

Київський національний торговельно-економічний університет

Кафедра міжнародного, цивільного та комерційного права

ВИПУСКНА КВАЛІФІКАЦІЙНА РОБОТА

на тему:

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ

студента 2 курсу, 6 м групи,
спеціальності 081 «Право»,
спеціалізації
«Комерційне право»

Салатка Богдана Володимировича

Науковий керівник

к.ю.н.

Кабенок Юлія Валеріївна

Гарант освітньої програми

д.ю.н., доцент

Гончаренко Олена Миколаївна

Київ-2021

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ	
1.1. Історико-правові основи виникнення та становлення інституту комерційної концесії.....	7
1.2. Поняття та загальна характеристика договору комерційної концесії	14
1.3. Окремі аспекти в нормативно-правовому регулюванні комерційної концесії.....	18
РОЗДІЛ 2. ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВІРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ	
2.1. Істотні умови договору комерційної концесії	25
2.2. Укладання, припинення та відповідальність за договором комерційної концесії	30
2.3. Роль міжнародного регулювання для цілей розвитку вітчизняного інституту комерційної концесії.....	36
ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ.....	41
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	45

ВСТУП

Актуальність теми кваліфікаційної роботи. Глобалізаційні процеси невпинні. Навіть на фоні останніх подій, пов'язаних із пандемією та різноплановими наслідками, що були нею обумовлені, міжнародна взаємодія у всіх сферах людської діяльності повертається до своїх попередніх обсягів. У зв'язку із природньою обмеженістю грошових фондів, малий та середні бізнеси очікувано переживають скрутні часи як у поверненні до рівня фінансових показників «допандемійного» періоду, так і у просто започаткуванні нової справи. Наша країна активно інтегрується до західного економічного простору вже тривалий час, що позитивно відображається на рівні актуальних бізнес-практик. Жодна економічна взаємодія між українським та закордонним бізнесами неможлива без звернення до тих чи інших правових механізмів, що регулюють конкретну групу відносин. Серед таких механізмів ми маємо на меті виділити: міжнародний інститут франчайзингу і його названий український аналог – комерційна концесія, зокрема, тому що даний інститут договірних відносин користується широкою популярністю у бізнесу різного рівня грошового обороту. Це є досить очікуваним, оскільки такий договір за своєю природою не завжди потребує негайних вкладень, і, окрім цього, дає широке коло й інших переваг та можливостей для його сторін, особливо, коли мова йде про країни, чий ринок має такий багатий потенціал для розвитку та запровадження нових технологій і знань, як Україна. А відтак, відповідний інститут договірного права як ніколи потребує вивчення та правового аналізу, у тому числі, задля виявлення та вирішення проблем у законодавстві.

На сучасному етапі окремим аспектам досліджуваної теми приділялася увага у ряді праць, які таки чи інакше охоплюють її предмет, серед яких слід виділити праці: В. С. Дмитришина [29], І. І. Килимник [32, 33], Ю. С. Паніної [47-49], В.Ф. Піддубної [50], Я. О. Сидорова [51-53], Г. В. Цірат [61, 62]. Попри те, згадані дослідження здійснювалися в різний час і спиралися на різні джерела, а також юридичну практику, відтак, тема потребує свіжого розгляду,

рівно як і її проблеми, що не були вирішені за довгий час. Виходячи з цього, ми переконані, що обрана тема дослідження є доволі актуальною та може мати значне практичне значення.

Метою роботи є дослідження та аналіз правового регулювання комерційної концесії на основі міжнародних та вітчизняних джерел права із подальшим формуванням можливих шляхів для його вдосконалення.

Для досягнення поставленої мети потрібно виконати такі **завдання**:

- дослідити історико-правові основи розвитку інституту комерційної концесії;
- з'ясувати поняття та провести загальну характеристику поняття комерційної концесії (франчайзингу);
- розглянути окремі аспекти в нормативно-правовому регулюванні комерційної концесії;
- розглянути та проаналізувати істотні умови договору комерційної концесії;
- розглянути укладення, припинення, а також відповідальність сторін за договором комерційної концесії;
- дослідити міжнародний досвід регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу);
- сформулювати можливі шляхи для вдосконалення національного законодавства в сфері регулювання договору комерційної концесії.

Об'єктом дослідження виступають суспільні відносини щодо комерційної концесії.

Предметом дослідження є правове регулювання комерційної концесії.

Методами дослідження стали діалектичний, порівняльно-правовий, історико-правовий, формально-логічний, системно-функціональний методи та інші методи.

При виконанні кваліфікаційної роботи був використаний порівняльно-правовий метод, який застосовувався з метою вивчення джерел вітчизняного та міжнародного права про франчайзинг та комерційну концесію, проводився їх

правовий аналіз та порівняння. З допомогою історико-правового та діалектичного методів вдалося дослідити розвиток інституту комерційної концесії (франчайзингу) в історичному аспекті як в національному законодавстві, так і в іноземному. Із застосуванням формально-логічного методу був опрацьований науковий доробок стосовно теми дослідження, а також аналізувалась практика Верховного Суду в правовідносинах з комерційної концесії. Системно-функціональний метод надав можливість вивчити і дослідити внутрішню структуру договорів франчайзингу та комерційної концесії.

Наукова новизна дослідження полягає в комплексному вивченні основних проблем правового регулювання комерційної концесії (франчайзингу), що стосуються термінологічної бази, змісту істотних умов договору, а також прав та обов'язків сторін, в залежності від структури предмету франшизи та наведенні пропозицій щодо удосконалення українського законодавства про комерційну концесію (франчайзинг).

Окремі положення випускної кваліфікаційної роботи було попередньо викладено у статті «Франчайзинг та комерційна концесія: порівняльний аналіз», що опублікована у збірнику наукових статей «Правове забезпечення господарської діяльності». К.: Київ. нац. торг.-екон. ун-т, 2021. С. 63-68.

Практичне значення одержаних результатів полягає в тому, що їх зміст у багатьох аспектах доповнює наукові знання з історії розвитку та правозастосування договору франшизи. Зібраний матеріал і узагальнення можуть бути використані для підготовки узагальнюючих праць, при підготовці лекційних занять та спецкурсів у вищих навчальних закладах.

Структура випускної кваліфікаційної роботи обумовлена метою і предметом дослідження та авторським підходом до розгляду обраної теми. Випускна кваліфікаційна робота складається із вступу, двох розділів, які включають в себе п'ять підрозділів, висновків та пропозицій, списку використаних джерел. Повний обсяг роботи становить 52 сторінки, із яких

основна частина роботи займає 44 сторінки. Список використаних джерел складається з 82 найменувань.

РОЗДІЛ 1

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ

1.1. Історико-правові основи становлення інституту комерційної концесії

Франчайзинг, а саме так у світі відомий тип договору, що послужив прототипом для вітчизняної комерційної концесії, вчені та дослідники починають відслідковувати найраніше з кінця середньовіччя, що вказує на відносну новизну даного юридичного конструкту, в порівнянні з такими класичними римськими правочинами як купівля-продаж чи позика. Це означає що сама наукова думка про франчайзинг має набагато коротшу історію розвитку та популяризація. Це змушує нас звертати окрему увагу на історичні процеси, що лежать в основі виникнення та становлення інституту франчайзингу. Ми переконані, що такий підхід дасть змогу дослідити шлях еволюції теорії франчайзингу достатньо повно для цілей даної роботи.

Незважаючи на порівняно коротку історію франчайзингу, наразі не існує остаточного консенсусу між вченими та дослідниками франчайзингу на тему визначення хронологічних рамок виникнення та становлення даного виду договору. Хоча все ж більшість і схиляється до думки, що перші приклади правовідносин, які за суттю відповідають франчайзингу можна відслідкувати із кінця середньовіччя на території Британії. Контекст таких правовідносин відсилає нас до подій 1559 року, коли король Британії, наділив своїх баронів правом на ввірених їм територіях справляти податки, за це вони мали сплатити йому попередню плату або ж зобов'язувалися вчинити певні дії (як то, нести військову службу, як особисто, так і шляхом надання військових контингентів). В цей же період, вільним людям, або громадянам міст, надавалася оплатна франшиза (інакше – дозвіл) на ведення торгівлі власними товарами на ринках ярмарках певних територій. Ці події лягли в основу формування франчайзингу на кілька наступних століть[55, с. 40].

Між тим, також варте уваги партнерство між окремими господарюючими суб'єктами в Європі ХІХ ст., описане дослідниками, як формат «Зв'язаних будинків». Воно полягало у переданні під реалізацію пивоварами заїжджих дворів своєї продукції за плату. Двори радо приймали плату й погоджувалися збувати таку продукції на встановлених умовах через важкі ліцензійні податкові та ліцензійні навантаження, що покладалися на них місцевою владою. У той час органи влади видавали особливу ліцензію на продаж алкогольних напоїв власникам заїжджих дворів. Тобто, вже за тих часів описувані правовідносини передбачали договір між різними по величині та діяльності господарюючими суб'єктами, в рамках якого надається право на використання технології виробництва, продажу товарів або послуги, навіть із правом користування відомим «товарним знаком».

Так ми переходимо до Сполучених Штатів Америки, які на етапі свого становлення в ХІХ ст., безумовно перейняли досвід ранніх європейських підприємців, у тому числі, описаних вище пивоварів, стали колицкою для франчайзингу у тому бізнес-форматі, що ми його бачимо зараз [51, с. 3-4]. Про це нам, а також М. Мендельсону [40, с. 17], яскраво кажуть перші американські компанії, які почали вести свою діяльність за подібним на сучасний бізнес-форматом франчайзингу вже в середині ХІХ ст.

Тепер же саме час для нас згадати про американського підприємця, якого прийнято вважати першим франчайзером. Ісаак Зінгер є засновником всесвітньо відомої компанії, яка спеціалізувалася на виробництві швейного обладнання та займалася його обслуговуванням. Так, Зінгер разом із своїм партнером Едвардом Кларком у 1851 році започаткував «Об'єднання швейних машин». На її базі почалося розповсюдження виготовленого швейного обладнання через продаж франшиз, що здійснювався через контракти на франшизу, які за суттю і були першими прикладами для сучасних договорів франчайзингу. Оскільки в той час було не прийнято купувати швейні машинки в магазинах, франшизи передбачали надання продавцям виключне право на

реалізацію швейного обладнання через комівояжерів, тобто безпосередньо вдома у покупців

Саме завдяки такому успіху франчайзингу, що вперше вдалося досягти Зінгеру, першому вдалося заявити про своє існування широкій спільноті підприємців та закріпитися в бізнес обороті в майбутньому. Зокрема завдяки такій же успішній діяльності компанії General Motors, яка змогла розвинути цей інститут, запропонувавши своїм партнерам бути дилерами (тобто, франчайзі). Це дозволяло останнім охопити певну територію, на якій їм гарантувався захист від конкуренції, натомість на франчайзі, одночасно з обов'язком забезпечувати належний рівень сервісного обслуговування і підтримку ринкової репутації франчайзера, накладалося обмеження – не здійснювати реалізацію машин брендів-конкурентів [55, с. 40].

