиліть. Наприклад, концесія *Swedish General Electric*, заснована в 1927 році, підписала контракт з радянською стороною 1962 року, а японська фірма *Hokushinkai oil concession* на Сахаліні — до 1975 року.

можливість іноземному капіталу здійснювати підприємницьку діяльність на території СРСР. Мета, яка ставилась, — залучення іноземного капіталу з метою відновлення народного господарства в тих районах і сферах, де здійснення самостійного економічного розвитку державою було неможливе [4].

Концесія — це надання з метою задоволення суспільних потреб уповноваженим органом державної влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній і строковій основі вітчизняним або іноземним суб'єктам господарювання (концесіонерам) права на створення (будівництво) та/або управління (експлуатацію) об'єктом концесії за умови взяття концесіонером на себе відповідних зобов'язань, майнової відповідальності та підприємницького ризику (ст. 406 ГК України). На жаль, законодавцем не розкрито поняття комерційної концесії. О. Орлова, узагальнивши визначення, що використовуються в науковій літературі, зазначає, що комерційна концесія — це спосіб ведення підприємницької діяльності, яка має на увазі створення широкої мережі підприємств (користувачів), котрі пов'язані з головною фірмою (правовласником) договором комерційної концесії та функціонують під одним товарним знаком, належним правовласнику, та дотримуються єдиних умов, стилю, методів і форм продажу товарів або надання послуг [7].

Історично договір комерційної концесії належить до класу так званих непоіменованих договорів (*contractus innominatis*): які 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

комплексом прав, належних правоволоділецьві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволоділецьві обумовлену договором винагороду.

Історичні й економічні чинники. Концесійні правовідносини беруть свій початок за часів Стародавнього Риму: термін «концесія» походить від лат. *concessio* — надання дозволу, поступка. Незважаючи на те, що система римського цивільного права була побудована на приватноправових засадах, не всяка 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 належали речі, що не могли перебувати у приватній власності, а й навіть бути предметом розпорядження. За дослідженням В. Шретера, монополізація державою на свою користь певної діяльності обґрунтовувалася подальшою передачею такої діяльності приватним особам у вигляді виключного привілею за окрему плату. Тож, основними ознаками, які в XV–XVI столітті утворювали основу концесії були: визначення привілею чи права монарха, юридичне закріплення такого права та подальша передача приватним суб'єктам [6; 9].

В Україні та Російській Федерації під правовідносинами, що їх 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



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

права та свободи єпископатів... що надані королівською короною». Надання певних привілеїв*, які дозволяють здійснювати певні дії на визначеній території за певну плату формували основу комерційної концесії протягом кількох століть [8].

Підтримуючи думку О. Медведевої, до **економічних чинників**, які вплинули на формування інституту концесії вважаємо належними такі фактори:

- неефективність або низька ефективність державного чи комунального управління такими об'єктами, що призводить до спаду виробництва й обсягів прибутку;
- брак бюджетних коштів на фінансування об'єктів концесії;
- неспроможність владного апарату забезпечити відповідність виробництва науково-технічному прогресу;
- кризові явища в економіці [6].

Отже економічні чинники розвитку концесії лежать у площині необхідності залучення приватного капіталу з метою розвитку чи поживлення господарської діяльності певних галузей. Такий підхід не є справедливим для комерційної концесії. Економічні передумови формування та розвитку інституту належать до розширення вже успішного бізнесу, його просування на інші території за рахунок надання в користування майнових прав на відому торговельну марку та супутніх об'єктів інтелектуальної власності.

На підтримку такої думки наведемо дослідження Д. Шульги, який підкреслює, що привілеї у випадку комерційної концесії має економічну привабливість як для правоволодільця, так і для користувача. Зазначимо, що в правовідносинах, які порівнюються, термін отримання прибутку формується під впливом двох факторів: строк отримання прибутку та розмір капіталовкладень. При комерцій-

ній концесії строк отримання прибутку є мінімальним при незначному розмірі капіталовкладень, на відміну від концесії, де строк отримання прибутку може сягати декількох звітних періодів за умови вкладення значних грошових сум. Отже привілеї для правоволодільця є такі:

- 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 завдяки зниженню витрат виробництва на одиницю продукції чи послуг у 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 галузі;
- зниження витрат на рекламу за рахунок спільної діяльності;
- отримання послуг головної фірми в організації початкового та майбутнього навчання [8, 77–78].

Дослідивши історичні та економічні чинники доходимо висновку, що: 1) історичні витоки концесії та комерційної концесії лежать у площині використання й розпорядження привілеєм, проте 2) економічні фактори не дозволяють ототожнювати ці два поняття. За умов отримання прибутку метою:

- концесії є відновлення, поживлення господарської діяльності певної галузі завдяки залученню капіталовкладень приватних осіб;
- комерційної концесії є розширення господарської діяльності суб'єкта підприємництва за умови надан-

* Наприклад, права на збір податків, постачання солдат до армії (Британія), колонізація Прикамського краю (Росія).

