

НЕДОЛІКИ ДЕРЖАВНОЇ РЕЄСТРАЦІЇ ДОГОВОРІВ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (СУБКОНЦЕСІЇ)

АЛІЄВА-БАРАНОВСЬКА Віра - кандидат юридичних наук, доцент кафедри менеджменту ЗЕД (МАУП)

УДК 347.44

Коммерческая концессия является относительно новым явлением в хозяйственной жизни и на юридическом поприще Украины. Не все аспекты этого явления успели понять юридическая теория и практика, в частности, в связи с регистрационными вопросами коммерческой концессии (субконцессии).

Ключові слова: Цивільний кодекс, Господарський кодекс, комерційна концесія, субконцесія, інтелектуальна власність.

Вступ

Нормативний документ Міністерства юстиції України щодо реєстрації договорів комерційної концесії з'явився лише восени 2014 року, і науковці ще не встигли відгукнутися на нього. Ця стаття є першою спробою аналізу ситуації, що склалася у зв'язку з реєстрацією договорів комерційної концесії. Не можна охорятися невідомо що.

Аналіз останніх досліджень і публікацій

Дослідження, що стосуються франчайзинга, ґрунтуються на аналізі чинного законодавства вітчизняних та зарубіжних вчених-правознавців: З. Опейда, Г. Андрощук, В. Денисюк, А. Цірат, І. Килимник, Я. Сидоров, С. В. Несинова), так і російські (І. Рикова, Н. Месяшна, С. Сосна, Є. Васильєва), а також і європейські вчені: Д. Прат, Д. Стенворт, Б. Сміт, Я. Мюррей, Ж. Адамс, Ж. Дельтей, Д. Хайфілд, М. Мендельсон, Д. Балді, Р. Гамельтон, Л. Мейтланд, Ф. Бессі.

Недоліки державної реєстрації договорів комерційної концесії ще не висвітлювалися, що й спонукало запропонувати до публікації цю статтю.

Мета статті

Познайомити правничу громадськість та інших читачів з недоліками державної реєстрації договорів комерційної концесії.

Виклад основного матеріалу

Цивільний кодекс України, ухвалений 16 січня 2003 року Законом України № 435-IV, як відомо, містить книгу четверту «Право інтелектуальної власності» [1].

Книга четверта чинного Цивільного кодексу України охопила глави 35-46. У полі зору даної статті знаходяться глави 43 і 44. Перша з них стосується права інтелектуальної власності на комерційне найменування, а друга – права інтелектуальної власності на торговельну марку.

Можуть складати інтерес ще й глава 45 «Право інтелектуальної власності на географічне зазначення» та глава 46 «Право інтелектуальної власності на комерційну таємницю».

Слід зазначити, що у статті 489 «Право охорона комерційного найменування» фактично виявилось відсутнім формулювання поняття «комерційне найменування». Практично названа лише сама його функція – здатність вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводити в оману споживачів щодо справжньої її діяльності.

Про те, що таке комерційне найменування, можна лише здогадуватися. У юриспруденції ж здогадки – річ неприпустима.

Стаття 492 «Торговельна марка» містить її формулювання. Відомо, що ніколи і ніде немає межі для вдосконалення. Стаття 492-га можна було б сформулювати і краще, але добре, що є хоч таке формулювання.

У главі 45-й стаття 505 «Поняття комерційної таємниці» фактичне формулювання поняття «колективна таємниця» немає. Сказано лише, що вона має бути секретною (невідомою та легко доступною інформацією) для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить.

Цивільний кодекс України містить главу 76, що стосується комерційної концесії. Вона охопила статті 1115-1129. Формулювання поняття «комерційна концесія» у главі відсутнє, що не можна вважати допустимим.

У статті 1116 «Предмет договору комерційної концесії» перелічено не всі об'єкти інтелектуальної власності, що можуть бути її предметом. Наприклад, не згадано корисні моделі, топографії інтегральних мікросхем, раціоналізаторські пропозиції. Щоправда, стаття має чарівне слово «тощо», що дає можливість розширено тлумачити набір об'єктів права інтелектуальної власності.

Стаття 1118 передбачає письмову форму договору комерційної концесії та його державну реєстрацію. В принципі державну реєстрацію можна запровадити, заради божевілля, до будь-яких договорів купівлі-продажу. Наприклад, можна скасувати договори в усній формі на базарі між продавцями і покупцями щодо будь-якої кількості (чи обумовленої кількості) сала. Зрозуміло, що знайдуться органи пропаганди, які ніби то зі щирістю будуть доводити, що без такої реєстрації аж ніяк не можна обійтися.

