

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ)

БУДНИК Кирило Андрійович - студент Київського національного університету імені Тараса Шевченка

В статті розглядаються особливості та проблемні питання правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзинга). Автор досліджує необхідність прийняття спеціального законодавства в сфері франчайзинга.

Ключові слова: комерційна концесія, франчайзинг, договір комерційної концесії (франчайзингу).

У етимологічному аспекті термін «франчайзинг» має англо-американське походження від слова «franchise» [ˈfræntʃaɪz], яке сформувалося завдяки сполученню англійського слова «frank» (франк), та старофранцузького слова «franche» (франш). Таке сполучення наділило термін «франчайзинг» наступним змістом: «пільга», «привілей», «право голосу», «звільнення від податків, внесків». [20, с. 693]

Первісні відносини, що були подібними до франчайзингових, зародилися у часи Середньовіччя. Прикладом таких відносин вважають баронську систему в Англії, де король надавав баронам права на збір податків, у межах визначеної території, в обмін на обов'язок забезпечувати королівську армію необхідним спорядженням. [17, с. 3] Справжній розвиток франчайзинг отримав за часів індустріалізації та розвитку товарно-грошових відносин, коли конкуренція на ринку товарів і послуг зростає, боротьба за клієнтів стала більш жорсткішою, а форми і методи збуту товарів і почали вдосконалюватися. У своєму вже сучасному вигляді франчайзинг виник у Сполучених

Штатах Америки, де отримав поширення як ефективний метод збуту товарів у таких галузях, як автовиробництво, виробництво прохолоджувальних напоїв, аптечний бізнес та сфера ресторанів швидкого обслуговування.

У період з 1960-80-ті роки в США, франчайзинг почали використовувати такі відомі компанії, як: «Coca-Cola», «McDonald's», «Rexall», «General Motors», «Singer» та багато інших. Франчайзинг здобував все більшу популярність, а у 1980 році в США, згідно з статистичними показниками, кожні шість з половиною хвилин відкривалося нове франчайзингове підприємство. [4, с. 16] Протягом 1980-х років франчайзинг отримав швидкий розвиток на ринках країн латинської Америки таких як: Бразилія, Аргентина, Мексика та інші.

Після здобуття незалежності в 1991 році українські підприємці, шукаючи нові шляхи розвитку свого бізнесу та прагнучи використати корисний досвід зарубіжних компаній, також почали звертатися до методів франчайзингового бізнесу. Першою компанією, яка почала відкривати франчайзингові магазини в Україні, називають компанію «Арго Трейдинг», яка у 1992 році, використовуючи франчайзинг, відкрила торгові точки під брендами: «Benetton», «Reebok» та «Lee/Wrangler». На початку 2000-х років в Україні вперше почали з'являтися туристичні франчайзингові мережі. У зв'язку з проведенням в Україні фінальної частини Євро – 2012 великим попитом почав корис-

туватися франчайзинг у сфері готельного бізнесу.

Однією з найголовніших проблем франчайзингу в Україні залишається використання в чинному законодавстві терміну «Комерційна концесія», замість терміну «Франчайзинг». Глава 76 Цивільного Кодексу України (далі – ЦКУ) [16] «Комерційна концесія», та Глава 36 Господарського Кодексу України (далі – ГКУ) [2] «Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання (комерційна концесія)» оперують саме терміном «Комерційна концесія».

Зміст, яким законодавець наділив термін «Комерційна концесія», повністю збігається зі змістом сталого у всьому світі терміну «Франчайзинг», а це, у свою чергу, породжує цілу низку проблем.

По-перше, вживання терміну «Комерційна концесія», замість терміна «Франчайзинг», не відповідає світовій практиці та створює непорозуміння у відносинах з іноземними контрагентами. Лише в окремих країнах пострадянського простору відносно франчайзингу охоплюються терміном «Комерційна концесія».

По-друге, за своїм змістом поняття «Комерційна концесія» не є тотожним поняттю «Франчайзинг». У законодавстві зарубіжних країн таких як Франція, Бельгія і Швейцарія, під терміном «Комерційна концесія» розуміють договори про передачу виключного права на продаж товарів (так звані «дистриб'юторські угоди» [13, с. 25]. Ототожнення договору франчайзингу і договору комерційної концесії є недоречним, оскільки зміст останнього є вузьким. Не дивлячись на це, національний законодавець вважає комерційну концесію еквівалентною франчайзингу.