Подальший розвиток франчайзингу буде тісно пов'язаний із паралельним розвитком законодавства про реєстрацію та режим товарних знаків, що не дивно, адже такі додаткові механізми захисту своєї інтелектуальної власності, які отримують власники франшиз, є життєво необхідними з точки зору ефективності розпорядження своїми нематеріальними активами.

Кінець XVIII – початок XIX ст.ст. ознаменував поширення франчайзингу у все більш різноманітні сфери господарювання: від буденних ресторанних та перукарних франшиз, до монополізованих комунальних франшиз для кількох підприємств, продуктів нафтопереробки та транспортної промисловості. Все більше й більш сфер бізнесу усвідомлювали вигоду й ефективність франчайзингу в освоєнні нових географічних ринків для збуту. Хоча поки що це поодинокі історії реалізація франчайзингу, і його досі можна умовно віднести до діяльності з надання права поширювати і продавати продукцію виробників, тобто, виходячи із практики сьогодення, «товарної франшизи» [82].

І лише середина минулого століття стала моментом формування франчайзингу в сучасному вигляді. Після Другої світової війни, разом із бумом народжуваності виникає і бум в попиті на велике різноманіття типів споживчих продуктів і послуг, і ось тепер франчайзинг стає ідеальною бізнес-моделлю для

швидкого росту готельного, ресторанного (у т.ч., швидкого харчування), автосервісного, брокерського, прокатного, одягового, тощо підприємництва. Масово ветерани Другої Світової, а згодом і В'єтнамської війни разом із рядовим населенням залучали свої компенсації та просто накопичення задля започаткування своєї підприємницької справи, у тому числі, в режимі франшизи.

Звісно ж, подібний раптовий, стихійний розвиток даних правовідносин, разом із тими негативними ситуаціями, що виникали на фоні недостатньої розвиненості описуваному інституту, не могли не породити реакції регулятора, і в 1978 році Федеральна торгова комісія США (Federal Trade Commission, або FTC) прийняла «Єдині інструкції щодо пропозиції франшизи» (Uniform Franchise Offering Circular Guidelines, або UFOC), якими від франчайзингових компаній вимагалось надавати детальну інформацію відповідно до переліку потенційним франчайзі. З часом регулятивний документ було перевидавався, і зараз діє під новим заголовком «Вимоги про розкриття інформації та обмеження щодо франшизи» (Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising, або DRPCF) [79; 72]. DRPCF вимагає значний та детальний перелік інформації про франчайзингову компанію, зокрема: коротка історія створення та діяльності, інформація щодо службових та найманих осіб, історія судових процесів, належна фінансова звітність, власне угода франшизи, яка є контрактом між франчайзером та франчайзі та поточним переліком франшизи із інформацією щодо власників, у тому числі, контактною особою.

Одночасно, система франчайзингу, яка вже встигла гарно себе зарекомендувати у США, почала знаходити своє застосування в Європі. Спочатку в 50-х р.р. XIX ст. франчайзинг почали використовувати у Великій Британії, а зрештою він розповсюдився і на Німеччині та решту Європейських країн. Зі схожою метою, що й FTC, у 1972 році була заснована неурядова міжнародна організація – Європейська Федерація Франчайзингу [67, с. 35-36]. Під її егідою було розроблено та прийнято Європейський Кодекс Етики Франчайзингу (European Code Of Ethics For Franchising, або ECEFF) [74], який

на той момент став майже основоположним джерелом регулювання відносин за договорами франчайзингу. Та, навіть зараз роль Європейського Кодексу Етики Франчайзингу все ще значна виходячи з того, що в більшості держав-членів Європейського Союзу відсутнє спеціальне нормативно-правове регулювання у сфері франчайзингових правовідносин. Згадуючи нормативно-правове регулювання ЄС, договір франчайзингу вперше був визначений у Регламенті Комісії (ЄС) від 1988 р. У ньому закріплювалися особливості застосування (на той момент) ст. 85 Договору про заснування Європейського Співтовариства 1957 р. (наразі – ст. 101 Договору про функціонування Європейського Союзу). Прийнятий Комісією ЄС Регламент довгий час був унікальним та єдиним за своєю суттю документом на той час, оскільки вперше на рівні міжнародного нормативно-правового акта закріпив визначення поняття франшизи, у тому числі, надав чітке відмежування франшизи від договору франчайзингу [71].

В наш час економіка, в тому числі, європейських країн та Америки перебуває у скрутному становищі, з огляду на темпи росту, особливо на фоні останніх подій, при цьому оборот бізнесу на основі франчайзингу постійно зростає [77, с. 36]. Однак варто звернути увагу, що в порівнянні з країнами із розвинутою економікою, Україна знаходиться лише на початку свого розвитку франшизної галузі. В нашій державі налічується лише близько чверть компаній зі ста, що працюють і розвиваються в режимі франчайзингу (відповідно до результатів експертної оцінки Асоціації франчайзингу України) [68].

В Україні ж перші підприємства, що вели діяльність в режимі франчайзингу, почали працювати з 1993 р., а саме у франшизі міжнародної інформаційної системи «Компас» (родом із Нідерландів). А вже в 1999 р. в Києві було урочисто відкрито перше на той момент в Україні франчайзингове ресторанне господарство – «Pizza Celentano» [30].

Розпочати теоретико-правову частину історичного дослідження ми хотіли б з імені науковця та дослідника, чия робота в першому виданні 1970 року «Посібник з франчайзингу» («The Guide to Franchising») стала першим значним кроком в дослідженні договору франчайзингу в Європі – британця Мартіна

Мендельсона. Вперше в Європі в його роботі на науковому рівні були розглянуті та проаналізовані конкретні приклади діяльності підприємств у рамках режиму франчайзингу, на яких автор пояснював принципи та закономірності функціонування системи підприємств, заснованої на договорі франчайзингу [40].

Надалі найбільша кількість досліджень щодо договорів франчайзингу на території ЄС з'являлись на початку XXI століття. Закономірно, вказані дослідження в основному ґрунтувались на роботах американських науковців та дослідників, які помітно раніше розпочали вивчення франчайзингу. Зокрема, це пов'язано з тим, що, як ми вже з'ясували раніше, саме в США історично найшвидше сформувався об'єктивні матеріальні умови, а згодом і правове поле для використання договору франчайзингу і, як наслідок, його правового регулювання.

Першопричиною для такої пізньої появи наукових досліджень з предмету правового регулювання франчайзингу, в порівнянні з дослідженнями інших цивільно-правових інститутів, Ю.С. Паніна виділяє ту обставину, що більшість країн ЄС довгий час взагалі не мали спеціальних норм у національному законодавстві, які були б покликані регулювати франчайзингові відносини [48, с. 36].

Переходячи до дослідження формування наукової думки про франчайзинг в Україні, слід сказати, що вітчизняний інститут франчайзингу почав формуватися лише на початку XXI ст. і це було пов'язано із набуттям чинності Цивільним кодексом України (надалі – ЦК України). Вже у 2003 році було захищено два дисертаційних дослідження на тему франчайзингу. Г. В. Цірат здійснила дослідження на тему «Договори франчайзингу», в рамках якого уперше в теорії українського права запропонувала: визначення договору франчайзингу, ще до моменту набуття чинності ЦК України, альтернативу наведеним в ЦК України термінам «комерційна концесія», «правоволоділець», «користувач» у вигляді міжнародно-прийнятих та широко використовуваних в практиці термінів «франчайзинг», «франшизіар», «франшизіат», чітко

відмежувала договір франчайзингу від схожих договорів: ліцензійного договору, договору про спільну діяльність, договору концесії [61, с. 5-6]; а І. І. Килимник – «Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу)», яка окрім свого визначного внеску в розширення наукового знання про новосформований інститут національного права, також уперше обґрунтувала інвестиційний характер договору франчайзингу, визначила франчайзинг як особливу форму ведення бізнесу та по-новому порівняно з попередніми дослідженнями визначила його предмет [33, с. 5-6].

Окремо хотілося б згадати іншу важливу працю, що досліджує інститут франчайзингу в Україні – «Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект)». Робота за авторством Я. О. Сидорова важлива тому, що в ній було здійснено перше комплексне наукове дослідження особливостей становлення інституту комерційної концесії в Україні, також тому, що, на відміну від згаданих попередніх робіт, у цьому дослідженні не ототожнюється договір комерційної концесії та договір франчайзингу, а навпаки – чітко розмежовуючи ці правові категорії [51, с. 5-6].

Вже у 2009 р. в Україні було засновано Федерацію розвитку франчайзингу України, яка поставила перед собою мету по налагодженню співпраці у сфері міжнародного бізнесу між представниками влади, підприємцями та безпосередньо підприємствами в Україні. Федерація розвитку франчайзингу України є громадською структурою [43, с. 84]. Окрім практичної діяльності та залучення іноземних інвестицій, Федерація розвитку франчайзингу України робить значний внесок і в розвиток теоретичних знань про франчайзинг, оскільки одними з завдань її діяльності є створення навчальних закладів із підготовки та перепідготовки спеціалістів у галузі франчайзингу, участь в організації виставок, ярмарок, форумів, конференцій, семінарів, симпозіумів, конгресів тощо. Федерація не залишається і осторонь сфери правового регулювання франчайзингу в Україні, оскільки ставить собі за мету внесення законодавчих ініціатив та інших пропозицій до органів влади та управління [41].

Вочевидь, сьогодні відбувається активний ріст популярності франчайзингу в Україні, як із боку франчайзерів так і франчайзі, хоча й налічує цей процес буквально кілька десятиліть. Подібна тенденція в бізнесі одночасно надихає дослідників та науковців до розвитку та покращення теоретичної та нормативно-правової баз для ведення цього виду підприємницької діяльності, що, як ми вже з'ясували, успішно довів свій економічний потенціал.

1.2. Поняття та загальна характеристика договору комерційної концесії

Почати дослідження поняття договору комерційної концесії (франчайзингу) було б доречно зі з'ясування етимологічної суті власне терміну. Так, з англійської «franchising» має значення «право», також «привілей», схожий за значенням термін можна відшукати і у французькій, зокрема «franchises», що можна перекласти як певна «пільга», «дозвіл» чи, знову ж, «привілей» [53, с.34]. Оксфордський словник англійської мови пов'язує походження даного терміну із середньовічною Англією в контексті юридичної свободи і захисту вчиняти певні дії, що надається з вище, хоча і вказує на очевидне французьке походження кореня «franc», тобто вільний. Тобто, прослідковується загальна суть даного терміну, що полягає в гарантуванні правомочною особою певних прав (привілеїв) іншій особі. Це безпосередньо відсилає нас до тих історичних процесів, що ми привели раніше в нашій роботі, що свідчить про правильний напрямок на шляху до розуміння поняття комерційної концесії (в контексті світової практики, франшизи) [81].

