***ДОГОВІР КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ.***

***План:***

1. Поняття та правова характеристика договору комерційної концесії та сфера його застосування.

 2. Об'єкти договору комерційної концесії.

 3. Суб'єкти договору, права та обов’язки сторін договору.

 4. Відповідальність сторін по зобов’язанням договору.

 (Глава 76 ЦК України, ст.ст. 1115-1129).

***1 питання.***

У сучасному цивільному законодавстві України під ***договором комерційної концесії*** вважається такий договір згідно з яким одна сторона ***(правоволоділець***) зобов’язується надати іншій стороні ***(користувачеві***) за плату право користування в підприємницькій діяльності користувача комплексом виключних прав, що належать ***правоволодільцю***, у тому числі право на фірмове найменування та (або) комерційне позначення ***право-*** ***володільця***, право на охоронювану комерційну таємницю, а також на інші передбачені договором об’єкти виключних прав, зокрема товарний знак, знак обслуговування тощо. Даний договір як юридичний факт та цивільно-правове зобов’язання, котре виникає на його підставі являється новелою ЦК України, якому присвячена Глава 76 (ст.ст. 1115-1129).

При підготовці редакції нині діючого ЦК України, який набрав юридичної сили з 1 січня 2004 року ***поняття «комерційна концесія»*** було використано як найбільш відповідне за своїм змістом англійському терміну ***«franchising***» або французькому терміну ***«franchise***», що в перекладі означає «пільга, вільність, привілеї». Це є форма маркетингу або розподілу товарів, в якій «материнська» компанія (фірма) надає відповідному індивіду (дочірній компанії або сторонній право на «привілей ( пільгу) – франшизу» для здійснення підприємницької діяльності у відповідній формі на протязі відповідного періоду часу і у визначеному в договорі місці, тобто відповідній території. Сучасні закордонні правові системи терміни «франшиза» або «франчайзинг» використовують для позначення таких цивільно-правових договорів, однією із умов яких є надання одним суб’єктом підприємницької діяльності (бізнесу) іншому підприємцю дозволу на комерційне використання комплексу виключних та супутніх їм відповідних прав, зазначених у змісті договорів.

Відповідно до ЦК України договір комерційної концесії являє собою ***цілком самостійний вид цивільно-правового договору***, якому властиві певні характерні риси (ознаки), що відрізняють його від інших, схожих за правовою природою видів договірних зобов’язань, які опосередковують використання об’єктів права інтелектуальної власності. Про самостійне значення договору комерційної концесії (франчайзингу, франшизи), котрий відрізняється від звичайних ліцензійних договорів, направлених на використання окремих об’єктів інтелектуальної власності, свідчить і історія їх виникнення. Як зазначають М.І.Брагінський, В.В.Вітрянський та Ю.І.Свядосц договір про франшизу, який почав широко використовуватися в комерційній діяльності країн Західної Європи лише в 70-х роках ХХ століття (хоча він був відомий у США ще з 30-х років ХХ ст.) в першу чергу розглядався західною правовою доктриною як різновид договору про виключну продажу товарів, за яким продавець надавав покупцю виключне право продажу товарів, як об’єктів купівлі-продажу між ними або на відповідній території, або вказаній продавцем клієнтурі. За договором комерційної концесії ***правоволоділець*** (продавець) зобов’язується надавати ***користувачеві (покупцю***) не тільки товари, а і комерційну інформацію стосовно раціональних методів їх реалізації, надання послуг по порядку ведення бізнесу, в тому числі комерційний досвід та ділову репутацію **з ціллю підтримки користувача (покупця) в «просуванні» товарів та послуг, які може здійснювати сам правоволоділець.**