ня їм прав використання відомої торговельної марки іншим суб'єктам підприємницької діяльності.

Відповідно до чинного законодавства, договір комерційної концесії є консенсуальним, оплатним. Договір концесії є оплатним, Законом України «Про концесії» передбачено порядок проведення концесійного конкурсу з метою укладення договору [1]. Відповідно до роз'яснень «Особливості укладення договору концесії» від 19.01.2011 року, наданих Міністерством юстиції України, головною ознакою, що полягає між договором концесії та іншими правовими інститутами (договір найму, оренди, фінансового лізингу) є передання прав від концесіодавця до концесіонера в обов'язок створення (будівництва) та/або управління об'єктом концесії. На відміну від найму, де власником надається майно необхідне наймачу, в концесії передається право на створення майна та подальше його використання з метою отримання прибутку [3].

Суттєве значення при класифікації договорів необхідно приділяти **правовому статусу сторін**, які укладатимуть договір. Стороною договору комерційної концесії може бути лише фізична чи юридична особа, що здійснює підприємницьку діяльність, а в договорі концесії з одного боку виступають органи виконавчої влади чи місцевого самоврядування, а з другого суб'єкти підприємницької діяльності. При цьому щодо визначення правового статусу особи концесіонера виникають деякі розбіжності між Господарським кодексом України та Законом України «Про концесію» [1]. Так, Господарський кодекс України зазначає, що концесіонером може бути вітчизняний або іноземний суб'єкт господарювання. Натомість, у Законі України «Про концесію» концесіонер зазначений як суб'єкт підприємницької діяльності. Якщо згадати норми статтей 3, 42, 52, 55 ГК України, то різниця в колі осіб,

які можуть отримати об'єкт у концесію, буде значною. Проте, відповідно до роз'яснень «Особливості укладення договору концесії» від 19.01.2011 року, наданих Міністерством юстиції України [3], особи, що мають право отримати об'єкт за концесійним договором повинні мати на меті отримання прибутку, а отже — відповідати положенням статтей 42 та 44 ГК України: бути підприємцями.

Предмет і об'єкт договору. На думку В. Мілаш, об'єктом комерційного договору є конкретне благо, щодо якого здійснюються взаємоузгоджені дії його сторін і досягається кінцевий правовий ефект [5]. М. Брагінський зазначає, що в більшості випадків предметом договору є майно, яке одна сторона зобов'язується передати іншій стороні (приміром, товар у договорі купівлі-продажу). Предметом договору можуть бути також майнові права (наприклад, предметом договору про заставу може бути право оренди якого-небудь майна); роботи (в договорі підяду); послуги (в договорі перевезення); виключні права (в авторських договорах) тощо [10, 240].

Предметом договору комерційної концесії є комплекс наданих прав — право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, ділова репутація, комерційний досвід (ст. 366 ГК України, ст. 1116 ЦК України).

До об'єктів державної чи комунальної власності, котрі можуть надаватися у концесію, належить майно підприємств цілісних майнових комплексів, об'єкти незавершеного будівництва та законсервовані об'єкти, спеціально збудовані об'єкти відповідно до умов концесійного договору (п. 4 ст. 3 Закону України «Про концесії»). Законом передбачений виключний перелік видів господарської діяльності, в яких укладається договір. Порівнявши предмети договорів, бачимо, що вони належать до різних видів об'єктів цивільних прав: об'єкти права інтелектуальної власності та



ДОГОВІРНІ ВІДНОСИНИ

нерухомі речі*. Правовий режим цих груп є відмінним. Об'єднує їх лише те, що й об'єкти права інтелектуальної власності, й нерухомі речі належать до категорії «майно суб'єкта господарювання» (п. 1 ст. 139 ГК України, ст. 19 ЦК України). Щодо предмета договору комерційної концесії чинне законодавство не містить жодних застережень ані щодо форми власності, ані щодо видів діяльності в яких укладається договір.

Наступною ознакою, котра підлягає дослідженню, є **зміст договорів**. Перелік істотних умов договору комерційної концесії чинним законодавством не передбачено. Істотні умови, передбачені статтями 180, 370, 371 ГК України, статті 1120–1129 ЦК України, не задовольняють реалізацію на практиці такого складного та багатогранного договору, яким є договір комерційної концесії. За умови врахування положень ст. 17 Закону України «Про державне регулювання у сфері трансферу технологій» від 14.09.2006 року, доходимо висновку, що договір комерційної концесії, як один з договорів сфери трансферу технологій, урегулюється нормами закону**.

