



І. Є. Якубівський*

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ)

Трансформаційні процеси в соціально-економічній сфері, які відбулися за останні роки в Україні, обумовили появу та розвиток нових договірних інститутів, які були невідомі колишній командно-адміністративній системі господарювання. Ця тенденція відображена у Цивільному кодексі України 2003 року, в якому значно розширено, порівняно із Цивільним кодексом Української РСР 1963 року, коло закріплених у ньому видів договорів. Однією із новітніх договірних конструкцій у цивільному праві України є договір комерційної концесії (франчайзингу)¹.

Цивільно-правові аспекти регулювання франчайзингових відносин вже одержали висвітлення у роботах В. В. Луця, М. І. Брагинського, В. В. Вітрянського, Є. О. Суханова, Л. О. Красавчикової, Г. В. Цірат, Я. О. Сидорова, В. М. Крижної та інших авторів. Проте невирішеними залишається ще чимало питань, пов'язаних із вказаним договором. Так, немає єдності думок щодо правової природи договору комерційної концесії (франчайзингу). В юридичній літературі окреслилось декілька підходів до вирішення цієї проблеми.

Поширеною є позиція, згідно з якою договір комерційної концесії належить до договорів щодо передання майна в користування. Такої думки притримується, зокрема, Ю. В. Романець, характеризуючи договір комерційної концесії як договір, спрямований на передачу у тимчасове користування об'єктів цивільних прав². Вказаний підхід частково поділяється також російським вченим М. І. Брагинським у написаній спільно з В. В. Вітрянським роботі "Договірне право". У книзі першій, присвяченій загальним положенням договірної права, при висвітленні питання про систему договірних зобов'язань М. І. Брагинський, відносить договір комерційної концесії до групи договорів про передання майна в оплатне користування³. Однак матеріал, присвячений безпосередньо договору комерційної концесії, міститься чомусь не у книзі другій "Договори про передання майна", а у книзі третій "Договори про виконання робіт та надання послуг"⁴.

Друга позиція передбачає віднесення договору комерційної концесії до договорів у сфері інтелектуальної власності. Таку точку зору обстоює Є. О. Суханов, включаючи договір комерційної концесії до окремої групи договорів щодо використання виключних прав та ноу-хау⁵. Дана позиція поширена і в українській юридичній літературі. Так, В. В. Луць відносить договір комерційної

© Якубівський І. Є., 2006

* асистент кафедри цивільного права і процесу Львівського національного університету імені Івана Франка, кандидат юридичних наук

¹ У літературі питання щодо співвідношення понять "комерційна концесія" і "франчайзинг" викликає дискусію. Враховуючи міжнародний досвід у регулюванні даних відносин, автори дисертаційних робіт, спеціально присвячених договору комерційної концесії (франчайзингу) обґрунтовують позицію про доцільність заміни у Цивільному кодексі України терміна "комерційна концесія" терміном "франчайзинг" (Див.: Цірат Г. В. Договір франчайзингу: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — К., 2003. — С. 5; Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. — Х., 2004. — С. 6). Висловлена й інша точка зору про недоцільність вживання у Цивільному кодексі України англійського терміна "франчайзинг" (Див.: Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: Підручник. — К.: Атіка, 2005. — С. 161).

² Романець Ю. В. Система договорів в гражданском праве России. — М., 2004. — С. 362-363.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 1: Общие положения. — М.: Статут, 2001. — С. 399-400.

⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. — М.: Статут, 2005. — С. 5.

⁵ Гражданское право: В 2 т. Том II. Полумтом 1: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 2002. — С. 623-636.

⁶ Луць В. В. Контракты у підприємницькій діяльності: Навч. посібн. — К., 2001. — С. 252.



концесії (франчайзингу) до групи договорів про передачу результатів інтелектуальної діяльності⁶. Торкаючись даного питання В. М. Крижна пропонує класифікувати договір комерційної концесії як договір у сфері інтелектуальної власності⁷.