У ч. 2 статті 1118 зафіксовано, що договір комерційної концесії підлягає державній реєстрації органом, який здійснює державну реєстрацію правоволодіння.

16 січня 2003 року Законом України - № 436-IV Верховна Рада України ухвалила Господарський кодекс України [2]. То був день двох Кодексів. Господарський кодекс містить главу 36 «Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів

господарювання (комерційна концесія)». Глава 36 охопила статті 366-376. Глава 36 переповідає з певними нюансами зазначені вище норми Цивільного кодексу України. Формулювання поняття «комерційна концесія» відсутнє також, але здогадатися, що ж це таке – можна. Міністерство юстиції України 29 вересня 2014 року своїм наказом № 1601/5 затвердило «Порядок державної реєстрації договорів комерційної концесії (субконцесії)». Воно ж і зареєструвало його у себе 1 жовтня 2014 р. за № 1194/25971 [2]. Здавна відомо, що своя рука – владика. Проблеми не було швидко зареєструвати наказ разом з «Порядком» у своєму ж Міністерстві.

Складається «Порядок» з чотирьох розділів:

I. Загальні положення.

II. Вимоги до документів, що надаються до державної реєстрації договору комерційної концесії/субконцесії), договору про внесення змін до цього договору, договору про його розірвання.

III. Подання документів для державної реєстрації договору комерційної концесії (субконцесії), договору про внесення змін до цього договору, договору про його розірвання.

IV. Відмова у проведенні державної реєстрації договору комерційної концесії (субконцесії), договору про внесення змін до цього договору та договору про його розірвання.

V. Державна реєстрація договору комерційної концесії (субконцесії), договору про внесення змін до цього договору, договору про його розірвання.

VI. Внесення до Єдиного державного реєстру запису на підставі судового рішення.

VII. Доступ до відомостей про державну реєстрацію договору комерційної концесії (субконцесії), договору про внесення змін до цього договору, договору про його розірвання.

VIII. Надання відомостей на запити органів державної влади у зв'язку із здійсненням ними повноважень, визначених законом.

Підписаний «Порядок» заступником директора Департаменту взаємодії з органами влади С.В. Мартиненком.

Логіка побудови «Порядку» не викликає яких-небудь серйозних критичних зауважень. Все – у кращих традиціях бюрократичного діловодства.

У розділі «Загальні відомості» доцільно було б, принаймні, одним пунктом пояснити, для чого і кому потрібна зазначена державна реєстрація. Так, вона передбачена Цивільним кодексом. Цей Кодекс, зрештою, не можна вважати істиною в останній інстанції. Якщо трапилися якісь недоречності у ЦК, то їх потрібно усувати, а не поглиблювати. Наразі ж бачимо, що справджується правило: «Дурницю можна подолати ще більшою дурницею».

Відсутність у «Загальних положеннях» аргументації на користь державної реєстрації свідчить про те, що нормотворці і самі не знали, що і для чого вони збиралися реєструвати. За бажання ж можна реєструвати будь-що: кількість безхмарних днів у рокові, кількість бездомних собак і кішок тощо. Зрозуміло, що таким реєстраціям можна надати серйозного і чіткого вигляду, як це й зроблено в аналізованому «Порядку». Нагадаємо, що на початку незалежності України всі суб'єкти зовнішньоекономічної діяльності підлягали реєстрації. Така умова мала статус «священної корови». Зображувався серйозний і патріотичний вигляд, – як це можна таких учасників не реєструвати? Згодом таку реєстрацію припинили, бо, очевидно, там, де реєстрація, – там є можливості для корупції. Реєстрація суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності припинилася, але ж ця діяльність не припинилася. Значить, можна обійтися без реєстрації. Можливо, реєстрація комерційної концесії – це не більше як «лавочка» для бюрократії. Кому і для чого потрібна реєстрація договорів комерційної концесії (субконцесії)? Можна зрозуміти намір бюрократичного апарату за виконання реєстраційних дій поповнити державний чи відомчий бюджет. Пункт 11-й розділу «Загальні положення» не передбачає справляння плати. Для чого ж виконувати безглузду непотрібну роботу та ще й безкоштовно? Для того, щоб не було безробіття?

Поняттям «комерція», «комерційний» ми ще можемо відшукати в українській мові аналоги, – «торгівля», «торговельний».