По-третє, комерційну концесію слід відрізнити від концесій, що регулюються Главою 40 ГКУ «Концесії» і Законом України «Про концесії». На думку законодавця, додавання «Комерційна» до поняття «Концесія» повністю змінює дане поняття та наближує його до відносин побідних франчайзинговим. Насправді, при такому додаванні, ніякого наближення не відбувається, виникає лише додаткова плутанина.

Концесія – це надання уповноваженим органом на підставі договору права на створення та управління об'єктом концесії (відповідно до статті 3 ЗУ «Про Концесії» [3], це права на машинобудування, розвідка родовищ корисних копалин, збирання та утилізація сміття, тощо). Комерційна концесія – це договір, за яким сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволоділецьві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволоділецьві обумовлену договором винагороду.

Таким чином, необхідно привести національне законодавство у відповідність зі світовою практикою та замінити термін «Комерційна концесія» та сталий у всьому світі термін «Франчайзинг». Також доцільно уніфікувати термінологію щодо сторін договору: замість терміну «правоволоділець» – термін «франчайзер», а замість терміну «користувач» – термін «франчайзі». Це дозволить прибрати зайву плутанину та дозволить не вводити в оману зарубіжних партнерів і контрагентів. Поки законодавство не приведене у відповідність зі світовою практикою, посилаючись на договір комерційної концесії, обов'язково потрібно в дужках зазначати, що мова йде саме про договір франчайзингу, тобто договір комерційної концесії (франчайзингу).

Країни, де здійснюється нормативно-правове регулювання франчайзингових відносин, таке регулювання здійснюється або за допомогою спеціального закону, або шляхом закріплення інституту франчайзингу у цивільному або господарському законодавстві, чи регулюванні на основі загальних принципів договірної права в рамках цивільного права.

В Україні перші спроби урегулювати франчайзинг були здійснені з моменту внесення на розгляд Верховної Ради України у 1990-х роках першого проекту Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України. Варто зауважити, що перші і майже усі наступні проекти Цивільного Ко-

дексу України та Господарського Кодексу України містили поняття «Франчайзинг», а не «Комерційна концесія», відповідно були названі і Глави цих Кодексів.

15 липня 2000 року Указом Президента України № 906/2000 «Про заходи щодо забезпечення підтримки та дальшого розвитку підприємницької діяльності» було постановлено Кабінету Міністрів України, з метою ефективного використання можливостей підприємництва для розвитку національної економіки внести на розгляд Верховної Ради України проект закону «Про франчайзинг» [15]. Такий проект закону вперше був запропонований вченими В. Ляшенко, В. Хохуліним, П. Боярчук у 2000 році [8, с. 22]. Згодом у 2001 році за ініціативою А. Кінаха у Верховній Раді України був зареєстрований інший проект Закону «Про франчайзинг» №8241 [10].

Жоден з вищеназаних проектів ЗУ «Про франчайзинг» так і не перетворився у закон, а з набуттям чинності 1 січня 2004 року – Цивільного Кодексу України та Господарського Кодексу України регулювання відносин франчайзингу почало здійснюватися Главою 76 ЦКУ «Комерційна концесія» та Главою 36 ГКУ «Використання у підприємницькій діяльності прав інших суб'єктів господарювання (комерційна концесія)».

Фактично на сьогоднішній день регулювання франчайзингових відносин здійснюється за допомогою положень Цивільного та Господарського кодексів, тобто наявний дуалізм у сфері нормативно правового регулювання. Доцільною з цього приводу є думка В.С. Щербини, який зазначає наступне: «Оскільки у відносини комерційної концесії можуть вступати лише суб'єкти підприємницької діяльності (ст. 1117 ЦК), включення норм про договір комерційної концесії (так само, як і норм, що регулюють інші договори у сфері господарювання – лізинг, факторинг тощо) у ЦК за наявності спеціального кодифікованого акту – ГК, що регулює господарські (у тому числі і підприємницькі) відносини, уявляється необґрунтованим» [19, с. 534].

Така думка є цілком доречною і обґрунтованою, проте проблема розміщення норм

у ГКУ чи ЦКУ поступово відійшла на другий план. На сьогоднішній день найбільш актуальною і дискусійною є проблема прийняття спеціального законодавства, яке б повністю врегулювало відносини франчайзингу та повністю б замінило положення ГКУ та ЦКУ.