Висловлюються також й інші погляди на правову природу договору комерційної концесії. Зокрема, А. А. Серветник відносить даний договір, так само як і авторські, ліцензійні договори до групи договорів, що передбачають вчинення декількох видів дій — договорів зі змішаним об'єктом виконання⁸.

Найбільш виваженою і такою, що відповідає сутності відносин, що опосередковуються договором комерційної концесії та законодавчому його регулюванню, є друга з наведених позицій. Вона більшою мірою враховує особливості об'єктів, передавання прав на які опосередковується в рамках цього договору. До речі, на дану обставину звертають увагу і ті вчені, що пропонують розглядати договір комерційної концесії в якості договору, спрямованого на передачу в користування об'єктів цивільних прав. Зокрема, Ю. В. Романець зазначає, що специфічною ознакою, що обумовила виділення комерційної концесії в якості самостійного типу договору, є особливості об'єктів цивільних прав, що передаються у тимчасове користування. За договором комерційної концесії в тимчасове користування передаються не майно, а виключні права. Важливо враховувати, що предметом зобов'язання є не окремі виключні права, а їх комплекс, що належить праволодильцеві⁹.

Договори, які спрямовані на передачу майна в тимчасове користування, пристосовані до опосередкування відносин, насамперед, щодо матеріальних об'єктів — речей. Те, що Цивільний кодекс України закріпив можливість виступати предметом договору найму (оренди) майнових прав у цілому не є характерним для договору найму (оренди) в його традиційному розумінні. Тому, мабуть, не випадково, що приблизно у двох третинах статей, вміщених у параграфі 1 Глави 58 Цивільного кодексу йдеться саме про річ як об'єкт орендних правовідносин. На противагу цьому, інститут комерційної концесії розрахований, в першу чергу, на відносини щодо комплексу прав на об'єкти інтелектуальної власності. Останні є нематеріальними (безтілесними) за своєю природою, а тому їх неможливо фізично передати в користування іншій особі. Тому в структурі Цивільного кодексу України договір комерційної концесії цілком обґрунтовано розміщений не серед інститутів, що опосередковують передавання майна в тимчасове користування, а поряд із договорами щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності.

Водночас, постає питання щодо співвідношення між закріпленими у Главі 75 договорами щодо розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності та врегульованим у рамках Глави 76 договором комерційної концесії. Стосовно цього відношення варто відзначити, що окремі автори розглядають договір комерційної концесії в якості різновиду ліцензійного договору¹⁰. На близькість розглядуваних інститутів вказує також поняття “комплексна підприємницька ліцензія”, яке закріплювалося у Модельному цивільному кодексі для країн СНД і вживалось при розробці проекту Цивільного кодексу України, хоча в проекті ці договори розглядалися як самостійні¹¹. В остаточному варіанті Цивільного кодексу України, який був прийнятий, договір комерційної концесії визначено як самостійний вид договору.

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.

⁸ Серветник А. А. Основание классификации гражданско-правовых договоров // Правоведение. — 2004. — № 1. — С. 59-60.

⁹ Романець Ю. В. Указ. соч. — С. 363.

¹⁰ Дозорцев В. А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья // Права на результаты интеллектуальной деятельности. — М., 1994. — С. 44; Гражданское право. Обязательственное право. Учебник / Под ред. В. В. Залесского. — М., 1998. — Ч. 2. — С. 578.

¹¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / За ред. А. С. Довгерта. — К.: Український центр правничих студій, 2000. — С. 241.



Порівнюючи комерційної концесії з ліцензійним договором, доцільно вказати на такі моменти.