Принагідно зазначимо, що багатьом дуже хочеться (а відомо ж, що якщо не можна, але дуже хочеться, то можна) писати «торгівельний». Так, український правопис це не передбачає. Слово «concession» українською мовою перекладається як «поступка», – чимось можна поступитися. Поступитися можна ж лише тим, що є або ймовірно буде. Все ж таки «concession» вживається і в українській мові як концесія.

Отже, якщо є бажання вживати словосполучення «комерційна концесія», то у нього слід вкладати той же зміст, який вкладають у нього носії мови (у даному випадку – англійської).

Згадаймо, правовий постулат – у правовій державі (тобто там, де діє верховенство права, – *rule of law*) особі приватного права дозволено робити все те, що прямо і у виключній формі не заборонено законом. Декому комерційну концесію хочеться називати франчайзингом. Оскільки прямої заборони на це не має, то можна використовувати поняття і «комерційна концесія», і «франчайзинг». В англійській мові франчайзинг пишеться як іменник – *franchise*. Мабуть, і в Україні краще було б писати «франчиза». Чітко у такому разі довелося б вживати літеру «ч», бо у вітчизняному законодавстві вже використовується у сфері страхової справи поняття «франшиза».

Беремо до рук найпопулярніший у середовищі правників США словник – «*Black's Law Dictionary*». Він публікується вже понад 100 років – з 1896 року. Вже опубліковано принаймні шість його редакцій [4].

У невеличкій нотації «*Concession*» зазначається, що це «грант (*grant*), який звичайно (*ordinarily*) застосовується (*to apply*) до надання урядом спеціальних привілеїв (*specific privileges*), наприклад, французькі і іспанські гранти Луїзіані. Це - добровільний грант (*voluntary grant*) або поступка претензії (*claim*) або вимозі (*demand*) у трудовому спорі (*labor dispute*) для досягнення уладнання (*to effect a settlement*).

Знижка (*rebate*) або скидка (*abatement*), наприклад, знижена рента (*reduced rent*) за перший рік як заохочення здати в оренду власність (*as inducement to lease property*) [4, р. 289].

Як бачимо, поняття сформульовано не зовсім так, як того б хотілося тим, хто в Мініюсті реєструє договори.

В «Оксфордському правничому словникові» [5] взагалі відсутнє поняття «concession». Втішатимемо себе тим, що за обсягом цей словник – невеликий.

Відсутнє поняття у «Правничому словнику Колінза» [6]. Він теж невеликий.

Після поняття «concession» переключаємо увагу на «franchise».

Нотатка «Franchise» в книзі [4, р. 658] є значно більшою за цитовану вище нотатку «Concession», тому з неї вибираємо лише те, що шукали. Там пояснюється, що франчиза – це привілея, надана або продана (a privilege granted or sold), така як на використання назви або щодо продажу продуктів або послуг. Право, надане виробником або постачальником роздрібновнику (the right given by a manufacturer or supplier to a retailer) на використання його продуктів і назви (name) на взаємно погоджених (mutually agreed upon) термінах (terms) і умовах (conditions).

За найпростішими поняттями (in the simplest terms) франчиза є ліцензією від власника товарного знака та торговельної назви (from owner of a trademark or trade name), що дозволяє іншому (permitting another) продавати продукт або послугу за тією назвою або знаком.

Франчиза розвинулася (to evolve) у витончену угоду (elaborate agreement), за якою франчизіат (franchisee) бере зобов'язання вести бізнес (undertakes to conduct a business) або продавати продукт чи послугу відповідно до методів і процедур (in accordance with methods and procedures), приписаних франчизіаром (prescribed by franchisor) через рекламування (advertising), просування (promotion) та інші порадицькі послуги (advisory services).

У статті «Franchise» книги [5, р. 197] зазначається, що володілець ліцензії – франчизіат (the holder of a license (franchisee)) – зазвичай сплачує надавачеві цієї ліцензії (franchisor) роялті з продаж (a royalty on sales), часто у вигляді одноразової попередньої суми за роялті (a lump sum as an advance against royalties).

Франчизіар може також надати франчизіату брендову ідентичність (a brand identity), а також фінанси і технічний досвід (as well as finance and technical expertise).

У нотатці «Franchise» у книзі [6, р. 178] є деякі інші цікаві аспекти. Зазначається, що це – ділова угода (business arrangement), за якою продавець (trader) дозволяє використовувати бізнесовий гудвіл (goodwill) і можливо ділиться інтелектуальною власністю (and perhaps shares its intellectual property) за виплати і комісійні або за одноразову ціну (in return for fees and commissions or a single price).