Дослідивши перелік істотних умов обох договорів, зазначимо: більшість істотних умов договору комерційної концесії спрямовані на визначення умов, строків, місця, способу та порядку передавання об'єктів технології (майнових прав на об'єкти інтелектуальної власності). Натомість, істотні умови договору концесії (ст. 10 Закону України «Про концесії») врегульовують правовий режим об'єкта концесії та пов'язані з ним особливості: умови надання земельної ділянки, використання праці громадян України, порядок використання амортизаційних відрахувань, відновлення об'єкта концесії.

Порядок розрахунків. Ст. 369 ГК України та п. 1 ст. 1115 ЦК України передбачено виплату разових або періодичних платежів як винагороди за договором комерційної концесії. Суб'єкти підприємницької діяльності самостійно визначають порядок і розмір розрахунків. Розрахунок концесійних платежів здійснюється відповідно до ст. 12 Закону України «Про концесії» та Методики розрахунку концесійних платежів [1; 2]. При цьому розмір розрахунків залежить від готовності об'єкта концесії до експлуатації. У разі експлуатації цілісного майнового комплексу розмір платежів розраховується через співвідношення коефіцієнтів фондівіддачі в галузі та в народному господарстві до вартості основних фондів і сталого коефіцієнта. Це свідчить про різний підхід до формування ціни договору й умов, які звичайно до неї висуваються.

Строк дії договору. У договорі комерційної концесії законодавець не обмежує і формує під впливом граничного строку дії охоронних документів на об'єкти інтелектуальної власності, що передаються за договором. На відміну від договору концесії, де законодавець зазначає, що мінімальний термін укладення договору становить 10 років, а максимальний — 50.

Дослідивши зміст договорів доходимо висновку: вони належать до різних правових конструкцій. Істотні умови договору комерційної концесії потребують подальшого уточнення та закріплення нормами Господарського й Цивільного кодексів України.

Отже, інститути концесії та комерційної концесії є самостійними правовими інститутами галузі господарського права. Спільне історичне коріння понять концесії та комерційної концесії пояснюється нерозвиненою систе-

* У бухгалтерському обліку до нематеріальних активів належать майнові права інтелектуальної власності, а нерухомі речі, належні до будівель, споруд, устаткування тощо належать до категорії «основні засоби».

** Закріплений у законодавстві перелік істотних умов договорів у сфері трансферу технологій є спірним і недосконалим та становить предмет окремого дослідження.

мою правовідносин у минулі часи. Значний вплив на формування та розвиток обох інститутів мали економічні чинники. Саме під їхнім впливом відбулося суттєве розходження, а згодом і відмежування концесії від комерційної концесії. Сучасне ставлення до понять, які досліджуються, закріплено міжнародними та національними нормативно-правовими актами у вигляді вимог до правового статусу сторін договорів, їхнього змісту, об'єкта договорів і вимог до нього. Договори, що укладаються при виникненні правовідносин концесії та комерційної концесії, не є тотожними юридичними конструкціями, і мають незначну кіль-

кість спільних рис, зумовлених їх належністю до законодавства однієї країни. Отже, подібність понять концесії та комерційної концесії є формальною й використання дефініції «концесія» не може призвести до отождолення двох різних правових інститутів. ♦

Список використаних джерел

1. Закон України «Про концесії» від 16.07.1999 року № 997-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.rada.gov.ua.
2. Постанова Кабінету Міністрів України «Методика розрахунку концесійних платежів» від 12.04.2000 року № 639 [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.rada.gov.ua.
3. Роз'яснення Міністерства Юстиції України «Особливості укладення договору концесії» від 19.01.2011 року [Електронний ресурс]. — Режим доступу до ресурсу : www.rada.gov.ua.
4. Бутковский В. Иностранные концессии в народном хозяйстве : монография [Электронный ресурс] / В. Бутковский. — М.-Л. : Государственное из-во, 1928. — Режим доступа к ресурсу : <http://ru.wikisource.org>.
5. 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. — С. 62–122.
6. Медведєва О. А. Концесія як правова форма використання державного майна у господарській діяльності недержавними суб'єктами : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.04 «Господарське право, господарсько-процесуальне право» / О. А. Медведєва. — Харків, 2004. — С. 10–16, 23, 46–48.
7. Орлова О. А. Договор коммерческой концессии по российскому и зарубежному законодательству : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное право» / О. А. Орлова. — Саратов, 2003. — С. 13–14.
8. Шульга Д. В. Регулирование договора коммерческой концессии (франчайзинга) в гражданском праве России : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. «Гражданское право, предпринимательское право, семейное право, международное право» / Д. В. Шульга. — Волгоград, 2005. — С. 14–20, 77–78.
9. Шретер В. Концессионное право / В. Шретер // Вестник промышленности, торговли и транспорта. — 1923. — № 9–10. — С. 1–15.
10. Актуальные вопросы гражданского права / под ред. М. И. Брагинского, Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. — М. : Статут, 1998 — 464 с.

Надійшла до редакції 27.02.2012 року