По-перше, відмінність між розглядуваними договорами проявляється в їх предметі. Так, предметом ліцензійного договору, виходячи із його визначення, закріпленого у ст. 1109 Цивільного кодексу України, є дозвіл (ліцензія) на використання об'єкта права інтелектуальної власності. Тобто йдеться про конкретний об'єкт права інтелектуальної власності. У свою чергу, з визначення договору комерційної концесії випливає, що за цим договором відбувається надання права користування комплексом належних правоволодільцеві прав. Далі у ст. 1116 Цивільного кодексу України деталізовано, що предметом даного договору є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації. Отже, предмет договору комерційної концесії відрізняється від предмету ліцензійного договору як в кількісному, так і в якісному аспекті. Перше виражається в тому, що якщо ліцензійний договір передбачає надання дозволу на використання окремого об'єкта права інтелектуальної власності, то у договорі комерційної концесії йдеться про комплекс прав на декілька об'єктів. Що стосується якісної характеристики предмета договору комерційної концесії, то він не вичерпується лише правами на об'єкти інтелектуальної власності. Крім них у комплекс прав, що надаються за договором комерційної концесії користувачеві, можуть входити також права на використання комерційного досвіду та ділової репутації¹². Останні не належать до об'єктів права інтелектуальної власності.

В контексті розмежування ліцензійного договору та договору комерційної концесії (франчайзингу), виходячи з предмета цих договорів заслуговують на увагу підходи, вироблені в рамках Європейського Союзу до розуміння франчайзингу. Згідно з прийнятим в 1988 р. Комісією ЄС Регламентом № 4087/88, договір франчайзингу містить як мінімум такі зобов'язання: одноманітне використання найменування чи вивіски на приміщеннях та/або транспортних засобах, означених у договорі; передання франчайзером франчайзі ноу-хау; надання ним франчайзі комерційної чи технічної допомоги протягом строку дії договору¹³. Тобто договір розглядатиметься як договір франчайзингу, якщо він передбачає надання права на використання засобів індивідуалізації та ноу-хау, а також надання комерційної і технічної допомоги.

Слід зазначити, що в літературі при характеристиці предмета договору комерційної концесії доволі поширеним є виділення з-поміж всіх об'єктів, права на які входять до комплексу прав, що є предметом даного договору, прав на засоби індивідуалізації та комерційну таємницю.

Як зазначає А. П. Сергеев, до складу комплексу виключних прав за договором комерційної концесії можуть входити права на будь-які об'єкти промислової власності, проте на перший план висувуються права на засоби індивідуалізації правоволодільця. При цьому до вказаного комплексу в обов'язковому порядку повинно включатися право на фірмове найменування (комерційне позначення), що пояснюється самою сутністю договору комерційної концесії¹⁴.

Характеризуючи предмет договору комерційної концесії, Л. О. Красавчикова пише, що найважливішими у цьому комплексі, безумовно, є право на фірмове і комерційне позначення правоволодільця, на охоронювану комерційну інформацію, на товарний знак (знак обслуговування)¹⁵.

Подібна точка зору знайшла підтримку і в українській юридичній літературі¹⁶.

¹² Стосовно ділової репутації варто зазначити, що вона є особистим немайновим благом, невіддільним від суб'єкта. Право на недоторканість ділової репутації належить до особистих немайнових прав юридичної особи (ст. 94 Цивільного кодексу України) та фізичної особи (ст. 299 Цивільного кодексу України). Тому сама по собі ділова репутація правоволодільця не може бути передана користувачеві як окрема складова предмета договору комерційної концесії. В даному випадку користувач, використовуючи засоби індивідуалізації правоволодільця, тим самим опосередковано використовує ділову репутацію останнього.

¹³ Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Отв. ред. Е. А. Васильев, А. С. Комаров. — М.: Международные отношения, 2005. — Т. II. — С. 219-220.

¹⁴ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. — М.: Проспект, 2001. — С. 587.

¹⁵ Красавчикова Л. О. Институт коммерческой концессии в гражданском законодательстве РФ // Цивилистические записки: Межвуз. сб. научн. трудов. Выпуск 2. — М.: Статут, 2002. — С. 107.

¹⁶ Крижна В. Види договорів у сфері інтелектуальної власності // Інтелектуальний капітал. — 2004. — № 4. — С. 41.



