

Розгон Ольга Володимирівна
*кандидат юридичних наук, доцент,
провідний науковий співробітник НДІ правового забезпечення
інноваційного розвитку НАПрН України
ORCID 0000-0001-6739-3927*

НЕДОЛІКИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРЕДМЕТА ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ У ГОСПОДАРЬКОМУ ТА ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

У науковій праці аналізується предмет договору комерційної концесії. Розглянуто варіанти урегулювання предмета договору комерційної концесії за ЦК України та ГК України і виявлено проблеми його невизначеності в ГК України. Автором проаналізовано франчайзинг як інноваційна форма трансферу технологій, який реалізується шляхом укладання договору комерційної концесії (франчайзингу).

Ключові слова: договір комерційної концесії, франчайзинг, франшиза, інновація, трансфер технологій.

Rozghon Olha V.
*PhD in Law, Associate Professor, Leading researcher
of the Research institute of legal support of innovative development
of the NALS of Ukraine
ORCID 0000-0001-6739-3927*

DISADVANTAGES OF DETERMINATION OF THE SUBJECT OF THE CONTRACT OF A COMMERCIAL CONCESSION IN ECONOMIC AND CIVIL LEGISLATION

In the scientific work is analyzed the subject of the contract of commercial concession. The variants of settlement of the subject of the commercial concession agreement under the Civil Code of Ukraine and the Economic Code of Ukraine are considered and the problems of its uncertainty in the Economic Code of Ukraine are revealed. The author analyzes franchising as an innovative form of technology transfer, which is realized by concluding a commercial concession contract (franchising).

Keywords: contract of commercial concession, franchising, franchise, innovation, technology transfer.

Аналіз франчайзингу як інноваційної форми трансферу технологій все частіше стає предметом дослідження науковців.

Однією із проблем національної інноваційної системи на етапі трансферу інновацій у Стратегії розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, яку схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10.07.2019 р. № 526-р, визначено розбіжність щодо врегулювання відносин у сфері інтелектуальної власності між ЦК України та актами спеціального законодавства України, що регулюють зазначену сферу відносин.

Державна регіональна політика повинна бути реалізована у відповідних діях органів виконавчої влади всіх рівнів та органів місцевого самоврядування щодо забезпечення стимулювання процесів формування інноваційного потенціалу регіонів і створення умов для динамічного, збалансованого розвитку регіональної інноваційної інфраструктури шляхом забезпечення фінансової допомоги з бюджету, здійснення постійного моніторингу виконання програм підтримки відповідних регіонів і реальних потреб окремих регіонів. Тобто ефективність розвитку інноваційної інфраструктури безпосередньо пов'язана з ефективністю регіональної інноваційної політики [1].

На нашу думку, це стосується, зокрема, правового регулювання комерційної концесії та спонукає окремо зупинитися на дослідженні комерціалізації результатів інтелектуальної, творчої діяльності через договір комерційної концесії (франчайзингу).

Складна правова природа відносин комерційної концесії вимагає ретельного законодавчого закріплення змісту договору франчайзингу, перш за все його предмета й інших істотних умов.

Договір комерційної концесії згадується у гл. 76 ЦК України та у гл. 36 ГК України.

У цьому дослідженні не будемо вести дискусію із приводу розмежування договорів франчайзингу і комерційної концесії. Дозволимо собі зазначати їх як синоніми, оскільки український законодавець вирішив їх не відрізняти, хоча вони й не тотожні.

Згідно із ч. 1 ст. 1116 ЦК України *предметом договору комерційної концесії* є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності, комерційного досвіду та ділової репутації. Водночас законодавець наводить невичерпний перелік об'єктів права інтелектуальної власності, до яких належать: торговельні марки, промислові зразки, винаходи, твори, комерційні таємниці тощо. Договором комерційної концесії може бути передбачене використання предмета договору із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери цивільного обороту (ч. 2 ст. 1116 ЦК України) [2].

Зауважимо, що ЦК України містить окрему главу 78, присвячену регулюванню відносин комерційної концесії.

Але і при цьому слід зауважити, що визначення предмета договору комерційної концесії, яке міститься в ЦК України, більше нагадує його визначення для ліцензійного договору та не дає змогу розкрити всі сутнісні ознаки договору комерційної концесії.