Вище часто використовувалася англійська мова щоб переконати читача, – жодного домислювання з боку автора цих рядків немає. Оце так розуміють франчизу носії англійської мови. Не нам їх вчити.

Ні в Цивільному кодексі, ні в Господарському кодексі – ніде відповідним чином не зазначається, що комерційну концесію (франчизу) людство придумало для правового регулювання мережевого бізнесу. Всі суб'єкти господарювання діють злагоджено під єдиним прапором, уособленням якого виступає товарний знак (торговельна марка) і знак для послуг. Суб'єкти підприємницької діяльності у рамках франчизи є різними юридичними особами. Різні власники діють як одне ціле. Спрацьовує синергізм – ефект від цілого переважає суму ефектів складових відповідно до цілого.

В економічно розвинених країнах світу саме це й непокоїть правоохоронців. Вони остерігаються загальмування франчизою економічної конкуренції. Змушені балансувати між економічними вигодами франчизи для її учасників та неминучими економічними обмеженнями, що їх накладає франчиза. Слідкують, щоб переваг було якомога більше, ніж обмежень. Використовують при цьому «правило резону» (rule of reason), сформульоване англійською юриспруденцією ще 1709 року.

Відомо, що м'ясо, засмажене на сковороді, не є шашликом. Ним є шматки м'яса, засмажені на шампурі. Без шампура немає шашлика. М'ясо і все інше, що нанизується на шампур, – це додатки до нього.

У комерційній концесії роль «шампура» відіграє ліцензія на товарний знак (знак обслуговування). Франчиза – це складна, комплексна ліцензія, яка, окрім товарного знаку (знаку обслуговування), охоплює й інші аспекти (елементи). Останні ж без «шампура» мало значать.

В аналізованому «Порядку» [2] немає жодної згадки ні про Антимонопольний комітет України (який, до речі, вже давно слід було б перейменувати в Міністерство економічної конкуренції України), ні про Департамент інтелектуальної власності Міністерства економічного розвитку і торгівлі.

Перше з названих відомств – це саме те, яке слідкує (або ж мусить слідкувати) за станом економічної конкуренції. Воно, а не Міністерство юстиції України, має відігравати головну роль у наданні дозволів чи накладенні заборон на комерційну концесію. Департамент інтелектуальної власності виконує реєстрацію договорів про використання товарних знаків (знаків для послуг).

Нині «Порядок» [2] по суті передбачає реєстрацію заради реєстрації, тобто є бюрократичною оборудкою. Не потрібно смішити Європу, якщо ми справді туди йдемо.

Слід зазначити, що проект Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 року, підготовлений Робочою групою на чолі з тодішнім міністром юстиції О.П. Головатим, містить главу 74 «Франчайзинг».

В Інтернеті текст проекту ЦК від 25 серпня 1996 року відсутній. Автор цих рядків користувалася журналом «Українське право» [7], який містить проект ЦК.

Глава 74 мала таку структуру:

Статті 1178 «Договір франчайзингу».

Статті 1179 «Форма і реєстрація договору франчайзингу».

Статті 1180 «Субфранчайзинг».

Статті 1181 «Винагорода за договором франчайзингу».

Статті 1182 «Обов'язки правоволодільця».

Статті 1183 «Обов'язки користувача».

Статті 1184 «Обмеження прав сторін за договором франчайзингу».

Статті 1185 «Відповідальність правоволодільця за вимогами, що заявляються до користувачів».

Статті 1186 «Право користувача укласти договір комерційної концесії на новий строк».

Статті 1187 «Зміна договору франчайзингу».

Статті 1188 «Припинення договору франчайзингу».

Статті 1189 «Збереження договором франчайзингу чинності при зміні сторін».

Статті 1190 «Наслідки зміни фірмового найменування або комерційного позначення правоволодільця».

Статті 1191 «Наслідки припинення виключного права, користування яким надано з договором франчайзингу».

Звернемо увагу на назву статті 1186. З її назви випливає, що Робоча група поняття «комерційна концесія» і «франчайзинг» вважала синонімами, але переважно схилилася до поняття «франчайзинг».

Далі процитуємо зміст статей, що викликає основний інтерес для цілей нашої публікації.

Статті 1179 «Форма і реєстрація договору франчайзингу».