Раніше в нашій роботі ми вже зверталися до Регламенту Комісії ЄС (1988 р.). Повторимося, що він став першим нормативно-правовим актом, який урегулював визначення франшизи та чітко відмежував від франшизи договір франчайзингу. А саме, відповідно до нього, під франчайзинговою угодою угоду слід розуміти угоду, в якій одна сторона (франчайзер) надає іншій стороні (франчайзі) в обмін на пряму або непряму фінансову винагороду право на

використання франшизи з метою збуту певних типів товарів та/або послуг. Передбачається, що договором франчайзингу мають передбачатися зобов'язання щодо, зокрема:

- використання загального імені або вивіски й уніфікованого представництва контрактних приміщень та / або транспортних засобів;
- спілкування франчайзера з франчайзі щодо ноу-хау;
- безперервного надання франчайзером франчайзі комерційної або технічної допомоги протягом строку дії договору [71].

На основі дослідження норм даного Регламенту, Ю.С. Паніна у своїй роботі дійшла висновку про комплексний характер франчайзингу, який полягає у тому, що відбувається не тільки передача права на використання певної торговельної марки, комерційного найменування чи іншого позначення для здійснення реалізації товарів чи для надання послуг, але й передбачається можливість використання франчайзі прав на обладнання комерційних приміщень, транспортних засобів за уніфікованими зразками франчайзера, надання франчайзером франчайзі постійної підтримки шляхом консультування, спілкування з приводу ноу-хау тощо [48, с. 43].

У Регламенті також знайшов відображення сам термін франшизи, яка визначалась як група прав промислової та інтелектуальної власності, зокрема на торговельні марки, фірмові найменування (у т.ч. логотипи), вивіски, корисні моделі, промислові зразки, різноманітні авторські права, ноу-хау або патенти, що можуть бути використані для перепродажу товарів або надання послуг кінцевим споживачам [71]. З огляду на це, впливає наступне: до франшизи за даним поняття відносилась лише та частина прав, яка безпосередньо стосувалась використання конкретних об'єктів інтелектуальної власності, а не весь комплекс наданих за договором франчайзингу прав.

Тепер же нам слід уточнити, що згідно з актуальним на момент дослідження українським законодавством правове регулювання договорів франчайзингу не передбачене жодним нормативно-правовим актом, оскільки законодавство містить поняття «комерційна концесія». Нормативно-правовими

актами, які можна назвати основними з регулювання комерційної концесії в Україні є Цивільний кодекс України, а саме Глава 76 «Комерційна концесія», Глава 75 «Розпорядження майновими правами інтелектуальної власності», Книга четверта «Право інтелектуальної власності» [3], і звичайно ж Господарський кодекс України, конкретно, Глава 36 «Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів управління (комерційна концесія)», Глава 16 «Використання в господарській діяльності прав інтелектуальної власності» [2]. Додатково слід згадати спеціальне законодавство у сфері захисту прав інтелектуальної власності, захисту конкуренції, відповідальності за якість товару та захисту прав споживачів, яке покликане врегулювати відповідні окремі аспекти правовідносин з комерційної концесії. Зрештою, важливим, хоч і доволі стислим, нормативним актом який покликаний прояснити законодавчу волю в питанні співвідношення договору франчайзингу та комерційної концесії, є Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва «Щодо договору комерційної концесії» від 11.02.2004 № 761. Зокрема, у листі наголошується про те, що згідно з Цивільним кодексом України, що набрав чинності 01.01.2004 р., обсягу правовідносин за договором франчайзингу отримав назву комерційна концесія, а сам договір – договір комерційної концесії [65]. Таким чином, комітет вказав на тотожність цих двох понять.

З'ясувавши історичний та етимологічний світові контексти походження даного терміну та підходи до його регулювання в міжнародній та вітчизняній практиці, ми хотіли б поглибити дослідження української наукової думки, почавши із вже згаданого раніше І.І. Килимника, на думку якого під франчайзингом варто розуміти довгострокову співпрацю двох або декількох партнерів, які об'єднуються з метою спільно використовувати відповідний товарний знак, або налагоджену технологію, або ноу-хау чи інші об'єкти права інтелектуальної власності [32].

Серед раннях науковців, які також досліджували поняття комерційної концесії (франчайзингу) із врахування української системи права, можна також

згадати І. Бланка, В. Новицького, І. Багрову, які зокрема були схильні вважати тотожними франчайзинг та ліцензування [23;31;45]. На противагу їм, О. Кузьмін наполягає, що недоцільним є ототожнювати ці поняття, та пояснює це тим, що існують суттєві відмінності у процесі взаємодії між сторонами угоди ліцензування та франчайзингового договору. Під останнім дослідник розуміє організацію унікальної від ліцензованої форми підприємницької діяльності з огляду на те, що він виступає одним з способів утворення та функціонування підприємницьких структур в їх основі [57].

Вже пізніше Я.О. Сидоров, шляхом аналізу визначення, наведеного нормативно-правовими актами України, комерційну концесію (франчайзинг) визначає як правочин, за яким одна сторона (правоволоділець – франчайзер) зобов'язується надати іншій стороні (користувачу – франчайзі) на термін або без зазначення терміну за плату право використання в підприємницькій діяльності останньої належного правоволоділцю комплексу виключних прав на об'єкти інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, тощо), а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав [52, с. 109]. Окремо він наголошує, що хоча зміст гл. 76 Цивільного кодексу України загалом збігається за змістом з поняттям «франчайзинг», однак саме поняття «комерційна концесія» вужче, ніж поняття «франчайзинг» [52, с. 7]. Згодом Т.В. Маланчук та О.С. Віткова дійшли схожої думки, що франчайзинг за своїм змістом є значно ширшим, разом з тим, водночас наголошували на існування комерційної концесії як окремого виду діяльності, аж ніяк не може підміняти відносини франчайзингу [38, с. 931]. Наперекір описаній тенденції у співвідношенні понять комерційної концесії та франчайзингу В. С. Дмитришин у своєму дослідженні окремо зауважує думку поодиноких дослідників, які, навпроти, були схильні досліджувати франчайзинг як особливу форму комерційної концесії. Також він приводить думки інших науковців, які у свою чергу вбачали різницю між договором франчайзингу та договором комерційної концесії у тому, що за першим надається право використовувати товари та послуги, а за традиційним

другим передаються лише права на використання об'єктів інтелектуальної власності у сфері торгівлі. Також існує група науковців, які дотримуються крайніх позицій та взагалі відхиляють існування комерційної концесії, як юридичної конструкції, залишаючи тільки франчайзинг [29, с. 201–202].

Однак, зрештою, сучасна вітчизняна наукова думка здебільшого сходиться на тому, що поняття комерційної концесії хоч загалом і відтворює первинну юридичну конструкцію франчайзингу, однак не здатна покрити весь спектр різновидів договорів франчайзингу, що застосовуються у світовій практиці, а є скоріше окремим або вузьким його варіантом, про що, окрім уже згаданих, також доходять висновку у своїх роботах С. Сприндис [55], А.Ю. Коптяєва та Л.М. Тимченко [34], а також І.П. Василевський і Н.О. Черненко [25; 26].

Резюмуючи, ми бачимо, що на даний момент існують недосконалості в основоположному національному законодавстві, що покликане врегулювати відносини з франшизи, які полягають у його надто однобічному підході до визначення предмета договору франшизи, а також прав та обов'язків сторін в частині регулярної співпраці та просування відповідних нематеріальних активів, що породжує надто вузьку сферу можливого застосування договору комерційної концесії, в порівнянні із загальноприйнятою міжнародною франшизною практикою. Окремі проблеми викликають самі юридичні терміни, встановлені відповідними положеннями законодавства, зокрема: комерційна концесія (франчайзинг), правоволоділець (франчайзер), користувач (франчайзі).

1.3. Окремі аспекти в нормативно-правовому регулюванні комерційної концесії

Очевидно, що в рамках мінливого сьогодення будь-які варіанти готової, стабільної, а головне вже успішної моделі бізнесу мають великий попит серед підприємців. Однак ж, спроби придбання права на використання вже існуючої та стабільної системи організації бізнесу, рівно як і права здійснювати

виробництво чи торгівлі продукцією відомої торговельної марки можуть бути безуспішними без належного регулювання з боку законодавця [20]. На жаль, описану ситуацію можна спостерігати і в рамках української системи права.

Ми переконані, що дослідити спочатку слід саме європейські джерела права, оскільки ті є для нас первинним джерелом розуміння суті та характерних ознак франчайзинг, а відтак і комерційної концесії.

Спершу, хотілося згадати про Всесвітню організацію інтелектуальної власності (або ВОІВ), яка свого часу (1994р.) видала Посібник із франчайзингу, маючи на увазі, що недоцільно впроваджувати певний уніфікований звід норм, з метою регулювання франчайзингових правовідносин між суб'єктами права країн із різним регулюванням [76]. Натомість, виходячи з позиції, що франчайзинг регулюється нормами договірної права, тому для його розвитку не потрібні спеціальні закони, там було викладено універсальне розуміння предмета договору франчайзингу, його істотних умов, статусу сторін, корпусу прав та обов'язків, тощо. Таким чином, хоч і консолідувавши норми та звичаї укладання угод щодо франчайзингу, ВОІВ дотрималася концепції свободи договору, як основного принципу, що передбачає механізм визначення сторонами умов договору франчайзингу. Однак це не абсолютна свобода, вона введена у певні нормативні рамки загального договірної, конкурентного права, регламенту захисту даних, тощо – як на рівні права ЄС, так і окремих держав. Після цього, хоч тривалий час і не з'являлося жодного міжнародного договору з врегулювання правовідносини сторін, що виникають за умовами договору франчайзингу [53, с. 63], однак тут було б доречним згадати про міжнародні договори, що зокрема врегулювали передачу у володіння та користування охоронюваних об'єктів інтелектуальної власності, що безумовно характеризує режим правовідносин між франчайзі та франчайзером, у тому числі, Паризьку конвенцію про захист промислової власності (1883 р.), Всесвітню конвенцію про авторське право (1952 р.), Мадридську угоду про міжнародну реєстрацію знаків (1891 р.), а також Протокол до Мадридської угоди про міжнародну реєстрацію знаків (1989 р.), Договір про патентну

кооперацію (1970 р. зі змінами від 1979 р.) та інші. Головне ж тут, що Україна є учасницею перелічених договорів, що безумовно формує якісну базу для розбудови як відповідного національного регулювання, так і економічних зв'язків із західними партнерами.

Переконавшись, що на міжнародному рівні правовідносини за договором франчайзингу, окрім іншого, регулюються спеціальними міжнародними договорами, хотілося б зауважити про важливу роль Типового закону щодо розкриття інформації про франшизу, прийнятого Міжнародним інститутом уніфікації приватного права. Закон слугує прикладом міжнародної уніфікації у сфері франчайзингу та став основою для розробки національного законодавства різних країн. Зокрема, у ньому закріплений перелік категорій інформації, яка повинна бути розкрита франчайзером до укладення договору франчайзингу, також він містить уніфіковане визначення понять, для застосовування у договорах франчайзингу та процедуру укладення договорів франчайзингу [73].