 ***Характерними ознаками договору комерційної концесії є наступні:***

* ***По-перше***, в якості сторін договору **(правоволодільця і користувача)** можуть виступати лише особи, що здійснюють підприємницьку діяльність (господарюючі суб’єкти, комерційні організації або приватні фізичні особи - підприємці (див. ст. 1117 ЦК України). що відрізняє його від інших видів ліцензійних договорів, в яких, наприклад, в якості **патентоволодільця** можуть виступати і фізичні особи без статусу підприємця;
* **По-друге,**  необхідним елементом предмету договору комерційної концесії є надання **правоволодільцем користувачеві** цілого комплексу виключних прав (див. ст. 1115 ЦК України). Специфіка об’єкту, а саме *«комплекс виключних прав*» відрізняє даний договір від усякого іншого договору, які спрямовані як на передачу майна в користування, тобто договорів найму (оренди), так і ліцензійних договорів про передачу об’єктів промислової власності (винаходів, корисних моделей, промислових зразків тощо) для їх подальшого використання;
* ***По-третє***, за договором комерційної концесії **користувачеві** надається лише ***право користування*** відповідними виключними правами, що належать **правоволодільцю** без їхньої передачі (відступлення), в якості ***цесії.*** Відступлення прав являє собою універсальний інститут зобов’язального права і в строгому розумінні цього терміну цивільне законодавство регламентує відступлення лише ***«права вимоги»,*** що випливає із конкретних договірних відносин, в яких ці ***«права вимоги»*** можуть існувати з відривом від особистості кредитора. Тобто даним правовим інститутом***, а саме договором комерційної концесії*** перехід у власність виключних (абсолютних) прав, як об’єктів права інтелектуальної власності, не охоплюється. Дана особливість відрізняє договір комерційної концесії, наприклад, від договору про купівлю-продаж патенту на об’єкти права промислової власності, за яким разом з передачею патенту передаються і всі виключні права патентовласника.
* ***По-четверте****,* принципове значення ***має мета надання користувачеві***, як стороні в договорі комерційної концесії, права на користування комплексом виключних прав, які належать **правоволодільцю.** Тобто мова йде не тільки про те, що право на фірмове найменування, на комерційну таємницю та на інші об’єкти виключних прав відповідно до змісту договору комерційної концесії повинні використовуватись у підприємницькій діяльності користувачем. Це *лише одна сторона* взаємних відносин сторін договору, яка підкреслює ціль, яку переслідує **користувач.** Але і **правоволоділець,** укладаючи договір комерційної концесії також переслідує свою певну мету, а саме створення виробничої, торговельної або збутової мережі для просування своїх товарів або послуг та розширення ринку їх реалізації;
* ***По-п'яте****,* значною специфікою **характеризується зміст договору** комерційної концесії, коло прав та обов’язків сторін цього договору. Так, **правоволоділець**, наділяючи **користувача** правом на використання комплексу виключних прав, повинен надавати послідньому технічне та консультативне сприяння, навчати та підвищувати кваліфікацію його працівників, контролювати якість товарів (робіт, послуг). А **користувач,** у свою чергу, зобов’язаний дотримуватися інструкцій та вказівок **право-** **володільця**, у тому числі і стосовно питань зовнішнього та внутрішнього оформлення комерційних приміщень. Ця обставина підкреслює саму мету (ціль) укладання договору комерційної концесії. При цьому **користувач**, як сторона договору, по своїй сутності з економічної точки зору є лише ланкою **у відповідній мережі правоволодільця**;
* ***По-шосте****;* незважаючи на повну економічну залежність від **право-** **володільця користувач**, як сторона договору комерційної концесії, зберігає повну юридичну самостійність та здійснює свою підприємницьку діяльність в майновому обороті від свого імені, але за умови інформування покупців (замовників) тощо про те, що він у своїй діяльності **використовує виключні права правоволодільця;**
* **По-сьоме;** особливі правовідносини, що виникають між сторонами договору комерційної концесії, які в економічному розумінні є ланкою відповідної товаро-виробничої або іншої мережі **правоволодільця,** потребують застосування спеціальних правил, які виключають ситуацію, коли **діяльність користувача** може сприяти жорстокій конкуренції на ринку товарів (робіт, послуг) і цим завдавати шкоди **інтересам правоволодільця.** Саме тому договір комерційної концесії може містити у своєму змісті умови про **різні види обмеження в діяльності користувача**.

У системі цивільно-правових договорів, передбачених цивільним законодавством України, ***договір комерційної концесії*** може бути віднесений до ***типу договорів***, предметом **яких є надання платних послуг**, правда з деякими застереженнями з теоретичної точки зору. За своєю загальною правовою характеристикою договір комерційної **концесії є консенсуальним**, **двостороннім та оплатним договором**. Також договір комерційної концесії **є строковим договором**. Якщо в договорі не зазначений строк (термін) його дії, то в цьому випадку необхідно застосовувати загальне правило про те, що кожна із сторін договору вправі в любий час відмовитися від договору комерційної концесії, повідомивши про це іншу сторону за 6 (шість) місяців, якщо договором не передбачений більш тривалий строк, про що зазначено в ст. 1126 ЦК України.

***Стосовно питання***  ***про оплатність договору комерційної концесії*** можна зазначити, що плата за користування комплексом виключних прав являється істотною умовою даного договору. Глава 76 ЦК України **не містить спеціальної правової норми**, яка б регулювала питання про сплату користувачем **винагороди правоволодільцю**, як це, зокрема, передбачено в ст.1030 ЦК РФ. Про винагороду вказується лише в ст. 1115 ЦК України, в якій надається легальне визначення договору комерційної концесії. Виходячи із світової практики, необхідно зазначити, що сторони мають право вказувати в договорі як розмір винагороди, так і порядок її сплати. **Найпоширенішою формою оплати є зазначення в договорі фіксованої суми, так званих** **«паушальних» платежів**, які виплачуються користувачем відразу після укладення договору комерційної концесії **та періодичних платежів**, **найчастіше річних**, **так званих «роялті**» у вигляді відрахувань у певних, визначених в договорі, відсотках від суми обороту товарів (робіт, послуг). Крім того**, якщо користувач за дозволом правоволодільця** уклав відповідно до ст. 1119 ЦК України ***договір комерційної субконцесії***, то **користувач** зобов’язаний виплачувати **правоволодільцю** певний відсоток від майнового обороту вторинного користувача.

***Виходячи із вищеозначеного можна зробити висновок, що одними із істотних елементів договору комерційної концесії, які входять до його змісту є: предмет договору, строк дії договору, плата за використання комплексу виключних прав інтелектуальної власності, форма договору та зміст договору стосовно прав і обов’язків сторін конкретного договору.***

Необхідно також зазначити, що в юридичній науці за останні роки **вживаються** небезуспішні спроби **виділити особливий тип договорів** про **використання виключних прав та ноу-хау**, що охоплюється інститутом права інтелектуальної власності. До них пропонується включити поряд з договорами про відступлення (продаж) патентів, ліцензійними договорами, тобто за якими передаються у користування запатентовані результати інтелектуальної діяльності, договорами про передачу ноу-хау ( тобто секретів виробництва, які включають відомості любого характеру, що охороняються режимом комерційної таємниці та можуть бути предметом купівлі-продажу або використовуватися для досягнення конкурентних переваг над іншими суб’єктами підприємницької діяльності та іншими договорами і договір комерційної концесії. В юридичній літературі має також місце проведення порівняльної характеристики договору комерційної концесії з іншими цивільно-правовими договорами, предметом яких є надання послуг, зокрема з договорами доручення [(глава 68 ЦК України «Доручення», ст. 1000) та комісії (глава 69 ЦК України «Комісія», ст.1011)], предметом яких є надання юридичних послуг, договору простого товариства (глава 77 ЦК України, яка має назву «Спільна діяльність», ст.1172) тощо. Але за своєю правовою природою ці договори є самостійними видами, мають свою правову природу та окреме законодавче регулювання. Порівнюють також договір комерційної концесії і з комерційним посередництвом, тобто агентським договором, який передбачений Главою 31 Господарського кодексу України, яка має назву «Комерційне посередництво (агентські відносини) у сфері господарювання.