Предметом договору комерційної концесії є надання правоволодільцем користувачеві прав на використання останнім у своїй підприємницькій діяльності, визначеній метою договору, комплексу належних правоволодільцю прав на об'єкти інтелектуальної власності, а саме на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту і послуг (комерційне найменування та/або торговельні марки), промислові зразки, винаходи, комп'ютерні програми, бази даних тощо, через які об'єктивується ділова репутація останнього; комерційного досвіду та ділової репутації [3].

Франчайзинговий пакет може включати об'єкти інтелектуальної власності — як зареєстровані (комерційне найменування, знак для товарів та послуг (торговельна марка, товарний знак)), так і незареєстровані (комерційна таємниця, ноу-хау), а також операційні системи ведення бізнесу (комерційний досвід, технології виробництва, обладнання, сировина і матеріали, додаткові послуги франчайзера тощо) [4, с. 29].

За правовою природою договір франчайзингу має комплексний характер, бо охоплює низку елементів інших дистриб'юторських договорів, у тому числі ноу-хау. *Предметом договору франчайзингу* є право на використання об'єктів інтелектуальної власності (засобів

візуалізації — торговельних марок, промислових зразків; операційних систем ведення бізнесу — винаходів, комерційної таємниці, ноу-хау та ін.), комерційного досвіду та ділової репутації [5, с. 63].

У ГК України законодавець не присвячує окремої статті предмету договору комерційної концесії, однак у ч. 2 ст. 366 встановлює, що зазначений договір передбачає використання комплексу наданих користувачеві прав, ділової репутації та комерційного досвіду правоволодільця в певному обсязі, із зазначенням або без зазначення території використання щодо певної сфери підприємницької діяльності [2].

Отже, предметом договору комерційної концесії за ГК України є використання ділової репутації (гудвілу) і комерційного досвіду правоволодільця.

Під час аналізу предмета договору комерційної концесії стає зрозумілим, що, *на відміну від ЦК України, в ГК України* поняття комерційної концесії надається більш широко та без прив'язки до права інтелектуальної власності. Проте слід зазначити, що право на використання об'єктів права інтелектуальної власності є серцевиною предмета договору концесії, а ділова репутація та комерційний досвід — похідними від прав інтелектуальної власності [6, с. 180].

Вбачаємо, що ведення бізнесу передбачає застосування *торговельної марки як об'єкта інтелектуальної власності (бренду)* та надає переваги, якщо франшиза (як комплекс, який складається із прав користування брендом) містить інновації, ноу-хау, а це сприяє розвитку бізнесу.

Маємо *комплексність предмета договору комерційної концесії*, що за своєю основою становить комплекс виключних прав, належних правоволодільцю, в тому числі право на використання об'єктів права інтелектуальної власності. Водночас у законодавстві України *не встановлений чіткий перелік об'єктів права інтелектуальної власності*, передання прав на використання яких є необхідним для кваліфікації відповідного договору як договору комерційної концесії.

Отже, *об'єктами інтелектуальної власності та предметом договору комерційної концесії* можуть бути торговельні марки, промислові зразки, винаходи, твори, комерційні таємниці. Деякі з них можуть стати інновацією, наприклад, винахід. Але *не всі об'єкти*

інтелектуальної власності мають потенційну здатність увійти до складу інновацій [7, с. 15].

Так, винахідник може зробити винахід, але необхідно, щоб його результат був значущим. Оскільки інновація — це комплексний, тривалий процес, який поєднує створення, розробку, впровадження комерційного використання і поширення новації з метою отримання економічного, науково-технічного, екологічного, соціального, інформаційного або іншого ефекту і спричинює техніко-економічні та інші зміни у соціальному середовищі. Можна виділити такі характерні ознаки інновації: новизна (потенційно світова новизна); наявність творчої діяльності (створення нової технології); досягнення корисного ефекту (економічного, технічного, соціального); можливість задовольняти певний попит споживачів (нові технології, продукція або послуги, що «сприйняті» ринком, тобто отримали ринок збуту); комерціалізація результатів творчої діяльності (конкурентоздатні технології, продукція або послуги); практичне впровадження (втілення нових знань у новому продукті, технології, соціальній сфері). Фактично під час нововведення відбувається комерціалізація результатів інтелектуальної, творчої діяльності [8, с. 505].