В контексті зазначеного вище викликають інтерес положення ст. ст. 1126, 1129 Цивільного кодексу України. Річ у тім, що українське законодавство передбачає неоднакові правові наслідки дострокового припинення належних правоволодільцеві прав інтелектуальної власності на торговельну марку та інші позначення, з одного боку, і на інші об'єкти права інтелектуальної власності, з другого боку. Припинення права правоволодільця на торговельну марку чи інше позначення, визначене в договорі комерційної концесії, без його заміни аналогічним правом, є підставою для припинення договору (ст. 1126 Цивільного кодексу України). Якщо ж достроково припиняються права інтелектуальної власності на інші об'єкти (винаходи, промислові зразки, твори тощо), то договір комерційної концесії продовжує діяти, а користувач має право вимагати зменшення плати (ст. 1129 Цивільного кодексу України). Тобто український законодавець виходить з того, що припинення прав на засоби індивідуалізації правоволодільця спричиняє припинення договору комерційної концесії. Така позиція дала змогу окремим авторам дійти правильного, в цілому, висновку про те, що права на торговельну марку чи інші позначення (зокрема, комерційне найменування) є обов'язковою складовою комплексу виключних прав, що є предметом договору комерційної концесії¹⁷.

Отже, враховуючи підходи до визначення предмета договору франчайзингу в праві Європейського Союзу та беручи до уваги доктринальні напрацювання у цій сфері, в цивільному законодавстві України варто закріпити перелік обов'язкових елементів, які повинні включатися до комплексу прав, що є предметом договору комерційної концесії (франчайзингу). До таких слід віднести такі засоби індивідуалізації, як комерційне (фірмове) найменування та торговельну марку (знак для товарів і послуг). Це дозволило б більш чітко проводити розмежування між договором комерційної концесії та ліцензійними договорами.

Друга відмінність проявляється у сфері застосування договорів, що розглядаються. Договір комерційної концесії, що закладено вже в самій його назві, використовується лише у підприємницькій сфері. Це підтверджується низкою положень Глави 76 Цивільного кодексу України. Так, сторонами у цьому договорі можуть виступати лише фізичні та юридичні особи, що є суб'єктами підприємницької діяльності (ст. 1117); метою надання користувачеві комплексу прав є виготовлення та (або) реалізація певного виду товарів та (або) надання послуг (ст. 1115). На противагу цьому, законодавство не обмежує подібним чином сферу застосування ліцензійного договору.

Варто звернути увагу й на те, що коло відносин, що опосередковуються договором комерційної концесії, не вичерпується лише наданням права на використання комплексу прав, що належать правоволодільцеві. Так, правоволодільцеві зобов'язаний передати користувачеві відповідну технічну та комерційну документацію, надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння (навчання, підвищення кваліфікації та ін.), контролювати якість товарів (робіт, послуг) користувача (ст. 1120 Цивільного кодексу України).

Характеризуючи договір комерційної концесії, Є. О. Суханов зазначає, що підприємець-користувач у відносинах зі своїми контрагентами-споживачами виступає "під маскою" правоволодільця, оформлюючи результати своєї діяльності його атрибутикою, що давно зарекомендувала себе на ринку відповідних товарів та послуг. Своім клієнтам він намагається показати, що вони набувають товар чи одержують послугу, абсолютно тождяну аналогічним результатам діяльності правоволодільця, і по можливості навіть підкреслити, що цю послугу їм фактично надає сам правоволодільцеві. Далі, розмежовуючи договори комерційної концесії та ліцензійні, Є. О. Суханов в якості одного з аргументів наводить те, що в ліцензійних відносинах фактичний виробник чи послугонадавач (ліцензіат) завжди зобов'язаний так чи інакше інформувати про себе клієнтів-споживачів і не вправі цілком маскуватися під фірмою правоволодільця (ліцензіара)¹⁸.