Стосовно ***питання про сферу застосування договору комерційної*** ***концесії*** в майновому обороті *можна зазначити наступне*, а саме те, що його юридичне призначення полягає в тому, що дана договірна конструкція є оптимальним засобом регулювання правовідносин по розширенню підприємницької діяльності (бізнесу) великих товаровиробників, інших комерційних організацій **як правоволодільців**. За допомогою цього договору здійснюється підтримка високих стандартів якості у сфері виробництва відповідної продукції (товарів), виконання робіт та надання послуг. При цьому використання комерційної концесії (франчайзингу, франшизи) **звільняє правоволодільця** від необхідності відкривати свої філії та представництва, створювати та реєструвати нові юридичні особи, наймати додаткові контингенти працівників та службовців. У цей же час, **суб’єкти підприємницької діяльності в якості користувачів** вливаються в єдину інтегровану систему (мережу) правоволодільця, здійснюють свою діяльність ***під вивіскою відомих фірм-правоволодільців***, але перебуваючи у повній економічній залежності від останнього, зменшують ступінь свого підприємницького ризику, ***дозволяючи*** при цьому **правоволодільцю** здійснювати повну економічну та юридичну можливість по контролю за діяльністю користувачів і цим забезпечувати високі стандарти по якості товарів, робіт та послуг. Тому деякі автори, зокрема наші колеги кафедри цивільного права №2 НЮУ ім. Ярослава Мудрого Віталій Леонідович Яроцький та Валентина Миколаївна Крижна правильно зазначають, що «як і в договорах доручення та комісії у договорі комерційної концесії ***можна виділити внутрішні і зовнішні правовідносини.*** При цьому, ***внутрішні*** правовідносини виникають безпосередньо між сторонами договору комерційної концесії, а ***зовнішні*** відносини виникають між користувачем і третіми особами (при укладенні договорів купівлі-продажу, підряду, при наданні послуг юридичного чи фактичного характеру) в процесі використання предмета договору комерційної концесії***. Необхідно*** при цьому звернути увагу і на те, що і при регулюванні так званих ***зовнішніх правовідносин правоволоділець*** не залишається в стороні, так як відповідно до ст. 1123 ЦК України він може бути притягнутий до цивільно-правової відповідальності ***за винну поведінку користувачів*** перед третіми особами за невиконання та неналежне виконання обов’язків, що випливають не тільки із договорів, які уклали користувачі з третіми особами, а і передбачені самим договором комерційної концесії (якість продукції, якість наданих послуг тощо).

***У практичній діяльності основними сферами застосування*** ***договору комерційної концесії*** з використанням відомих торговельних марок відповідно до світової практики є франчайзингові відносини у сфері виробництва, торгівлі, та обслуговування. Зокрема, наприклад, це автомобільна промисловість (Toyota, Mercedes тощо), надання послуг автосервісних організацій; діяльність у сфері будівництва (VEKA, Vitra, Гардіан, Двери Белорусии, ESTA, Ceresit тощо ); діяльність по організації виробництва, реалізації та надання комп’ютерних послуг, наприклад, по країнам (Applied Technoloqy – Австралія; Beckhoff, Escom, Siemens – Германія; Квант, Кей, Никс, Rover Computers – Росія; Hitachi, JVC, Sony, Toshiba – Японія); по наданню послуг у сфері громадського харчування, наприклад, всім відома американська корпорація, яка працює у сфері громадського харчування та має у світі велику сітку ресторанів швидкого харчування під торговельною маркою «McDonald's» («Макдоналдс»). Так, на початок 2019 року під цією торговельною маркою працювало 37855 ресторанів, із них 35085 на правах франчайзингу; виробництва і торгівлі товарами («Product Distribution Franchising»), надання послуг в туристичному та готельному бізнесі (Business Format Franchising, STA Travel, туристичні фірми та агентства в Україні) тощо.

***2 питання.***

 ***Об'єкти договору комерційної концесії***

Виходячи із буквального тлумачення змісту ст. 1116 ЦК України під предметом договору комерційної концесії необхідно розуміти договірне право, як правомочність на використання об’єктів права інтелектуальної власності. До об’єктів даного договору відноситься перелік комплексу виключних прав на торговельну марку, промисловий зразок, винахід, твори, тобто об’єкти, які охороняються авторським правом, комерційну таємницю тощо. Крім них до об’єктів договору комерційної концесії також відповідно до норми ст. 1116 ЦК України відносяться комерційний досвід та ділова репутація. Необхідно при цьому зазначити, що ст.1116 ЦК України не надає вичерпного переліку об’єктів права інтелектуальної власності, які можуть бути передані у користування відповідно до договору комерційної концесії. Так, зокрема, в якості таких можуть бути і інші об’єкти промислової власності відповідно до Парижської конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 року. Це промисловий зразок, знак обслуговування, право на фірмове найменування, комерційне позначення правоволодільця, тобто всі ідеальні об’єкти, які використовуються у підприємницькій діяльності.