До об'єктів інтелектуальної власності, які повністю відповідають інноваційним критеріям, належать: винаходи, корисні моделі, компонування (топографії) інтегральних мікросхем, сорти рослин, породи тварин. Потенційну здатність входити до інновацій мають комп'ютерні програми та бази даних, а також ноу-хау, оскільки їх рівень має відповідати критерію новизни.

Завдяки наявності у предметі договору комерційної концесії інноваційних технологій створюється можливість якісного поліпшення техніко-технологічних показників виробничого процесу, що забезпечує можливість підвищення не тільки рівня конкурентоспроможності господарської діяльності у певній сфері, але й дозволяє підвищити експортний потенціал економіки.

Суттєві недоліки визначення предмета договору комерційної концесії як у господарському, так і в цивільному законодавстві обумовлюються нечіткістю та розпливчатістю правових основ франчайзингу, недостатнім вивченням його специфіки.

Характеризуючи предмет договору комерційної концесії (франчайзингу) важливо враховувати те, що предмет франчайзингового договору включає в себе не просто інвестиційні відносини, а відносини інноваційного інвестування, які полягають у переданні до майнового комплексу виключних об'єктів інтелектуальної власності, але не просто об'єктів інтелектуальної власності, а тих, які синтезовані в інноваційний продукт, що має забезпечити конкурентоспроможну господарську діяльність у відповідній сфері. У цьому випадку актуальними є об'єкти інтелектуальної власності, які опосередковують технологію [7, с. 15].

Франчайзинг сприяє використанню інновацій, технологій та є інноваційною формою *трансферу технологій*.

На цьому питанні зупинялися у своїх працях такі вчені, як С. В. Глібко, Є. А. Новіков [9], О. М. Давидюк [10] тощо.

Зокрема, до договорів, які безпосередньо опосередковують відносини у сфері трансферу технологій, де предметом є наукові та науково-прикладні результати, об'єкти права інтелектуальної власності, ноу-хау, належить і договір комерційної концесії (франчайзингу).

Підсумовуючи, зауважимо, що: по-перше, предмет договору комерційної концесії містить комплекс виключних прав, урегульований такими кодифікованими актами, як ЦК України та ГК України, але має недоліки і вимагає внесення окремої статті з назвою «Предмет договору комерційної концесії» до ГК України для визначення всіх сутнісних ознак предмета такого договору; по-друге, наразі для розвитку бізнесу вимагається застосування нових підходів (технологій, інновацій, ноу-хау тощо).

ЛІТЕРАТУРА

1. Подрез-Ряполова І. В. Проблемні питання правової регламентації функціонування регіональної інноваційної інфраструктури. *Право та інноваційне суспільство*. 2018. № 2 (11). С. 55–61. URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2018/12/Podrez-Ryapolova11.pdf>.

2. Чернега В. М. Договір комерційної концесії за цивільним та господарським законодавством України (порівняльно-правове дослідження). *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 84–88. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/10/17.pdf>.

3. Розгон О. В. Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. *Право та інновації*. 2019. № 2. С. 29–34.
4. Розгон О. В. Ноу-хау як невід’ємна частина інноваційної діяльності підприємства. *Актуальні наукові дослідження в сучасному світі*: матеріали XLIX Міжнародної наукової конференції (м. Переяслав-Хмельницький, 26–27 травня 2019 р.). Переяслав-Хмельницький: ДВНЗ «Переяслав-Хмельницький державний педагогічний університет Шимон Григорія Сковороди» ГО «Інститут суспільної трансформації». С. 62–67.
5. Кулик О. С. Правове регулювання державної реєстрації договору комерційної концесії. *Правове регулювання економіки*. 2009. № 9. С. 180.
6. Гладка О. В. Комерційна концесія як форма інноваційного інвестування: автореф. дис... канд. юрид. наук. Харків, 2015. С. 15.
7. Погрібний Д. І. Господарсько-правові аспекти визначення категорії «інновації». *Правова доктрина — основа формування правової системи держави*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 20-річчю НАПрН України та обговоренню п’ятитом. моногр. «Правова доктрина України»; (м. Харків, 20–21 листопада 2013 р.). Харків: Нац. акад. прав. наук України. 2013. С. 505.
8. Novikov Y., Glibko S. Legal Relations between Participants in a Technology Transfer Network. *Mind the Gaps. Economical Aspects in the Legal Thinking*: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. 2018. С. 151–166.
9. Давидюк О. М. Господарсько-правове регулювання комерційної концесії (франчайзингу) у відносинах, пов’язаних із передачею прав на технологію. *Право та інноваційне суспільство*: електронне видання. 2014. Вип. 2. URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/Davydiuk.pdf>.