¹⁷ Шевченко О. А. Глава 76. Комерційна концесія // Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар: У 2 ч. / За заг. ред. Я. М. Шевченко. — К.: Ін Юре, 2004. — Ч. 2. — С. 644-645.

¹⁸ Гражданское право: В 2 т. Том II. Полутом 1: Учебник / Отв. ред. Е. А. Суханов. — М., 2002. — С. 623-627.



Подібна точка зору висловлена і у вітчизняній літературі¹⁹.

Видається, що зазначена вище обставина не може бути критерієм для розмежування договорів комерційної концесії та ліцензійних договорів. Річ у тім, що цивільне законодавство України (ст. 1121 Цивільного кодексу України), так само як і Російської Федерації (ст. 1032 Цивільного кодексу Російської Федерації), закріплює положення про те, що одним з обов'язків користувача за договором комерційної концесії є обов'язок інформувати покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про використання ним торговельної марки та інших позначень правоволодільця. Тому користувач не може, використовуючи в своїй діяльності засоби індивідуалізації правоволодільця, видавати свою діяльність за діяльність самого правоволодільця. В даному випадку споживачі мають бути проінформовані про те, що вони одержують товари (роботи, послуги) не безпосередньо від правоволодільця, а від особи, яка використовує комплекс виключних прав правоволодільця.

Таким чином, між ліцензійним договором і договором комерційної концесії існують суттєві відмінності. Очевидно, що Цивільний кодекс України цілком обґрунтовано розглядає ці договори як самостійні, регулюючи їх в рамках окремих глав.

Слід зазначити, що в літературі пропонується інше бачення даної проблеми. Так, В. М. Крижна зазначає, що з огляду на те, що з допомогою вказаних договорів відбувається реалізація прав на об'єкти інтелектуальної власності, а також і їх невичерпний перелік доречніше було поєднати Глави 75 і 76 ЦК і назвати їх "Договори у сфері інтелектуальної власності"²⁰.

Варто погодитися із наведеною вище точкою зору в тій частині, що договори, про які йдеться у Главі 75 Цивільного кодексу України, та закріпленій у Главі 76 договір комерційної концесії поєднує те, що вказані договори тією чи іншою мірою пов'язані із динамікою відносин у сфері інтелектуальної власності. Тому з точки зору системи договірних зобов'язань, що закладена у Цивільному кодексі України, йдеться про одну групу цивільно-правових договорів, поряд із такими групами, як договори про передання майна у власність, про передання майна в тимчасове користування та ін.

Проте, кожна з груп цивільно-правових договорів, як правило, включає в себе кілька видів договорів, що входять до її складу. Наприклад, група договорів про виконання робіт представлена у Цивільному кодексі України договором підяду (Глава 61) та договором на виконання науково-дослідних або дослідно-конструкторських або технологічних робіт (Глава 62). Аналогічно, група договорів у сфері інтелектуальної власності включає в себе види договорів, визначені Главою 75 Цивільного кодексу України, та врегульований у рамках Глави 76 договір комерційної концесії. Як було показано вище, між ліцензійним договором та договором комерційної концесії, незважаючи на те, що обидва ці договори стосуються прав на об'єкти інтелектуальної власності, є суттєві відмінності. А тому їх регулювання окремими главами Цивільного кодексу України бачиться цілком обґрунтованим.

Підсумовуючи наведене вище варто зазначити, що найбільш обґрунтованим вбачається визначення договору комерційної концесії (франчайзингу) в якості самостійного виду договору в групі договорів у сфері інтелектуальної власності. Таке місце договору комерційної концесії (франчайзингу) в системі договірних зобов'язань повністю відповідає його правовій природі і сутності опосередковуваних ним відносин.

¹⁹ Шевченко О. А. Вказ. праця. — С. 636.

²⁰ Крижна В. Види договорів у сфері інтелектуальної власності // Інтелектуальний капітал. — 2004. — № 4. — С. 42.