***Український законодавець не проводить чіткого поділу або******класифікації об’єктів права інтелектуальної власності на відповідні* *групи***, які необхідні для укладення договору комерційної концесії, як це, наприклад має місце в ЦК Російської Федерації. Так, в постатейному матеріалі ЦК України відсутнє посилання на фірмове найменування або комерційне позначення. Але кінцевого споживача як третіх осіб в першу чергу інтересує хто є виробником товару, виконавцем робіт та послуг, їх ділова репутація, якої якості є вироблений товар, його особлива технічна характеристика. Це стосується і виконання робіт та надання послуг. Тому об’єкти договору комерційної концесії, враховуючи їх різне правове значення, необхідно умовно поділяти на дві групи або категорії, а саме на обов’язкові об’єкти та факультативні об’єкти. До обов’язкових об’єктів, без зазначення яких договір комерційної концесії вважається неукладеним відносяться ***право на фірмове найменування, комерційне позначення*** **правоволодільця**, тобто юридичної або фізичної особи підприємця, право на товарний знак та знак обслуговування (тобто торговельну марку) Юридичні особи, як суб’єкти підприємницької діяльності відповідно до ст. 90 ЦК України повинні мати своє найменування, яке містить інформацію про їх організаційно-правову форму та назву. Виключне право юридичної особи на комерційне (фірмове) найменування вказується в її установчих документах та вноситься до єдиного державного реєстру. Поняття та зміст комерційного позначення в цивільному законодавстві України не розкривається, як не розкривається і нормами Господарського кодексу України. Так, наприклад, для громадянина, тобто фізичної особи підприємця використання поняття комерційне (фірмове) найменування буде не коректним з юридичної та і етичної точки зору. Зокрема, ст. 489 ЦК України передбачає, що правова охорона надається комерційному найменуванню, якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності. Використання видуманого позначення, як це стосується юридичних осіб до фізичних осіб підприємців створювало би невизначеність відповідно дійсного правового статусу такого підприємця в очах потенційних споживачів. Тому було б правильним до фізичних осіб підприємців в першу чергу застосовувати не поняття «комерційне», «фірмове» найменування, а поняття «комерційне позначення», яке включало б до себе прізвище фізичної особи та інші відмінні елементи, які б сприяли індивідуалізації цієї фізичної особи підприємця в економічному (майновому) обороті та не створювало недобросовісної конкуренції ( див. ЗУ «Про захист від недобросовісної конкуренції, ст. 4).

***Стосовно товарних знаків та знаків обслуговування тобто торговельних марок необхідно*** зазначити, що вони є підтверджуючими засобами індивідуалізації товарів (робіт та послуг) юридичних або фізичних осіб, які займаються цими видами підприємницької діяльності. Права на товарний знак та знак обслуговування являються виключними правами інтелектуальної власності та захищаються відповідними нормативно-правовими актами, зокрема ЦК України (Глава 44 ЦК України «Право інтелектуальної власності на торговельну марку»); Глава 16 ГУ України «Використання в господарській діяльності прав інтелектуальної власності». Зокрема, в ст. 155 ГК України надається примірний перелік відповідних об’єктів права інтелектуальної власності, зокрема, це винаходи, корисні моделі, промислові зразки, сорти рослин та породи тварин, торговельні марки (знаки для товарів та послуг), комерційне (фірмове) найменування, географічне позначення походження товарів, комерційна таємниця, комп’ютерні програми тощо); які можуть використовуватися як об’єкти при укладенні цивільно-правових договорів; ЗУ « Про охорону прав на знаки для товарів і послуг від 15 грудня 1993 року за №3689-Х11 в редакції станом на 11.12.2019 року та інші нормативні документи.

***Таким чином, істотними умовами договору комерційної концесії для успішного ведення без всяких порушень приписів підприємницької*** ***діяльності*** є зазначені в договорі **права** **користувача** на використання комерційного (фірмового) найменування, комерційного позначення власника цих виключних прав, **тобто правоволодільця; права** **користувача** на використання об’єктів, які відносяться до об’єктів промислової власності (винаходу, корисної моделі, промислового зразку) та інших об’єктів інтелектуальної власності, зокрема, торговельної марки.

Стосовно ***так званих факультативних об’єктів*** договору комерційної концесії необхідно зазначити, що до них відносяться такі виключні права, використання яких може бути зазначено у змісті договору, а може бути і не передбачено, але договір може вважатися укладеним і при відсутності згадування в ньому про такі права користувача, які здійснює **сам правоволоділець**. Зокрема, це право на виготовлення та випуск товарів, виконання робіт, надання послуг, які тотожні товарам, роботам та послугам **правоволодільця**. Наприклад, це використання так званої патентної чистоти, тобто використання запатентованих винаходів, корисних моделей, промислових зразків, об’єктів, які охороняються авторським правом, використання охоронюваної комерційної інформації (комерційної таємниці), відповідної технології з використанням спеціального обладнання тощо.

Виходячи із вище означеного можна сказати, що конститутивним в даному договорі виключним правом у комплексі являється **право на** **індивідуалізацію правоволодільця**, а саме право на комерційне (фірмове) найменування, комерційне позначення, так як їх доля, їх участь у економічному (майновому) обороті виражає в кінцевому рахунку долю самого договору комерційної концесії. Враховуючи вимоги законодавства про комплексність виключних прав як предмета договору комерційної концесії можна вважати, що ***предмет договору*** повинен включати, як мінімум ***два різних об’єкти права інтелектуальної власності***, наприклад в обов’язковому порядку право на використання комерційного (фірмового) найменування і право на використання торговельної марки, винаходу, корисної моделі, ноу-хау тощо.