REFERENCES

1. Podrez-Riapolova, I. V. (2018). Problemni pytannia pravovoi rehlementatsii funktsionuvannya rehionalnoi innovatsiinoi infrastruktury. *Pravo ta innovatsiine suspilstvo - Law and Innovation Society*, 2 (11), 55–61. URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2018/12/Podrez-Ryapolova11.pdf> [In Ukrainian].
2. Cherneha V. M. (2018). Dohovir komertsii noi kontsesii za tsyvilnym ta hospodarskym zakonodavstvom Ukrainy (porivnialno-pravove doslidzhennia). *Pidpriyemnytstvo, hospodarstvo i pravo - Entrepreneurship, economy and law*, 10, 84–88. URL: <http://pgp-journal.kiev.ua/archive/2018/10/17.pdf> [In Ukrainian].
3. Rozghon, O. V. (2019). Predmet dohovoru pro peredachu nou-khau yak vydu dohovoru u sferi transferu tekhnolohii. *Pravo ta innovatsii - Law and Innovation*, 2, 29–34 [In Ukrainian].

4. Rozghon, O. V. Nou-khau yak nevidiemna chastyna innovatsiinoi diialnosti pidpriumstva. *Aktualni naukovy doslidzhennia v suchasnomu sviti: materialy XLIX Mizhnarodnoi naukovoï konferentsii (m. Pereiaslav-Khmelnytskyi, 26–27 travnia 2019 r.) - Current scientific research in the modern world: Proceedings of the XLIX International Scientific and Practical Conference*. Pereiaslav-Khmelnytskyi: DVNZ «Pereiaslav-Khmelnytskyi derzhavnyi pedahohichniy universytet Shymon Hryhoriia Skovorody» HO «Instytut suspilnoi transformatsii», 62–67 [In Ukrainian].

5. Kulyk, O. S. (2009). Pravove rehuliuвання derzhavnoi reiestratsii dohovoru komertsii kontsesii. *Pravove rehuliuвання ekonomiky – Legal regulation of the economy*, 9, 180 [In Ukrainian].

6. Hladka O. V. (2015). Komertsiiina kontsesiia yak forma innovatsiinoho investuvannia. *Extended abstract of candidates thesis*. Kharkiv [In Ukrainian].

7. Pohribnyi, D. I. (2013). Hospodarsko-pravovi aspekty vyznachennia katehorii «innovatsii». *Pravova doktryna – osnova formuvannia pravovoi systemy derzhavy: materialy Mizhnar. nauk.-prakt. konf., prysviach. 20-richchiiu NAprN Ukrainy ta obhovorenniu piatytom. monohr. «Pravova doktryna Ukrainy» (m. Kharkiv, 20–21 lystopada 2013 r.) – Legal doctrine - the basis for the formation of the legal system of the state: Proceedings of the International Scientific and Practical Conference*. Kharkiv: Nats. akad. prav. nauk Ukrainy, 505 [In Ukrainian].

8. Novikov Y., Glibko S. (2018). Legal Relations between Participants in a Technology Transfer Network. *Mind the Gaps. Economical Aspects in the Legal Thinking*: Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego. 151–166.

9. Davydiuk, O. M. (2014). Hospodarsko-pravove rehuliuвання komertsii kontsesii (franchaizynhu) u vidnosynakh, poviazanykh iz peredacheiu prav na tekhnolohiiu. *Pravo ta innovatsiine suspilstvo: elektronne vydannia – Law and Innovation Society, Issue 2* URL: <http://apir.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/Davydiuk.pdf> [In Ukrainian].