Марно й казати, що спеціальний закон про франчайзинг міг би стати чудовим доповненням і для вітчизняного законодавства, навіть на основі згаданого вище типового закону, він міг би врегулювати важливі для франчайзингу аспекти, що відповідають світовій практиці, але, на жаль не були висвітлені в Цивільному кодексі України. Як і марно згадувати про спроби законодавчої ініціативи в шойно зазначеному питанні, зокрема: Перший законопроект, запропонований у 2000 р. науковцями В. Ляшенко, В. Хохуліним, П. Боярчуком [36]; наступний законопроект «Про франчайзинг» (№ 8241, від 08.11.2001 р.) було подано на розгляд до Верховної Ради України, у ньому, окрім решти важливих економіко-правових основ здійснення франчайзингу, вже було чітко визначено саме поняття терміну франчайзингу, правоволоділець (франчайзер), користувач (франчайзі) [16]; зрештою, і законопроект № 7430 від 21.12.2017 р. також не був прийнятий вищим законодавчим органом. Останній проєкт було розроблено з метою знизити ризики та виключити існуючі колізії правового регулювання франчайзингу і стану розвитку комерційних стосунків на сьогодні. Головною метою

розроблення було реформування діючого законодавства для створення сприятливих умов для ведення і розвитку підприємницької діяльності у області франчайзингу [15].

Переходячи до дослідження діючого законодавства, вкотре хочемо нагадати, що в Україні правове регулювання договорів франчайзингу не передбачене жодним нормативно-правовим актом. Натомість, українське законодавство містить поняття «комерційна концесія», що в більшості випадків на практиці ототожнюється з франчайзингом. Вітчизняний законодавець відобразив свою нормотворчу волю, що стосується комерційної концесії, у Цивільному і Господарському кодексах України (надалі окремо ЦК України, ГК України), а саме:

- Цивільний кодекс України: Глава 76, ст.ст. 1115-1129 (або ЦК України) [3].
- Господарський кодекс України: Глава 36, ст.ст. 366-376 (або ГК України) [2].
- актах антимонопольного законодавства;
- законодавстві у сфері використання, передачі та захисту об'єктів права інтелектуальної власності забезпечення.

Саме ці законодавчі акти містять основоположні норми, що покликані регулювати відповідні правовідносини у сфері комерційної концесії. Але навіть в межах наведених нечисленних актів комерційну концесію можна сплутати з терміном «концесії», відповідно до Глави 40 Господарського кодексу України під заголовком «Концесія», а також окремого Закону України «Про концесію» (№ 155-IX від 03.10.2019). Так, виходячи з положень п. 11 ст. 1 Закону України «Про концесію», концесія – це форма здійснення державно-приватного партнерства, що передбачає надання концесіодавцем концесіонеру права на створення та/або будівництво (нове будівництво, реконструкцію, реставрацію, капітальний ремонт та технічне переоснащення), та/або управління (користування, експлуатацію, технічне обслуговування) об'єктом концесії, та/або надання суспільно значущих послуг у порядку та на умовах, визначених

концесійним договором, а також передбачає передачу концесіонеру переважної частини операційного ризику, що охоплює ризик попиту та/або ризик пропозиції [7]. Однак наведене визначення терміну «концесія», за яким сторонами даного договору виступають «концесіодавець» та «концесіонер», попри часткову тотожність за назвою не слід ототожнювати з «комерційною концесією», оскільки перша має абсолютно інше застосування, що спрямоване на реалізацію, в першу чергу, державних цілей [22, с. 70]. До такого ж висновку доходить Ю.С. Паніні, наголошуючи на тому, що за своєю правовою суттю договори концесії та комерційної концесії істотно відрізняються [13, с. 155]. Дана обставина вкотре підтверджує наш до висновок, що застосування терміну «комерційна концесія» для позначення правовідносин із франчайзингу є некоректним.

Не дивлячись на тотальний дублюючий характер положень, що покликані регулювати комерційну концесію в ГК України та ЦК України, так склалося, що навіть в рамках власного національного законодавства Україна не має однозначного визначення предмету договору комерційної концесії. Так, ЦК України визначає суть відповідного договору в передачі за плату права користування на певних вимогах комплексом власних прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг (ст.ст. 1115-1116). ГК України ж постулює договір комерційної концесії лише як обов'язок надати 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 (ст. 366). Однак, із наведених визначень ми можемо виокремити ряд спільних рис, які формують уявлення про комерційну концесію, зокрема, предметом виступає право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації, яке передається за певну винагороду на певних умовах.

Як ми вже зазначили, ЦК України та ГК України певні положення в регулюванні комерційної концесії розкриває однаково. Зокрема, вказується, що сторонами в договорі комерційної концесії можуть бути фізичні та юридичні особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності (ст. 1117 ЦК України, ст. 366 ГК України); договір комерційної концесії повинен обов'язково бути укладений у письмовій формі у вигляді єдиного документа (ст. 1118 ЦК України, ст. 367 ГК України); встановлюється режим винагорода за договором комерційної концесії, винагорода може виплачуватися користувачем правоволодільцеві у формі разових або періодичних платежів або в іншій формі (ст. 1115 ЦК України, ст. 369 ГК України). Хоча все ж існують певні аспекти, які були врегульовані з деякими відмінностями, зокрема, щодо форми договору ГК України визнає недійсним договір у разі недодержання письмової форми, тоді як ЦК України – нікчемним, що створює ряд матеріальних та процесуальних колізій, зокрема щодо необхідності оспорювати договір в судовому порядку для визнання його недійсним; також все ж існують певні розбіжності та неточності щодо винагороди за договором комерційної концесії, зокрема в частині обов'язку ГК України сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду. Тобто, ЦК України серед переліку обов'язків користувача не передбачає обов'язку внести плату за договором комерційної концесії, хоча такий обов'язок все ж можна вивести із закріпленого у ч. 1 ст. 1115 ЦК України визначення договору комерційної концесії; окрім цього, ЦК України на відміну від ГК України містить важливу норму, що встановлює право користувача на укладення договору комерційної концесії на новий строк на тих самих умовах. При цьому правоволоділець може відмовити користувачеві в укладенні договору на новий строк тільки за встановлених підстав [49].

Безумовно описаний одночасно неоднорідний та дублюючий підхід до регулювання даного інституту договірних прав не може слугувати взірцем нормотворчості, і натомість ризикує створити ряд перешкод для ефективної реалізації правовідносин з франчайзингу, ми звертаємо увагу на зазначені

колізії та прогалини в положеннях обох кодексів, щоб законодавець міг запобігти виникненню проблемних ситуацій на практиці з укладення договору комерційної концесії.

В кінці, коротко окреслити стан законодавства у сфері захисту економічної конкуренції законодавством у сфері використання, передачі та захисту об'єктів права інтелектуальної власності забезпечення, оскільки він дотично стосується мети дослідження, і загалом не створює значних перешкод та не йде далеко в розріз із європейськими стандартами у регулюванні вказаних галузей права.

Антимонопольне законодавство України регулює відносини з франчайзингу в основному на базі Закону України «Про захист економічної конкуренції» (№2210-III від 11.01.2001) [6]. Положення Закону спрямовані на обмеження монополізму і недобросовісної конкуренції. Антимонопольний комітет України є головним суб'єктом у здійсненні антимонопольного регулювання на українському ринку [5].

Оскільки предметом договору комерційної концесії ЦК України встановлює право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації, договір комерційної концесії (франчайзингу) в Україні регулюється рядом нормативно-правових актів, присвячених правовідносинам з використання, передачі та захисту перелічених вище об'єктів інтелектуальної власності [47], серед згаданих актів : Закон України «Про авторське право і суміжні права» від 23.12.1993 № 3792-XII – охороняє особисті немайнові права і майнові права авторів та їх правонаступників, пов'язані із створенням та використанням творів науки, літератури та мистецтва – авторське право, і права виконавців, виробників фонограм і відеограм та організацій мовлення – суміжні права [4]; Закон України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15.12.1993 № 3689-XII – щодо набуття та здійснення права власності на знаки для товарів і послуг в Україні [9]; Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні

моделі» від 15.12.1993 № 3687-ХІІ – щодо використання та охорони прав на винаходи і корисні моделі [8]; Закон України «Про охорону прав на промислові зразки» від 15.12.1993 № 3688-ХІІ [11]; а також Закон України «Про охорону прав на компонування напівпровідникових виробів» від 05.11.1997 № 621/97-ВР [10]; Закон України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21.04.1993 р. [12]; Закон України «Про племінну справу у тваринництві» від 15.12.1993 № 3691-ХІІ [13]; Закон України «Про правову охорону географічних зазначень» від 16.06.1999 № 752-ХІV [14].

РОЗДІЛ 2

ПРАКТИКА ЗАСТОСУВАННЯ ДОГОВІРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ

2.1. Істотні умови договору комерційної концесії

На початку ми вже з'ясували, що інститут комерційної концесії (франчайзингу) порівняно молодий, відтак, йому довелося знайти місце поблизу вже існуючого інституту права, а саме права інтелектуальної власності. Оскільки даний вид договорів укладається з метою, з одного боку, створення нових господарюючих суб'єктів, зі іншого – розширення ринку збуту товарів і послуг під брендом правовласника, а також враховуючи раніше отримані нами результати дослідження, то, пост фактум, правовий зв'язок інституту франчайзингу з правом інтелектуальної власності видається нам найбільш вдалим з позицій ефективності впровадження конкретних юридичних механізмів для застосування договорів комерційної концесії (франчайзингу). І хоча ми все одно далі повсякчас зустрічатимемо елементи права інтелектуальної власності, їх слід розцінювати саме як елементи. Пам'ятаючи, що одним із завдань роботи є виокремлення істотних умов договору саме комерційної концесії, як відносно відокремленого структурного елемента правової системи, ми погоджуємося з Я.О. Сидоровим, який виділяв як кваліфікуючу ознаку, що дає можливість відокремити договір комерційної концесії від інших, особливу структуру предмету даного договору. Зокрема, він вказував на цільність комплексу відповідних прав, що надаються за договором у тісній функціональній зв'язці із діями правоволодільця по наданню права на використання об'єктів інтелектуальної власності, і зрештою діями користувача по виплаті винагороди правоволодільцю за отримані права та вчинені дії [52, с. 110]. Однак, перш, ніж перейти до предмета, ми вважаємо за необхідне розкрити коло істотних умов договору комерційної концесії, що потребують дослідження.

Відправним пунктом у розумінні переліку істотних умов договору комерційної концесії є ч. 1 ст. 638 ЦК України, в розумінні якої істотними умови будь-якого договору слід вважати умову про предмет такого договору, умови, що окремо визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, і зрештою, всі умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [3]. Наукова думка загалом погоджується із таким підходом, зокрема, С. Бородовський виділяє три групи істотних умов: 1) істотні умови про предмет договору; 2) істотні умови, які визнані такими за законом; 3) істотні умови, необхідні для цього виду договору [24, с. 2].