***Відносно ділової репутації***, як об’єкту договору комерційної концесії можна зазначити наступне. Ділова репутація, як об’єкт цивільних прав відноситься до категорії особистих нематеріальних благ, що належать фізичній особі від дня її народження та відповідно до законодавства є невідчужуваних і не може бути передане іншим особам, як учасникам цивільних правовідносин. Юридичні особи також відповідно до законодавства володіють діловою репутацією. Але, як зазначається в юридичній літературі, ділова репутація юридичної особи, на відміну від ділової репутації фізичної особи, не може бути визнана особистим немайновим правом. Зокрема, А.Є. Шерстобитов зазначає : « якої б теорії не дотримувалися вчені при визначенні правової сутності юридичної особи, необхідно мати на увазі, що відповідно до теорії фікції, яка є на сьогодні превалюючою в теорії цивільного права, юридична особа, незалежно від її організаційно-правової форми є штучним суб’єктом права і тому не може взагалі мати особисті немайнові права». І дійсно, якщо вдуматися у цей вислів, то ділова репутація фізичної особи є природним нематеріальним благом, а не штучно, тобто за допомогою юридичного інструментарію, набуте. Тому, на наш погляд, право на ділову репутацію у юридичних осіб тісно пов’язане з майновими правами даних суб’єктів цивільно-правового обороту. Таким чином, за договором комерційної концесії ділова репутація правоволодільця використовується іншою стороною договору, тобто користувачем у своїй підприємницькій діяльності автоматично без якого-небудь спеціального юридичного дозволу.

***Що ж стосується комерційного досвіду правоволодільця*** та можливості його використання в якості об’єкта договору комерційної концесії можна зазначити наступне. Дане поняття не відноситься до правової категорії і ***не має нічого спільного*** з **поняттям ноу-хау**, як об’єктом права інтелектуальної власності. Комерційний досвід є результатом набутих **правоволодільцем** на протязі відповідного періоду ведення ним підприємницької діяльності знань, умінь та навичок у певній сфері бізнесу. Саме в цьому ***розумінні комерційний досвід***, як і ділова репутація, не відносяться до об’єктів виключних прав на результати інтелектуальної (творчої) діяльності***. Комерційний досвід*** не можна кому-небудь передати як штучний об’єкт в юридичному розумінні. Комерційним досвідом можна тільки поділитися, що і відбувається у взаємних відносинах між сторонами договору комерційної концесії. Це досягається шляхом здійснення дій по постійному технічному та консультативному сприянню користувачеві при виконанні ним покладених на нього обов’язків та здійсненні відповідних прав, проведення підвищення кваліфікації працівників, проведення курсів стажування тощо.

***3 питання.***

***Суб'єкти договору комерційної концесії, їх права та обов’язки.***

Сторонами договору комерційної концесії, відповідно до ст. 1117 ЦК України можуть бути фізична та юридична особа, які є суб’єктами підприємницької діяльності та відповідно ***називаються правоволоділець та*** ***користувач.*** **Правоволоділець** – це суб'єкт підприємницької діяльності, який виробляє товари, виконує роботи або надає послуги, який використовує належні йому права в підприємницькій діяльності, має комерційний досвід і ділову репутацію та зацікавлений у розширенні ринку, територіального простору для збуту своїх товарів, робіт та послуг. Але для характеристики правового статусу правоволодільця, як сторони договору комерційної концесії, цього не достатньо. Необхідно, щоб правоволоділець мав виключні права, використання яких він дозволяє користувачеві.

**Користувач** – це особа, яка отримує можливість використовувати виключні права правоволодільця у своїй підприємницькій діяльності. Користувач є більш слабшою стороною договору, так як він, як правило, має «менше професіоналізму», опиту у тій сфері діяльності, для якої йому потрібен договір комерційної діяльності. До того ж, правоволоділець у переважній більшості, набагато міцніший в економічному вимірі від користувача. У зв’язку з цим в інтересах користувача законодавством повинно бути встановлено ряд обмежень автономії волі право володільців як при укладенні договору комерційної концесії, так і в процесі його виконання (див. ст.ст. 1122, 1123, 1124 ЦК України)

Враховуючи те, що сторонами договору комерційної концесії можуть бути тільки суб'єкти підприємницької діяльності, то некомерційні організації, держава та інші суб’єкти публічного права, на наш погляд, не можуть укладати договори комерційної концесії. Така заборона повинна розповсюджуватися і на ті випадки, коли відповідним суб’єктам дозволяється відповідно до законодавства займатися підприємницькою діяльністю (див. ст. 85 ЦК України «Непідприємницькі товариства» та ст. 86 ЦК України «Здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими товариствами та установами».

Як уже зазначалось, договір комерційної концесії за правовою природою є ***двостороннім (взаємним), оплатним та консенсуальним*** договором, тому на стороні обох учасників (контрагентів) є як суб’єктивні права, так і юридичні обов’язки.