1. Договір франчайзингу має бути укладений у письмовій формі. Недодержання письмової форми договору має наслідком його недійсність. Такий договір вважається нікчемним.

2. Договір франчайзингу реєструється органом, який здійснює реєстрацію юридичної особи або індивідуального підприємця, що виступає за договором як правоволодільць.

Якщо правоволодільць зареєстрований не як юридична особа або індивідуальний підприємець в іноземній державі, реєстрація договору франчайзингу здійснюється органом, який зареєстрував юридичну особу або індивідуального підприємця, що є користувачем.

У відносинах з третіми особами сторони договору франчайзингу мають право посилатися на договір лише з моменту його реєстрації.

Договір франчайзингу на використання об'єкту, що охороняється відповідно до патентного законодавства, підлягає реєстрації також у центральному органі виконавчої влади в галузі патентів і знаків для товарів

АНОТАЦІЯ

Комерційна концесія є відносно новим явищем у господарському житті та на юридичному терені України. Не всі аспекти цього явища встигли збагнути юридична теорія і практика, зокрема, у зв'язку з реєстраційними питаннями комерційної концесії (субконцесії).

і послуг. При недодержанні цієї вимоги договір вважається нікчемним [7, с. 358].

Структуру глави 76 чинного ЦК не наводимо, бо вона – легко досяжна. У проекті ЦК було 12 статей, а у чинному ЦК – 14.

На наш погляд ст. 1179 проекту ЦК сформульована краще, ніж ст. 1118 чинного ЦК.

Робоча група, яка опрацьовувала проект ЦК, здогадалася, що предметом комерційної концесії може бути об'єкт промислової власності і пропонувала відповідний договір реєструвати аж двічі (напевне, щоб не здалося замало!). Вже добре, що не забута була патентна влада. Про антимонопольну владу не здогадувалися і члени Робочої групи з опрацювання проекту ЦК.

Залишається сподіватися, що допущені помилки будуть виправлені.

Висновки

1. Авторіві статті після її публікації, а то й раніше, слід надіслати Мініюсту, Мінекономрозвитку, Антимонопольному комітету України примірники своєї статті з коротким супровідним поясненням.

2. Потрібно проаналізувати вже накопичений досвід реєстрації договорів комерційної концесії.

3. Зібрати «круглий стіл» із залученням представників Міністерства юстиції України, Антимонопольного комітету України, Департаменту інтелектуальної власності Міністерства економічного розвитку і торгівлі та відомих науковців у сфері промислової власності (industrial property) та цивільного права для обговорення ситуації, що склалася з питань комерційної концесії та державної реєстрації її договорів. На «круглий стіл»

SUMMARY

Commercial concession is a relatively new phenomenon in economic life and in the legal field Ukraine. Not all aspects of these phenomenon had time to be understood by the legal theory and practice, particularly in relation to registration matters of commercial concession (subconcession).

не завадило б запросити і кількох депутатів Верховної Ради, що розуміються у комерційній концесії.

4. Утворити робочу групу і сформулювати пропозиції з удосконалення законодавства про комерційну концесію.

5. Лобіювати внесення змін до чинного законодавства з питань комерційної концесії.

Література

1. Цивільний кодекс України. Ухвалений Законом України від 16.01.2003 р. - № 435-IV. – К: Видавнича компанія «Воля», 2004. – 440 с.

2. Порядок державної реєстрації договорів комерційної концесії (субконцесії)». Затверджено наказом Міністерства юстиції України від 29.09.2014 р. № 1601/5. Зареєстровано в Міністерстві юстиції України 1.10.2014 р. за № 1194/25971. // Офіційний вісник України, 2014, № 82.

3. Господарський кодекс України; Господарський процесуальний кодекс України: офіц. вид. із змінами та допов. станом на 18 серп. 2008 р. / М-во юстиції України. – К.: Вид. Дім «Ін Юре», 2008. – 320 с.

4. Black's Law Dictionary. 6th edition. Coauthors Joseph R. Nolan and Jaegueline M. Nolan – Haley. – St. Paul, Minn West Publishing Co, 1993. – 1657 p.

5. A Dictionary of Law. 4 th edition. Edited by Elizabeth A. Martin. – Oxford: Oxford University Press, 1997. – 516 p.

6. Stewart, W.J. and Burgess Robert «Colins Dictionary of Law». – Glasgow: Harper Collins Publishers, 1996. – 422 p.

7. Цивільний кодекс України Проект від 25 серпня 1996 р. // Українське право, 1992, №2 (спецвипуск).