Досліджуючи українську наукову думку щодо визначення поняття предмету договору, ми надали перевагу визначенню, яке, на наш погляд, є найбільш правильним, оскільки відображає повноту та цілісність, що породжує предмет договору. А саме, визначення М.М. Гудими. Зокрема, предметом цивільно-правового договору, він вбачає одну з його істотних умов, яка з поміж усіх інших закладає найбільш суттєві, притаманні конкретному договору риси, тим самим відображає правову мету договору, є ядром, довкола якого формуються всі його інші елементи, а досягає він цього, через сукупність певних дій з об'єктами матеріального чи нематеріального світу, а також самих цих об'єктів, на які безпосередньо спрямована або з якими безпосередньо пов'язана договірна воля сторін [28, с. 185].

В попередніх розділах ми частково розглянули предмет договору комерційної концесії, тоді на основі історико-теоретичного аналізу міжнародних та вітчизняних джерел права ми змогли викристалізувати предмет франчайзингу саме як об'єкти права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційної таємниці і т.п.), комерційний досвід та ділову репутацію у поєднанні з наданням франчайзером технічної, комерційної та іншої документації, необхідної франчайзі для здійснення останніх наданих йому прав за договором. На даному етапі ми звертаємо увагу на суб'єктний склад договорів комерційної концесії – сторонами можуть бути юридичні та фізичні особи. Наша позиція

підкріплюється тими визначеннями, що містяться в законодавстві, як то: ст. 1115 ЦК України – за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг [3]; ст. 366 ГК України, в якій дається інше, однак, в цілому схоже за змістом з відповідними положеннями ЦК України, визначення договору комерційної концесії, як зобов'язання однієї сторони (правоволодільца) надати другій стороні (користувачеві) на строк або без нього 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 [2]. Так, звичайно, законодавче формулювання визначення дещо обмежене, порівняно з тим розумінням, що ми встигли розкрити в нашій роботі раніше, однак вже існує ряд пропозицій, зокрема від Г. Цірата щодо доповнення ст. 1116 ЦК України додатковим змістом, а саме: «предмет договору включає дії правоволодільца з надання в користування франшизи...з надання відповідних консультацій франчайзі, з проведення навчальних курсів для персоналу користувача, з контролю за якістю товарів (робіт, послуг), що виробляються користувачем Дії користувача, що визначені предметом договору, включають користування франшизою та дотримання інструкцій франчайзера...» [62, с. 12]. Ми погоджуємося із такою пропозицією і вважаємо її доцільною з огляду на з'ясований широкий контекст правовідносин із франшизи.

Щодо інших істотних умов, зокрема тих, які визнані такими законом, сюди, безперечно, входить ціна договору. Більшість науковців, досліджуючи договори комерційної концесії, вказують на таку їх істотну умову, як оплату послуги, зокрема В. Хвостенко та А. Махота [58]. Це напряму корелюється із законодавством, яке прямо вказує на такий елемент договору комерційної концесії як «винагорода», яка користувачем виплачується правоволодільцеві

фіксовано у вигляді разових або періодичних платежів, відрахувань від виручки, націнки на оптову ціну товарів, переданих правовласником для перепродажу, або в іншій формі, передбаченої договором. Насамперед, це відображено у нормах ЦК України (ст. 1115) [3], які встановлюють режим оплатності для користувача за дії правоволодільца щодо надання виключних прав у користування, а також використання отриманої системи та довгострокову підтримку користувача в процесі реалізації прав, а також ГУ України (ст. 366, 369) [2]. Тобто, з вищевикладеного випливає, що договір комерційної концесії (франчайзингу) є оплатним. Виходячи з із специфіки предмету окремих договорів, Я.О. Сидоров також виділяє «факультативні» платежі [52, с. 116]. До них він відносить, зокрема:

- витрати на рекламу;
- оплата послуг (навчання, консультації, юридичні й аудиторські послуги, тощо);
- оплата матеріальних цінностей, необхідних для забезпечення виконання поставлених цілей, що можуть передаватися на умовах купівлі-продажу, оренди або інших умов [52, с. 116].

Поруч із ціною, окремого згадування потребує форма договору. Хоч і проста за суттю, дана істотна умова договору є не менш важливим її елементом, оскільки її ігнорування може призвести до визнання договору нікчемним, як це передбачено ст. 1118 ЦК України, а саме, вимога щодо письмової форми договору комерційної концесії, недотримання якої викриває нікчемну правову природу такого договору [3], чи ст. 367 ГК України, за якою недодержання вимоги про письмову форму тягне за собою недійсність договору [2].

На останок, до другої групи істотних умов можна віднести правовий статус сторін договору комерційної концесії. «Сторонами в договорі комерційної концесії можуть бути фізична та юридична особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності», саме так дана умова регламентується ст. 1117 ЦК України [3]. Такий підхід логічно випливає із економічної природи франчайзингу, який застосовується у сфері підприємницької діяльності з

комерційною метою, саме тому учасниками можуть виступати виключно комерційні організації і фізичні особи, зареєстровані як суб'єкти підприємницької діяльності.

До третьої групи істотних умов відносяться ті умови, що безпосередньо впливають із предмету окремого договору комерційної та встановлюються на вимогу сторін. Вказана група умов походить із консенсуальної природи даного правочину. Оскільки комерційна концесія є двостороннім договором, так як в ньому беруть участь дві сторони – правоволоділець і користувач, які є самостійними, юридично й економічно незалежними одне від одного суб'єктами цивільно-правових відносин, то договір комерційної концесії набирає своєї юридичної сили з моменту досягнення згоди між такими сторонами з усіх істотних умов та з моменту придання йому належної (письмової) форми, тобто з моменту підписання документу з боку всіх сторін. До цієї групи відносяться певні обов'язки та права, що визначають одне для одного сторони. Вказані права та обов'язки частково визначені вітчизняним законодавством у ст. 1120 та 1121 ЦК України. Однак їх перелік є доволі загальним та постійно доповнюється на практиці самими сторонами в рамках третьої групи істотних умов. У зв'язку такими обставинами В. Хвостенко та А. Махота пропонують зобов'язувати правоволодільца розробляти принципи вибору розміщення торгової точки для користувача, її маркетингових, та конструктивно-організаційних характеристик; наставляти користувача тонкощам організації та ведення бізнесу; запроваджувати заходи та систему контролю за користувачем під час його використання франшизи; поширювати засоби індивідуалізації самої франчайзингової мережі та продукцію, яка через неї реалізується тощо. З боку користувача вони пропонують зобов'язати останнього, по-перше, дотримуватися таких настанов, вказівок та правил правовласника, що можуть стосуватися технологій і процедур використання його промислової власності; інформувати правовласника про необхідність і способи удосконалення його процесів та підходів у використанні об'єктів інтелектуальної власності; не допускати дискримінації ділової репутації

правовласника будь-якими діями користувача в процесі здійснення обумовленої договором діяльності по франшизі, тощо [58].

2.2. Укладання, припинення та відповідальність за договором комерційної концесії

Враховуючи результати дослідження на даний момент, можна стверджувати, що наявне вітчизняне нормативно-правове регулювання створює значну кількість негативних обставин, що призводять до порушення сторонами умов договору, і, зрештою, судових спорів між сторонами договору комерційної концесії.

У зв'язку із індивідуальними особливостями кожної франшизи, для договору комерційної концесії притаманна форма окремого, цілісного документа. Хоча іноді, великі франшизи використовують юридичний механізм приєднання. У будь-якому випадку, перші стадії у процедурі укладання включають у собі стандартні, визначені у гл. 52 ЦК України, пункти: оферта та акцепт. У зв'язку зі розглянутою нами раніше специфікою підприємницької діяльності у сфері франчайзингу, ініціатива здебільшого надходить з боку потенційного франчайзі. Нормальна практика являє собою сценарій, за яким суб'єкт господарювання шукає інформацію щодо доступних франшиз через спеціалізованих провайдерів сервісів, як то, франчайзові веб-ресурси, зазвичай така інформація стосується доволі різного кола відомостей щодо франшиз, зокрема, щодо ділової репутації, галузевих успіхів, фінансових показників, професіоналізму керівництва, досвід залучення інвестицій та інших франчайзі, тощо [68, 75, 78]. Визначившись із франшизою, його що цікавить, суб'єкт направляє оферту, після, враховуючи описані нами в дослідженні проблеми нормативно-правового регулювання, має бути ретельно підготовлений договір комерційної концесії (франчайзингу) із врахування усіх особливостей описаних нами раніше істотних умов договору. Окремо зауважимо про потенційну

необхідність, яку зауважив ще І. Солодченко, щодо підписання цілого пакета договорів, які врегулюють необхідні в конкретному випадку правовідносини з поставки чи надання послуг із консультації, навчання, тощо [54]. На підтвердження останнього, у справі № 910/13451/16 Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного господарського суду підкреслив важливість ретельного підходу під час оформлення кожного окремого типу правовідносин, що виникають з договору комерційної концесії, зокрема договору поставки та усіх супровідних документів, як то передбачених договором документів, що свідчать про сплату користувачем роялті, поставку праволодільцем і одержання користувачем передбаченого договором товару за підписаною видатковою накладною. Описаний підхід в конкретній справі сприяв запереченню зустрічного позову з визнання договору комерційної концесії недійсним, а також став основою для доведення неналежного виконання користувачем зобов'язань з оплати одержаного товару та послуг, за який мав розрахуватися після підписання видаткової накладної [17].

Завершальний же етап юридичної дії договору комерційної концесії – припинення – традиційно, врегульований загальними положеннями ст. 598-609 ЦК України. Зокрема, встановлюються наступні підстави: належне виконання, передача відступного, зарахуванням зустрічних вимог, заміна кредитора, прощення боргу, неможливість виконання, смерть або ліквідація відповідної особи, і, звичайно, за взаємною домовленістю сторін.

Окрему увагу ми хотіли б приділити належному виконанню, як найбільш бажаному шляху припинення договору, оскільки він передбачає досягнення поставленої в договорі мети та задоволення інтересів сторін у тому обсязі, що вони планували. Відтак, це сприяє загальному розвитку бізнес середовища з усіма супутніми позитивними ефектами. Сторони можуть як домовитися про подовження договору на новий строк, так і припинити правовідносини за договором.

Домовленості сторін також заслуговує згадування. Як приклад, випадком домовленості сторін про припинення договору є встановлення процедури

розірвання безстрокового договору, яка передбачає надіслання попереднього повідомлення.

Цікавим є застосування неможливості виконання, як підстави для припинення даного договору. Я.О. Сидоров, дослідивши це питання, визначив ряд факторів, які можуть стати причиною для зазначеного застосування, серед них, найцікавим є втрата правоволодільцем прав на відповідний торговельний знак з незалежних від нього причин. Як приклад, це може відбутися у випадку перетворення зареєстрованої торговельної марки на загальноживане визначення певного виду товарів. Зокрема, таке перетворення спіткало деякі види напоїв (шампанське, коньяк), транспортні засоби (джип), видів обладнання (ксерокс і ксерокопії) [52].