Причому, зобов’язання, що зазначені в договорі ***на стороні*** ***користувача***, всупереч традиційним підходам стосовно правової характеристики договірних конструкцій, містять в собі обов’язки не тільки перед ***правоволодільцем***, а і обов’язки ***перед третіми особами***, з якими він вступає в різного виду взаємовідносини при здійсненні підприємницької діяльності з використанням виключних прав, ділової репутації та комерційного досвіду ***правоволодільця.***

***Обов'язки та права правоволодільця***. Обов'язки правоволодільця за договором комерційної концесії можна поділити ***на два види ( дві категорії***), а саме, на ***імперативні*** обов’язки, які покладаються на всякого правоволодільця за конкретним договором у обов’язковому порядку (ст. 1120 ЦК України) та ***диспозитивні*** обовязки, які покладаються на правоволодільця тільки в тих випадках, якщо інше не встановлено договором комерційної концесії (див.ч.2 ст. 1120 ЦК України). До ряду ***імперативних*** обов’язків правоволодільця відносяться: а) обов’язок передати користувачеві технічну та комерційну документацію (плани, розрахунки, креслення тощо); б) проінформувати користувача та його працівників з питань, пов’язаних із здійсненням виключних та інших прав правоволодільця, провести відповідні інструктажі; в) надати користувачеві іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії. По суті, дані обов’язки є інформаційними і вказують, що правоволоділець повинен поділитись з користувачем любою інформацією, яка потрібна для здійснення прав, що передаються за договором комерційної концесії. Тому, для усунення любих суперечок з цього приводу стосовно необґрунтованих вимог користувача про повноту інформації, бо це «оціночне поняття», в договорі комерційної концесії необхідно вказувати, яку саме інформацію необхідно надавати користувачеві, так як можуть виникнути між сторонами договору затяжні спори. Необхідно мати на увазі і наступне. Обсяг і характеристика технічної та комерційної документації залежить від виду виключних прав, які є предметом договору комерційної концесії. Зокрема, правоволоділець повинен надати користувачеві передбачені договором ліцензії, якщо вид діяльності правоволодільця потребує ліцензуванню, забезпечивши їхнє оформлення у встановленому національним законодавством порядку.

Разом з цим, в ч.2 ст. 1120 ЦК України передбачено **два види** **обов’язків,** які покладаються на правоволодільця, якщо договором комерційної концесії не передбачено інше. За своїм характером – це диспозитивні обов’язки, до переліку яких входять: а) надати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників; б) контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем та підставі договору комерційної концесії. Поряд з цим, ст.1122 ЦК України, яка передбачає особливі умови договору комерційної концесії, утримує обмежувальні обов’язки для сторін договору. До таких обмежувальних обов’язків **правоволодільця** відносяться заборона ***право-*** ***володільцю*** надавати іншим особам ***використовувати аналогічні комплекси*** виключних прав для їх використання на закріпленій за користувачем території або утримуватися від власної аналогічної діяльності на цій території.

***Обов'язки та права користувача***. В ст. 1121 ЦК України передбачено ***6 (шість) видів обов'язків користувача***. Але, на наш погляд, перший обов’язок користувача полягає в тому, щоб здійснювати комплекс отриманих ним виключних прав у строгій відповідності з умовами договору, у визначеному об’ємі та належним чином. І хоча ст. 1115 ЦК України за своїм змістом є дуже обмеженою та потребує подальшого правового удосконалення, можна зазначити, що користувач за договором зобов’язується використовувати комплекс виключних прав, ділової репутації та комерційного досвіду правоволодільця у визначеному об’ємі, з вказівкою або без зазначення території використання виключних прав стосовно відповідної сфери підприємницької діяльності ( продаж товарів, отриманих от правоволодільця або вироблених самим користувачем, здійснення іншої торгової діяльності, виконання робіт, надання послуг) тощо.

***При здійсненні основних зобов’язань, покладених на користувача, послідній зобов’язаний:***

**А)** використовувати при здійсненні передбаченої договором комерційної концесії комерційного (фірмового) найменування або комерційного позначення право володільця визначеним в договорі способом. За ст. 1121 ЦК України це звучить таким чином: «Використовувати торговельну марку та інші позначення право володільця визначеним у договорі способом;

**Б)** забезпечити відповідність якості товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) відповідно до договору комерційної концесії якості аналогічних товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) правоволодільцем. Цей обов’язок випливає із цілі договору – способствувати розширенню ринку збуту товарів (робіт, послуг). Тобто, покупці (замовники) товарів (робіт, послуг) мають право заявити користувачеві вимоги, які випливають із незабезпечення ними якості, які притаманні товарам (роботам, послугам) правоволодільця з посиланням на договір комерційної концесії та ст.ст. 526, 673, 857 ЦК України. При цьому дані вимоги ґрунтуються не на правилах, які передбачені для захисту прав споживачів, а на загальних нормах цивільного права. Таким чином, законодавство, яке захищає права споживачів є мінімальним рівнем вимог, нижче яких при оцінці якості товарів ( робіт, послуг) опускатися не можливо;

**В)** дотримуватись інструкцій та вказівок правоволодільця, спрямованих на забезпечення відповідності характеру, способів та умов використання комплексу наданих прав використанню цих прав правоволодільцем. Інструкції та вказівки можуть бути надані правоволодільцем як при укладенні договору комерційної концесії, так і в період його виконання користувачем;

**Г)** користувач зобов’язаний надавати покупцям (замовникам) додаткові послуги, на які могли б розраховувати, купуючи (замовляючи) товари (роботи, послуги) безпосередньо у правоволодільця. Даний обов’язок випливає також із цілей договору комерційної концесії, так як додаткові послуги являються складовою частиною тої якості товарів (робіт, послуг) які повинен забезпечувати правоволоділець для споживачів;

**Д)** користувач зобов’язаний інформувати покупців (замовників) найбільш очевидним для них способом про використання ним торговельної марки та інших позначень **правоволодільця за договором комерційної концесії. Тобто даний обов’язок направлений на** використання користувачем комерційного (фірмового) найменування, комерційного позначення, товарного знаку, знаку обслуговування або іншого засобу індивідуалізації **правоволодільця.** Зазначений обов’язок користувача пов'язаний з тим, що користувач діє під вивіскою (маскою) правоволодільця. І якщо мова йде про товар, роботи чи послуги, то споживач повинен знати, що перед ним не **правоволоділець**, а всього **навсього користувач** виключних прав і його товари (роботи, послуги) за якістю можуть бути нижчими ніж у конкретного **правоволодільця**. Такі відомості необхідні для того, щоб споживачі відповідно до ст. 1123 ЦК України мали можливість заявити свої вимоги безпосередньо **до правоволодільця**, так як послідній несе солідарну з користувачем цивільно-правову відповідальність за якість товарів(робіт,послуг);
 **Е)** користувач зобов’язаний не розголошувати секрети виробництва правоволодільця, іншу одержану від нього інформацію. Даний обов’язок направлений на збереження відомостей, які складають комерційну таємницю правоволодільця відповідно до ст. 200 ЦК України під назвою «Інформація». Сферою застосування даного обов’язку є надання реклами, відповідної рекламної продукції, тобто користувач повинен проінформувати своїх потенційних споживачів про те, що він виступає в якості користувача комплексу виключних прав відповідно до договору комерційної концесії у відповідній формі [ усно, письмово (буклети, проспекти тощо) або відповідною графікою при наявності необхідних написів тощо].

***Ці послідні обов’язки користувача (Г.Д,Е), передбачені договором комерційної концесії, проявляються у взаєминах із третіми особами.***

 Фактично **це всі основні обов’язки** користувача, які передбачені нормою ст. 1121 ЦК України, які можна віднести до імперативних обов’язків. Разом з цим, користувач зобов’язаний вчасно вносити плату правоволодільцю за використання його виключних прав. Даний обов’язок зовсім не передбачений главою 76 ЦК України, що є свідченням неповноти розроблення даного правового інституту з боку законодавця. Винагорода може на практиці виплачуватися в любій формі, передбаченій договором комерційної концесії. Зокрема, це може бути здійснено у формі фіксованих разових або періодичних платежів, відрахувань від виручки реалізованих товарів, виконаних робіт чи наданих послуг тощо. Вибір тієї чи іншої форми виплати винагороди правоволодільцю залежить від сфери підприємницької діяльності.

 Також нормою ст. 1122 ЦК України під назвою «Особливі умови договору комерційної концесії» ***передбачені додаткові обов’язки*** ***користувача,*** які можуть бути передбачені в договорі комерційної концесії. До них, зокрема, відносяться наступні:

 **А)** обов’язок користувача ***не конкурувати*** з **правоволодільцем** на території, на яку поширюється чинність договору щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих **право-** **володільцем** прав. ***Обовязок*** по запереченню конкуренції може виражатися в обмеженні кількості, асортименті, цін товарів (робіт, послуг), які продаються ( виконуються, надаються) на відповідній території, яка може бути зазначена в договорі комерційної концесії. Враховуючи те, що наявність чи відсутність конкуренції є поняттям оціночним, то в договорі бажано достатньо чітко прописувати які саме конкретні дії ***не можуть здійснюватися користувачем***;

 **Б)** обов’язок ***користувача*** не одержувати аналогічні права від конкурентів (потенційних конкурентів) ***правоволодільця***. Надіюсь, що цей обов’язок, як ніякий інший є зрозумілим для сторін договору;

 **В**) обов’язок ***користувача*** погоджувати з ***правоволодільцем*** місце розташування приміщень для продажу товарів (виконання робіт, надання послуг), передбачених договором, а також їх внутрішнє та зовнішнє оформлення. Цей обов’язок надає можливість ***правоволодільцю*** уникнути невигідного сусідства з конкурентами і тим самим досягати свого комерційного (бізнесового) успіху.

 ***4 питання.***

***Відповідальність сторін по договору комерційної концесії***

Стосовно цивільно-правової відповідальності по зобов’язанням, котрі зазначені в договорі комерційної концесії необхідно сказати, що з урахуванням усіх правових норм, які регулюють ці договірні відносини та відповідно до структури договірних зв'язків [ внутрішніх правовідносин (що виникають між сторонами договору: правоволодільцем та користувачем), та зовнішніх правовідносин (що виникають між користувачем і третіми особами при використанні виключних прав правоволодільця) можна вести мову про наявність ***трьох різновидів правового регулювання*** відповідальності **правоволодільця** **та користувача** за невиконання чи неналежне виконання обумовлених в договорі зобов’язань, хоча українські теоретики-цивилісти виділяють тільки два види цивільно-правової відповідальності.

***Перший вид цивільно-правової відповідальності можна* *обґрунтувати наступним чином*.** ВГлаві 76 ЦК України під назвою **«Комерційна концесія»,** що регламентує правовідносини, які виникають на підставі договору комерційної концесії відсутні які-небудь спеціальні правила, які виключають можливість застосування окремих загальних положень про відповідальність боржника за невиконання чи неналежне виконання цивільно-правового зобов’язання, зокрема це стосується підстав та умов відповідальності, форм та об’єму відповідальності тощо. Таким чином, при невиконанні чи неналежному виконанні **правоволодільцем** **або користувачем** як сторонами договору зустрічних зобов’язань один перед іншим, вони зобов’язані відшкодувати контрагенту збитки, завдані порушенням зобов’язань на підставі правових норм ***Глави 51 ЦК України «Правові наслідки порушення зобов’язань. Відповідальність за порушення зобов’язань».***

Підставами настання ***цього виду*** цивільно-правової відповідальності слугує порушення любого із умов договору комерційної концесії, а необхідними ***складовими елементами*** цивільного правопорушення являються ***наявність шкоди (збитків у економічному вимірі***) у потерпілої особи ***та наявність причинного зв’язку*** між неправомірною поведінкою та виниклою шкодою, а також ***наявність вини*** сторони договору, яка порушила зобов’язання. Крім збитків, завданих невиконанням чи неналежним виконанням зобов’язань, передбачених договором винна сторона відшкодовує і договірну неустойку, яка передбачена контрагентами договору за порушення окремих його умов.