Щодо останньої підстави, ми хотіли б проаналізувати правову позицію Верховного Суду у складі судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 760/23323/17. Дана справа здебільшого стосується саме захисту права на знак (торговельну марку), однак в ній суд задовольнив касаційну скаргу публічного акціонерного товариства «Фармак» з позовом про визнання знака (торговельної марки) добре відомим в Україні й зобов'язання вчинити дії Міністерство економічного розвитку і торгівлі України (далі – Міністерство). Не погодившись з висновком суду апеляційної інстанції, що вимоги до Міністерства опублікувати в офіційному бюлетені «Промислова власність» відомості про визнання «призначення» добре відомим в Україні знаком відносно АТ «Фармак» станом на 01 січня 2013 року для товарів 05 класу Міжнародної класифікації товарів і послуг: фармацевтичні препарати, відхилити реєстрацію знака для товарів і послуг за заявою від 30 серпня 2017 року № m201719120 відносно всіх заявлених товарів 05 класу Міжнародної класифікації товарів – підлягають розгляду в порядку господарського судочинства (з міркувань, що заявлені вимоги до Міністерства як центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності), пояснюючи це тим, що не було враховано однорідний характер позовних вимог у цій справі, які нерозривно пов'язаними

між собою, у тому числі, це стосувалося фізичною особою та її права на захист знака для товарів і послуг. Виходячи з останнього, такі вимоги мають розглядатися в одному провадженні, а саме за правилами цивільного судочинства, адже відповідачем є не тільки юридична особа, а ще й фізична особа, право інтелектуальної власності якої і було предметом реєстрації що оспорювалася. А яскравим прикладом ситуації, коли правоволоділець втрачає права на відповідний торговельний знак з незалежних від нього причин, дана справа є тому, що на етапі апеляція, у справу вступила третя особа, інтерес якої потенційно міг постраждати після визнання знака (торговельної марки) добре відомим на користь «Фармака», оскільки відповідні права на формулювання «призначення», на думку загданої третьої сторони, могли складала комплекс позначень, які ця особа за ліцензійним договором передала третій компанії, а та, за договором комерційної концесії, іншій компанії. Таким чином, таке рішення зачіпає інтереси ряду одразу юридичних осіб і слугує прикладом для згаданої підстави. Вся ситуація стала можливою тому, що структура прав на знак (торговельну марку), як з'ясували в ході розгляду суди, у даній фармацевтичній сфері відслідковує своє коріння ще з підприємств радянських часів, що створює складнощі у відмежуванні схожих за об'єктом прав інтелектуальної власності. У даній справі ми також вбачаємо важливу правову позицію, яка полягає у роз'ясненні підходу до визначення юрисдикції у справах, коли з'ясовується правовий статус прав інтелектуальної власності, що належать фізичній особі, у тому числі, в умовах комерційної концесії [19].

Іншою, доволі поширеною підставою для припинення договору, у тому числі комерційної концесії, є ліквідація юридичної особи – сторони договору [63].

Розірвання договору комерційної концесії здійснюється відповідно до загальних положень все тієї ж гл. 53 ЦК України. Також, додаткові норми щодо припинення саме договору комерційної концесії містяться у ст. 1126 ЦК України. В. Матвійчук та І. Тімуша у своїй роботі пов'язують припинення договору комерційної концесії, зокрема, із такими юридичними фактами [60]:

- момент закінчення (спливу) строку дії договору;
- одностороння відмова від договору, за умови, якщо його укладено без зазначення строку;
- припинення права на торговельну марку правоволодільця чи інші позначення, визначені в договорі, без його заміни аналогічним правом;
- оголошення правоволодільця або користувача банкрутом у зв'язку з неплатоспроможністю;
- смерть правоволодільця, якщо спадкоємці протягом шести місяців з дня відкриття спадщини не зареєструвалися як суб'єкти підприємницької діяльності або не передали свої права та обов'язки особі, яка має право займатися підприємницькою діяльністю;
- за інших випадків, які передбачені законодавством України.

На останок, дослідимо питання відповідальності за порушення зобов'язань за договором комерційної концесії. І вкотре ми не знаходимо спеціального регулювання, яке б регламентувало дане питання. Відповідальність у такому випадку настає в загальному порядку підстав цивільно-правової відповідальності, відповідно до гл. 76 ЦК України «Комерційна концесія». Однак враховуючи правову природу відносин з комерційної концесії, все ж можна виділити певні специфічні особливості щодо відповідальності сторін даним договором.

Виходячи із загальних положень ст. 611 ЦК України, користувач зобов'язаний відшкодувати збитки завдані ним правоволодільцеві через своє невиконання або неналежне виконання договірних зобов'язань, яке на практиці може полягати у шкоді діловій репутації, порушення режиму комерційної таємниці чи конфіденційної інформації. Це однаково справедливо і для порушень, стосовно яких у виконавця немає прямої вини, оскільки договір франчайзингу входить до сфери підприємницької діяльності [3]. Описаний вище підхід у визначені суті юридичної відповідальності за договорами збігається із запропонованим Р. Майдаником, зокрема, щодо настання відповідальності, як результату здійснення протиправних дій або бездіяльності,

у вигляді передбачених договором чи законом заходів державного примусу у формі додаткових цивільно-правових обов'язків майнового характеру (санкцій)» [37].

Щодо відповідальності праволодільця, то ст. 1123 ЦК України передбачено як солідарну, так і субсидіарну відповідальність за вимогами, що заявляються до користувача комерційної концесії у разі невідповідності якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) користувачем. А в рамках ч. 2 ст. 373 ГК України за вимогами, що заявляються до користувача як виробника продукції (товарів) праволодільця, останній відповідає солідарно з користувачем [63].

Більш глибоке розуміння зв'язку описаної взаємної відповідальності за порушення договору та предметом конкретного договору нам дає Я.О. Сидоров, виділяючи наступні умови, без яких неможливе ефективне забезпечення виконання мети договору, зокрема: умову щодо відповідальності франчайзі за недодержання стандартів, визначених системою франчайзера, чим ставиться під загрозу ділова репутація франчайзера, а отже, успішне функціонування всієї франчайзингової мережі, а також умови про відповідальність франчайзі за незабезпечення схоронності комерційної таємниці, що також підриває успішну діяльність усієї франчайзингової мережі. Тим самим ми бачимо, чим пояснюється істотність даних умов для укладання договору комерційної концесії, без яких договір навіть може визнаватись нікчемним. Звісно ж у договір можуть бути внесені й інші умови про взаємну відповідальність сторін у залежності від предмету договору, що зачасти й доводиться робити сторонам, аби убезпечити себе від репутаційних та фінансових ризиків [52].

Врешті-решт, ми доходимо висновку, що вітчизняне нормативно-правове регулювання укладання, припинення та відповідальності за договором комерційної концесії залишає надто багато прогалин, та білих плям, які на практиці, як шляхом запозичення міжнародних практик, так і напрацювання

домашніх, доводиться заповнювати сторонам самостійно, виходячи із принципів диспозитивності та свободи договору.

За прикладом системної та продуманої структури відповідальності за договором комерційної концесії можна звернутися до справи № 908/499/17, що розглядалася Верховним Судом у складі колегії суддів Касаційного господарського суду, за позовом Товариства до Підприємця (у зв'язку з порушенням останнім умов укладеного сторонами Договору) про стягнення :

- заборгованості зі сплати паушального внеску (одноразовий, стартовий платіж);
- трьох відсотків річних від суми заборгованості по паушальному внеску;
- заборгованості зі сплати щомісячних платежів (роялті);
- неустойки по сплаті роялті;
- трьох відсотків річних від суми заборгованості по роялті;
- штрафу за неподання звітів [18].

Як показав у своєму висновку суд, мало прописати в договорі всі вище перелічені підстави та види відповідальності, необхідно ще й належним чином відслідковувати виконання договору на всіх етапах його виконання та в усіх групах правовідносин, щоб, у випадку порушення контрагентом умов такого договору, мати реальну можливість довести всі необхідні обставини в суді, тим самим забезпечивши максимальну ефективність договору комерційної концесії (франчайзингу) у повсякденній юридичній практиці.

2.3. Роль міжнародного регулювання для цілей розвитку вітчизняного інституту комерційної концесії

В ході нашого дослідження ми неодноразово наголошували на тому, що інститут комерційної концесії в Україні нерозривно пов'язаний із інститут франчайзингу у світі. Свідченням цьому ми наводили результати нашого дослідження історичних витоків франчайзингу, що вказують на первинне джерело формування даного виду правовідносин в Європі та Америці, а також

аналізували хронологію становлення та зміст регулювання щодо франчайзингу, зокрема, міжнародного, із чого зробили висновок, що у сучасному вигляді вітчизняний договір комерційної концесії є доволі спорідненим із договором франчайзингу, хоч у першого і бракує певною гнучкості та повноти нормативних положень, а також категорійної спадковості, які дозволили б прозоріше та ефективніше налагоджувати відповідні правовідносини українських підприємців із потенційними франчайзерами. Але ми не приділили достатньо уваги конкретним іноземним джерелам, що можуть стати основою для вдосконалення норм вітчизняного законодавства у досліджуваній сфері суспільних відносин, а також мати безпосередній вплив на зміст відповідного договору, коли він укладається із іноземним господарюючим суб'єктом.

Почати слід із з того, що В.С. Дмитришин, аналізуючи законодавство країн, які по-різному регулюють відносини за даним типом договору, пропонує виділити наступні їх групи [29]:

- держави, які регулюють франчайзингові правовідносини як окремий вид цивільно-правових відносин;
- держави, що регулюють франчайзингові правовідносини з погляду інвестиційного законодавства;
- держави, регулювання франчайзингових правовідносин відбуваються переважно з погляду можливого порушення антимонопольного законодавства;
- держави, що регулюють франчайзингові правовідносини як елемент ліцензійних правовідносин;
- держави, де франчайзингові правовідносини розглядаються як торгіві;
- держави, де регулювання франчайзингових відносин здійснюється громадськими організаціями (асоціаціями) на добровільних засадах.

Також, ми пам'ятаємо із нашого дослідження, що в рамках франчайзингу можуть бути задіяні доволі різні групи правовідносин, які в свою чергу будуть регулюватися нормами інвестиційного, антимонопольного, господарського (торгівельного), ліцензійного та інших галузей права, що, звичайно, не сприяє

формуванню уніфікованого підходу до регулювання франчайзингу. Відтак, відсутність спеціалізованого законодавчого акту, який би регулював безпосередньо відносини франчайзингу, пояснюється необхідністю глобальних структурних змін в законодавстві, зокрема у сферах антимонопольного, ліцензійного та іншого законодавства, задля попередження колізій та конкуренції норм різних нормативно-правових актів. Такі зміни, в першу чергу, спірним питанням з точки зору доцільності та виправданості.