Враховуючи, що користувач зобов’язаний вносити плату право володільцю за користування комплексом виключних прав право володільця, то у випадках затримки оплати право володілець має право вимагати від користувача уплати відсотків річних ***за користування чужими грошовими*** ***коштами*** (ст. 625 ЦК України «Відповідальність за порушення грошового зобов’язання».

***Другий вид цивільно-правової відповідальності*** може виникнути при наявності ***двох підстав***. По-перше, це при зміні торговельної марки чи іншого ***позначення правоволодільця***. Так, відповідно до ст. 1128 ЦК України «у разі зміни торговельної марки чи іншого позначення право володільця, права на використання яких входить до комплексу прав, наданих користувачеві до договором комерційної концесії, цей договір зберігає чинність щодо нового позначення **правоволодільця»**. Але користувач може поставити питання перед **правоволодільцем** про дострокове припинення договірних відносин та вимагати відшкодування збитків. По-друге, в ст. 1124 ЦК України передбачене **право користувача** на укладення договору комерційної концесії ***на новий строк***. Так, зокрема, **користувач**, який належним чином виконував свої обов’язки, має право на укладення договору комерційної концесії на новий строк на тих же умовах. А як бути в тому випадку, **коли правоволоділець** відмовляється від укладення договору, не пролонгує його на новий строк? На цей рахунок в Главі 76 ЦК України нічого не зазначено. Натомість, ЦК РФ утримує норму в ст. 1035, яка в таких випадках при необґрунтованій відмові **правоволодільця** на переукладення договору комерційної концесії захищає інтереси користувача. Так, в ч.2 ***ст.1035 ЦК РФ*** зазначено: «**Правообладател**ь вправе отказать в заключении договора коммерческой концессии на новый срок при условии, что в течении трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры коммерческой концессии и соглашаться на заключение аналогичных договоров субконцессии, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор». ***Це є правом правоволодільця***, який виходить із відповідної території, згортає свій бізнес, тобто свою підприємницьку діяльність. Але якщо **правоволоділець** укладе новий договір з новим (іншим) користувачем до спливу 3-х річного строку, то він зобов’язується надати пропозицію **користувачеві** по припиненому договору укласти ***новий договір*** ***або відшкодувати йому збитки***. Наш законодавець не стоїть на захисті прав національних користувачів перед правоволодільцями, особливо іноземними інвесторами.

***Третій вид правового регулювання цивільно-правової відповідальності*** складають норми про ***відповідальність правоволодільця по*** ***зобов’язанням користувача*** ***перед третіми особами***, тобто споживачами товарів (робіт, послуг), які випускає (виконує, надає) користувач використовуючи виключні права ***правоволодільця*** на підставі договору комерційної концесії. Так як в ст. 1120 ЦК України передбачається обов’язок право володільця контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються)користувачем на підставі договору комерційної концесії, то статтею 1123 ЦК України «Відповідальність правоволодільця за вимогами, що пред’являються до користувача» ***передбачено субсидіарна та солідарна відповідальність правоволодільця***. ***Субсидіарна відповідальність*** **правоволодільця** настає за вимогами, що пред’являються до користувача у зв’язку з невідповідністю якості товарів (робіт, послуг), проданих (виконаних, наданих) користувачем. Необхідність застосування такого виду цивільно-правової відповідальності **правоволодільця** перед споживачами пояснюється економічною сутністю комерційної концесії, а саме споживач, набуваючи відповідні товари (роботи, послуги), які вироблені під вивіскою **правоволодільця** не можуть бути нижчі за якістю, ніж це виробляє сам **правоволоділець**, так як це буде контрафактна продукція та введення в оману споживачів відповідно не тільки до якості, а і цінової політики за товари (роботи, послуги). ***Солідарна відповідальність правоволодільця*** настає за вимогами, що пред’являються до користувача як виробника продукції (товарів) **правоволодільця** під його торговельною маркою.

 ***Питання для самоконтролю:***

1. Надайте порівняльну характеристику термінам «елемент» договору і «умови» договору (істотні, звичайні, факультативні).
2. В якій формі і в якому порядку здійснюється укладення договорів комерційної концесії, авторських та ліцензійних договорів.
3. Проведіть порівняння договорів комерційної концесії з договорами оренди, комісії, агентським договором, довірчого управління майном, договором простого товариства, авторським та ліцензійним договорами.
4. Що означає «належне виконання» договору комерційної концесії з боку користувача.
5. Якщо в договорі комерційної концесії не зазначена територія його дії які права є у користувача на продовження договору.
6. Якщо користувач відмовляється на переукладення (продовження) договору комерційної концесії чи має право правоволоділець вимагати переукладення договору.
7. Як вирішується питання коли сплинув строк дії договору комерційної концесії, а правоволоділець не ініціює переукладення договору на новий строк.
8. Які можуть бути правові підстави для зміни договору комерційної концесії.
9. Цивільно-правова відповідальність сторін договору комерційної концесії.
10. Проаналізуйте підстави припинення договору комерційної концесії. Як вирішується питання про долю договору комерційної концесії в разі смерті фізичної особи правоволодільця або користувача, реорганізації юридичної особи яка є стороною договору комерційної концесії.