Яскравим прикладом описаних вище неоднорідних підходів до врегулювання франчайзингових відносин є Іспанія. В цій країні відносини за договором франчайзингу регулюються, в першу чергу, Законом «Про роздрібну торгівлю». Відповідно до ч. 2 ст. 62 зазначеного закону, комерційна діяльність в рамках режиму франчайзингу – це діяльність, яка здійснюється на підставі угоди або контракту, за яким компанія, в особі франчайзера, передає іншій, так званому франчайзі, право використовувати свою власну систему збуту продукції або послуги. Мінімум за 20 днів до підписання будь-якого контракту або попереднього контракту франшизи або доставки майбутнім франчайзі франчайзеру будь-якого платежу, франчайзер повинен надати майбутньому франчайзі в письмовій формі необхідну інформацію, щоб вони могли вільно приймати рішення. знання фактів їх включення в мережу франчайзингу та, зокрема, основних ідентифікаційних даних франчайзера, опис сектора діяльності франчайзингового бізнесу, змісту і характеристик франшизи і її використання, структури і розширення мережі та основні елементи договору франчайзингу [80].

Також, у ньому врегульоване обов'язок франчайзера щодо надання потенційному франчайзі достатнього обсягу інформації про франчайзера та запропонованої франшизи перед власне укладенням договору. Надання франчайзером документа про переддоговірне розкриття інформації захищає права не тільки франчайзі, але і самого франчайзера, адже після повідомлення встановленого Законом про роздрібну торгівлю обсягу інформації франчайзі вже не зможе вимагати розірвання договору на підставі приховування

франчайзером важливих відомостей або на підставі введення його в оману. Тоді як Цивільний кодекс Іспанії, прийнятий ще 1889 р., не містить положень, щодо регулювання відносин франчайзингу [70]. На зразок ЦК України, в ЦК Іспанії в знайшли відображення лише загальні норми та порядок укладення договорів, що відносяться до цивільних правовідносин тощо.

Що стосується його регулювання у межах ЄС, то незважаючи на складність правовідносин за договором франчайзингу, його правове регулювання ускладнюється ще й наявністю як національного законодавства окремо кожної країни-учасниці та і законодавства ЄС [55].

Водночас, С. Сприндис зазначає, що законодавці різних держав, розробляючи визначення франчайзингу, не однаково підходять до сенсу і змісту поняття франчайзингу. При цьому використовують різні терміни («франшиза», «франшизна угода», «комплексна підприємницька ліцензія» і т.п.), які диктуються практикою застосування в різноманітних формах його реалізації і законодавчого врегулювання. Але це не заважає дійти висновку, що визначення поняття «франчайзингу», прийняті на національних рівнях різними країнами попри відсутність загальноприйнятого обов'язкового міжнародного формулювання, в більшості країн відображає єдине розуміння суті договору і властивих їм загальних ознак. Саме ця обставина дає нам змогу, узагальнювати основні, загально визнані ознаки договору франчайзингу, і відповідно відслідковувати збіги і відмінності у змісті понять франчайзинг та комерційна концесія [55].

На підтримку останнього аргументу, хочеться також згадати про важливе значення наднаціональних джерел регулювання франчайзингу, серед яких найбільш затребуваним та актуальним є Кодекс Етики Франчайзингу, прийнятий під егідою Європейської Федерації Франчайзингу, оскільки він найбільш актуально відображає живу практику з усіх куточків європейського бізнес простору щодо укладання договорів франчайзингу. Даний кодекс на ряду з іншими міжнародно-правовими нормативними актами вносить безумовний вклад в уніфікацію юридичної практики в договорах франчайзингу.

З огляду на вищенаведене, ми можемо стверджувати, що на практиці, під час укладання франчайзингових договорів із певними країнами, зокрема, європейського регіону, можлива правова колізія, що виникає виключно у зв'язку із специфікою розвитку відповідного інституту права в конкретній державі. Такий стан справ є очікуваним і тому, що в Україні франчайзингові правовідносини у сучасному вигляді виникли і розвиваються лише з початку 2000-х років, в той час як в європейських країнах, даний інститут вже пройшов в рази довший шлях до свого становлення та доволі консервативний у підходах до визначення предмету та істотних умов договору комерційної концесії (франчайзингу). Відтак, уваги і законодавця, і потенційних сторін договору комерційної концесії під час вирішення питання щодо правового змісту даного договору, разом із усіма істотними умовами, потребують як актуальні джерела національного права країн потенційних партнерів, зокрема країн ЄС, так і джерела правової думки, зокрема, загальноєвропейських франчайзингових організацій.

ВИСНОВКИ ТА ПРОПОЗИЦІЇ

У результаті проведеного дослідження правового регулювання комерційної концесії можна зробити такі висновки:

1. Попри свою відносно коротку історію, комерційна концесія (франчайзинг) є однією із передових схем ведення бізнесу серед малих та середніх його представників починаючи з минулого століття. У сучасному вигляді відповідний правовий інститут сформувався та розвивався спочатку у Сполучених Штатах Америки, а з часом, в середині минулого століття закріпився і в Європі.

2. Для франчайзингу в системі права України законодавець знайшов місце у сучасних Цивільному та Господарському кодексах. Однак, не було створено спеціального нормативно-правового акта, який би детально врегулював цю групу правовідносин. Натомість, франчайзинг знайшов відображення у своїй вужчій вітчизняній інтерпретації – комерційній концесії. Останню прийнято ототожнювати з франчайзингом виходячи із спільності предмета договору. Однак запроваджений категорійний апарат постійно викликає непорозуміння із партнерами із країн, в яких франчайзинг завжди був відомий за своєю оригінальною назвою. Відповідні розбіжності виникають і під час спроб застосовувати положення комерційної концесії до різноманіття ітерацій договорів франчайзингу за специфікою предмета, тільки дистрибуторський договір в більш-менш повній мірі знаходить своє втілення в комерційній концесії.

3. Поняття комерційної концесії хоч і відтворює первинну юридичну конструкцію франчайзингу, але воно не здатне охопити увесь спектр різновидів договорів у цій сфері. Комерційна концесія розглядається як окремий або вужчий варіант франчайзингу.

4. Дублювання положень ЦК України і ГК України у врегулюванні комерційної концесії, однозначного визначення предмету цього договору немає. ЦК України визначає суть цього договору через передачу за плату права

користування власних прав з метою виготовлення та/або продажу певного виду товарів (надання послуг), тоді як ГК України визначає цей договір через обов'язок надати право використання у підприємницькій діяльності комплексу прав, що належать праволодільцеві на певний строк (або без визначення такого). Разом із цим, ЦК України у ст. 1121 не передбачає серед переліку обов'язків, що користувач зобов'язаний внести плату за договором комерційної концесії.

5. Наразі не можливо виділити один уніфікований міжнародний акт, який би однаково ефективно регулював відносини франчайзингу, але ми розглянули ряд актів міжнародно-правового характеру, які вже багато років слугують основою та дороговказом як для розробки власного національного законодавства, так і для використання загальноприйнятих положень щодо франчайзингу на диспозитивних началах, із паралельним застосуванням положень цивільного, торгівельного, комерційного або господарського законодавств відповідно, а також антимонопольного та конкурентного законодавства. Щодо останніх, в Україні відносно задовільний стан розробки та регулювання у вказаних галузях права.

Ми описали та проаналізували ряд інших колізій та прогалин у нормативно-правовому регулюванні комерційної концесії, як з огляду вітчизняних джерел права, так і міжнародних.

Задля їх вирішення сформовані такі **пропозиції** удосконалення чинного законодавства:

- прийняти Закон України «Про франчайзинг», який буде включати актуальну наразі світову практику франчайзингу, визначати його як вид підприємницької діяльності, встановити зобов'язання про переддоговірне розкриття інформації про франшизу. Такий нормативно-правовий акт надасть змогу усунути існуючі колізії і прогалини у правовому регулюванні комерційної концесії;

- прийняти Закон України «Про національне бюро франчайзингу», яким буде врегульовано правовий статус цього міжвідомчого органу, зокрема, покладено наступні завдання:

- популяризація знань про франчайзинг в Україні;
- методична та інформаційна підтримка суб'єктів підприємницької діяльності, а також громадян, що мають на меті провадження господарської діяльності в рамках моделі франчайзингу;
- створення постійних робочих громадських груп на основі представників франчайзингового бізнесу для роботи над систематизацією та подальшим поширенням найкращих практик в договорах франчайзингу;
- надання безоплатної правової допомоги суб'єктам підприємницької діяльності, а також громадянам, що мають на меті провадження господарської діяльності в рамках моделі франчайзингу, у питаннях щодо реєстрації суб'єкта господарської діяльності, юридичного супроводу його діяльності, правової допомоги по захисту прав інтелектуальної власності суб'єкта господарської діяльності, які є предметом договору франчайзингу;
- ведення статистичної та аналітичної роботи у сфері вітчизняного франчайзингового бізнесу, з метою виявлення актуальних тенденцій та практик для подальшої їх належної імплементації в нормативно-правове регулювання;
- налагодження міжнародного партнерства із визнаними національними та наднаціональними організаціями та установами у сфері франчайзингу, задля залучення найкращих іноземних практик у цьому напрямку, а також підтримки авторитету України в бізнес середовищі зазначеного напрямку діяльності;
- внести зміни у Главу 76 (ст.ст. 1115-1129) Цивільного кодексу України і Главу 36 (ст.ст. 366-376) Господарського кодексу України шляхом заміни термінів «комерційна концесія» на «франчайзинг», «правоволоділець» на «франчайзер», а замість «користувач» – «франчайзі».

Зрештою, ми сповнені оптимізму щодо майбутнього франчайзингу в Україні, адже попри наявні проблеми з регулювання, він активно набирає оберти, а так, як інститут є відверто новим для національної системи права,

попереду ще багато удосконалень, однак наразі наукова думка вже напрацювала ряд пропозицій і вони потребують оперативного законодавчого погодження та імплементації.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Конституція України: Основний Закон від 28.06.1996. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. ст. 141.
2. Господарський кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22, 85. ст.144.
3. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356.
4. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23.12.1993 № 3793-XI. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. №13. Ст. 64.
5. Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26.11.1993 № 3659-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 50. Ст.472.
6. Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11 січня 2001 р. № 2210-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 12. Ст. 64.
7. Про концесію: Закон України від 03.10.2019 № 155-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 48. ст.325.
8. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15.12.1993 № 3687-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. ст. 32.
9. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. ст. 36.
10. Про охорону прав на компонування напівпровідникових виробів: Закон України від 05.11.1997 № 621/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 8. Ст. 28.
11. Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15.12.1993 № 3688-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. ст. 34.
12. Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21.04.1993 № 3116-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 21. Ст.218.
13. Про племінну справу у тваринництві: Закон України від 15.12.1993 № 3691-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 2. Ст. 7.

14. Про правову охорону географічних зазначень: Закон України від 16.06.1999 № 752-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 32. Ст.26.
15. Про франчайзинг: проект Закону № 7430 від 21.12.2017 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=63201 (дата звернення 17.10.2021)
16. Про франчайзинг: проект Закону № 8241 від 08.11.2001 року. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?skl=4&pf3516=8241 (дата звернення 16.11.2021)
17. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 910/13451/16 від 20 березня 2018 року. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/72938994> (дата звернення 25.11.2021).
18. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 908/499/17 від 19 червня 2018 року. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/74899063> (дата звернення 23.10.2021).
19. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № № 760/23323/17 від 02 липня 2020 року. URL: <https://reustr.court.gov.ua/Review/90329565> (дата звернення 28.11.2021).
20. Андрійв В. І., Піцик Х. З Цивільно-правова характеристика змісту права на торговельну марку. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер.: Юриспруденція. 2019. № 41. Том 2. С. 8-11
21. Бачинський Т. В. До питання про договір комерційної концесії (франчайзингу) та деякі новели його реєстрації. *Вісник Національного університету "Львівська політехніка". Юридичні науки*. 2014. № 810. С. 226-230.
22. Биканова А. В. Концесія як спеціальний режим господарювання. *Форум права*. 2010. № 4. ст. 69–74.
23. Бланк И. Основы финансового менеджмента. К. : Эльга; НикаЦентр, 1999. Т. 1. 479 с.
24. Бородовський С. Укладення, зміна та розірвання договору у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Харків, 2005. 19 с.

25. Василевський І. П., Черненко Н. О. Аналіз використання франчайзингу в Україні. URL: <http://ape.fmm.kpi.ua/article/view/164924> (дата звернення 12.11.2021).
26. Василевський І. П., Черненко Н. О. Щодо правового регулювання франчайзингу в Україні з позиції комерційної концесії. URL: <https://ela.kpi.ua/bitstream/123456789/27584/1/P.146-147.pdf> (дата звернення 12.11.2021).
27. Гладка О. В. Сучасний стан законодавчого забезпечення відносин комерційної концесії. *Вісник Національного університету. «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». Серія: Економічна теорія та право*, 2012. № 1 (8). С. 174- 182.
28. Гудима М. М. До питання про поняття предмета цивільного договору. *Науковий вісник Ужгородського національного університету, Серія Право*, 2013. Випуск 23. Частина І. Том 1. С. 182-186.
29. Дмитришин В. С. Договір комерційної концесії та договір франчайзингу. Співвідношення понять та правова природа. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 3. С. 199-203.
30. Дончак Л. Г. Проблеми та перспективи розвитку франчайзингу в Україні. *Економічні науки*. 2014. URL: <http://nauka.kushnir.mk.ua/?p=72706> (дата звернення 12.11.2021).
31. Зовнішньоекономічна діяльність підприємств: підручник. І. В. Багрова, Н. І. Редіна, В. Є. Власюк та ін.; за ред. д-ра екон. наук, проф. І. В. Багрової. К. : Центр навчальної літератури, 2004. 580 с.
32. Килимник І. Договір франчайзинга: аналіз содержания. *Предпринимательство, хозяйство и право*. 2000. № 9. С. 21–28.
33. Килимник І. І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2003. 25с.
34. Коптяєва А.Ю., Тимченко Л.М. Комерційна концесія: генезис та проблеми правового регулювання. *Порівняльно-аналітичне право*. № 5. 2019. С.

158-160. URL: http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/PAP_5_2019.pdf#page=158 (дата звернення 12.11.2021).

35. Лучка Ю. І. Сутність ділової репутації стосовно суб'єктів господарювання. *Міжрегіональна Академія управління персоналом. Наукові праці МАУП*, 2017. Вип. 52(1). С. 110-117.

36. Ляшенко В., Хахулін В., Боярчук П. Проект Закону «Про франчайзинг». *Предпринимательство, хозяйство и право*. 2000. №10. С. 22 – 26.

37. Майданик Р.А. Цивільно-правова відповідальність. Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення. Колектив авторів, відп. ред. Ю.В. Баулін. Донецьк : ПП «ВД «Кальміус», 2013. С. 86-147.

38. Маланчук Т.В., Віткова О.С. Щодо співвідношення понять «франчайзинг» та «комерційна концесія» в законодавстві України. *Молодий вчений*, 2017. № 11 (51). С. 929-933

39. Махота А.В., Хвостенко В.С. Франчайзинг як сучасна модель організації бізнесу: правові та облікові аспекти. *Інтелектуальна власність в Україні*. 2016. № 3. С. 1-14.

40. Махота А.В. Франчайзинг у контексті розвитку малого та середнього бізнесу: організаційно-економічного та організаційні аспекти. *Бізнесінформ*. 2017. № 5. С 160-165.

41. Мета, завдання та предмет діяльності Федерації. Федерація розвитку франчайзингу України URL: <http://fdf.org.ua/pro-federatsiyu/meta-zavdannya-ta-predmet-diyalnosti-federatsiji> (дата звернення 10.11.2021).

42. Момот Л.В. Глобалізація франчайзингу в Україні. *Наук. Вісн. Херс. держ. унів.* 2018. Випуск 29, частина. 2. С. 169-173.

43. Момот Л. В. Розвиток франчайзингу в Україні. *Наукові праці НУХТ*. 2014. Т. 20. № 5. С. 81–86.

44. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. 5-те вид., перероб. і допов. За ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2013. Т. 1. 832 с

45. Новицький В. Міжнародна економічна діяльність України : підручник. К. : КНЕУ, 2003. 948 с.
46. Опейда З. Й. Проблемні питання правового регулювання комерційної концесії (франчайзингу). 2010.
47. Паніна Ю. С. До проблеми визначення об'єктів вправа інтелектуальної власності, що можуть передаватись у користування за договором комерційної концесії. *Інтеграція юридичної науки і практики як основа сталого розвитку вітчизняного законодавства: матеріали міжнародної науково-практичної конференції*. Дніпро: Дніпропетровський гуманітарний університет, юр. фак., 2016 р. С. 85–88.
48. Паніна Ю. С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ужгород, 2017. 262 с.
49. 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.
50. Піддубна В. Ф. Щодо питання правової природи договору комерційної концесії (франчайзингу). *Право*. 2017 Вип. 47, Т. 1. С. 152-154.
51. Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): автореф. дис....канд. юрид. наук: 12.00.03. Запоріжжя, 2004. 21 с.
52. Сидоров Я. О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Запоріжжя, 2004. 195 с.
53. Сидоров Я. О. Франчайзинг – нова договірна форма здійснення бізнесової діяльності в Україні. *Цивільне право*. 2003. № 3. С. 34-36
54. Солодченко І. Купіть фірмі обличчя. Договори франчайзингу. *Податковий і бухгалтерський облік. Дебет-Кредит*. Київ, 2003. №3. С. 19–24.

55. Сприндис С. Співвідношення понять «комерційна концесія» і «франчайзинг». *Порівняльна цивілістика*. 2021. Випуск №40. С. 40-45.
56. Теличко О. А. Правові засади укладення договору комерційної концесії. *Право і суспільство*. №6-2, ч. 3. 2014. С. 73-77.
57. Франчайзинг: за ред. О. Є. Кузьмін, Т. В. Мирончук, І. З. Салата, Л.В., Марчук. К. : Знання, 2011. 267 с.
58. Хвостенко В., Махота А. Франчайзинг – комерційна концесія: практичні аспекти організації та істотні умови договору. Харків. 2016.
59. Цеслів А. С. Комерційна концесія та суміжні договори: порівняльний аспект. *Бізнес Інформ*. 2013. № 6. С. 351–355.
60. Цивільне право України (у запитаннях та відповідях): Навчальний посібник: Практикум. За ред. В. К. Матвійчука, І. С. Тімуша. Київ.: ВНЗ «Національна академія управління», 2013. 348 с.
61. Цірат Г. В. Договори франчайзингу: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. К., 2003. 23 с.
62. Цірат Г. Франчайзинг и франчайзинговий договір: Учебн. практ. пособие. Київ.: «ИСТИНА», 2002. 240 с.
63. Чернега В. Договір комерційної концесії за Цивільним та Господарським законодавством України (порівняльно-правове дослідження). *Господарське право і процес*. 2018. С. 84-88.
64. Чикуркова А. Д., Ногачевський О. Ф. Франчайзинг: актуальні проблеми розвитку в Україні. *Збірник наукових праць Подільського державного аграрно-технічного університету*. Випуск 24. Частина 3. 2016. С. 247-254.
65. Щодо договору комерційної концесії: Лист Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 11.02.2004 № 761. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0761563-04#Text> (дата звернення 21.11.2021).
66. Яловий Г. К., Цеслів А. С. Перспективи розвитку комерційної концесії (франчайзингу) в Україні. *Теоретичні та практичні питання економіки*. Вип. 27. Т. 1. 2012. С. 188-193.

67. Abell P. M. The Regulation of Franchising in the European Union. Queen Mary, University of London, 2011. 422 p.
68. Association of franchising of Ukraine. URL: <http://franchising.org.ua/> (дата звернення 21.10.2021).
69. Chris Wormald Domestic and international franchising, master franchising, and regulation of franchise agreements in the UK (England and Wales): overview. URL: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-6329722?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/0-6329722?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true) (дата звернення 21.08.2021).
70. Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. URL: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con) (дата звернення 23.11.2021).
71. Commission Regulation (EEC) No 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements. Official Journal. L 359. 28/12/1988. P. 0046-0052. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31988R4087> (дата звернення 21.10.2021).
72. Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising. A Rule by the Federal Trade Commission on 06/29/2020. URL: <https://www.federalregister.gov/documents/2020/06/29/2020-12617/disclosure-requirements-and-prohibitions-concerning-franchising> (дата звернення 24.10.2021).
73. Draft Articles for a Model franchise Disclosure Law with Draft Explanatory Report as revised by the Committee of Governmental Experts at its Second Session. Rome, 8-12 April 2002/ UNIDROIT 2002/ Study LXVIII. – Doc. 48.
74. European Code Of Ethics For Franchising // European Franchise Federation. URL: <http://www.franquiciadores.com/wp-content/uploads/2018/05/EUROPEAN-CODE-OF-ETHICS-FOR-FRANCHISING-NATIONAL-ANNEXES.pdf> (дата звернення 11.10.2021).

75. Franchise Europe. URL: <https://www.franchiseeurope.com/> (дата звернення 14.11.2021).
76. Franchising guide. International Bureau of WIPO. Geneva. 1994. URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_480.pdf (дата звернення: 29.09.2021).
77. Franchise Statistics. <https://appsthatdeliver.com/insights/franchise-statistics> (дата звернення 16.11.2021).
78. Franchising.ua. URL: <https://franchising.ua/> (дата звернення 16.11.2021).
79. History of Franchising. URL: <https://www.maineFranchiseowners.org/about-us/history-of-franchising/> (дата звернення 13.11.2021).
80. Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista: Texto Consolidado. Gobierno de Espana. Ministerio de la Presidencia. URL: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1996-1072> (дата звернення 21.11.2021).
81. Oxford Advanced Learner's Dictionary. Franchise. URL: https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/franchise_1?q=franchise (дата звернення 19.11.2021).
82. Rogerson A. The history and regulation of franchising. URL: <https://www.rogeronbusinessservices.com/docs/TheHistoryAndRegulationOfFranchising.pdf> (дата звернення 12.11.2021).