Наприклад, науковець Я.О. Сидоров пише наступне: «Проведене дослідження свідчить про необхідність розробки і прийняття спеціального закону про комерційну концесію (франчайзинг), з урахуванням його різновидів і вимог практики. У роботі обґрунтована необхідність прийняття такого закону» [11, с. 19].

Науковець І.І. Килимник зазначає, що: «автором виділені основні напрямки удосконалювання законодавчої бази розвитку франчайзингу в Україні: розробка і прийняття спеціального закону про комерційну концесію (франчайзинг)» [7, с. 17].

В.К. Антошкіна пише: «для розв'язання проблем розвитку договору франчайзингу в Україні необхідно зміцнити законодавчу базу шляхом прийняття Закону України Про франчайзинг». «Необхідно зазначити, що відсутність спеціалізованої правової бази істотно звужує можливості розвитку комерційної концесії в Україні.» [1, с. 550]

А.В. Сучков зазначає, що «необхідним кроком для забезпечення розвитку франчайзингу в Україні є прийняття Закону України «Про франчайзинг»» [14, с. 19].

Якщо звернутися до думки осіб, які безпосередньо займаються практичною діяльністю у сфері франчайзингу, то можна побачити спільність їх поглядів з поглядами науковців. Так, Федерація розвитку франчайзингу України, що об'єднує компанії та експертів, які мають значний досвід у сфері розвитку франчайзингу в Україні і за кордоном, разом з експертами Американської Торгової Палати зазначають наступне:

«Необхідність прийняття ЗУ «Про Франчайзинг» є очевидною, тому Федерація розвитку франчайзингу залучилася безперечною підтримкою Американської Торгової Палати, а в процесі обговорення було прийнято рішення про доопрацювання проекту закону та залучення до нього більшої кількості експертів» [16].

Проте існують і кардинально протилежні міркування з приводу відсутності необхідності у спеціальному нормативно-правовому регулюванні. Наприклад, О. А. Кашинцева в одній зі своїх наукових статей зазначає наступне: «Автор цієї статті дотримується позиції науковців, які вважають недоцільним формування спеціального законодавства в галузі франчайзингу, оскільки останній регулюється загальними нормами договірного права і спеціальним законодавством, яке регулює порядок укладання й реєстрації ліцензійних договорів у зазначеній сфері» [5, с. 13].

Свого часу представники Всесвітньої організації інтелектуальної власності у 1994 році також висловлювалися про те, що регулювання франчайзингу здійснюється нормами договірного права, тому для його функціонування не потрібні спеціальні закони [9, с. 9].

В основному питання правового регулювання гостро постає лише в тому випадку, коли в практиці функціонування франчайзингу з'являються такі негативні явища, як: зловживання, спекуляції, шахрайства тощо.

Якщо звернутися до історичного аспекту правового регулювання відносин франчайзингу на прикладі США, можна побачити, що поштовхом для формування законодавчої бази з регулювання стали чисельні порушення у 1960-х роках.

Порушення являли собою неналежне виконання обов'язків зі сторони франчайзерів, які, у свою чергу, почали сприймати франчайзинг як засіб швидкого збагачення з мінімальними витратами. Порушення супроводжувалися ненаданням інформації покупцям, ігноруванням потреб франчайзі, одностороннім припиненням дії договорів, завищенням цін на франшизи.

Саме через таку кризу виникла невідкладна необхідність у правовому регулюванні франчайзингу на всіх його рівнях. Законодавче регулювання франчайзингу в США здійснюється на двох рівнях: на рівні окремих штатів, де приймаються місцеві закони; на федеральному рівні, де діють спеціальні Правила розкриття інформації – «FTC Rule», ці правила визначають обсяг

інформації, яка є необхідною для потенційного франчайзі та має бути надана за його вимогою у будь-якому зі штатів США.

У Європейському союзі розвиток франчайзингу почався набагато пізніше ніж в США, це, у свою чергу, вплинуло й на правове регулювання франчайзингу у країнах ЄС. Фактично до 1988 року в Європейському союзі франчайзинг взагалі не брався до уваги, відповідно було відсутнє і будь-яке регулювання. Поштовхом для регулювання франчайзингу в ЄС, так само як і в США, стали чисельні порушення, проте порушення стосувалися не сфери франчайзингу, а сфери антимонопольного законодавства.

Унікальність ситуації з правовим регулюванням франчайзингу в ЄС полягає в наступному: 30 листопада 1988 року Європейською комісією було прийнято Регламент №4087/88 [12, с. 333], який стосувався сфери конкуренції і монопольного становища на ринках ЄС. Прийняття даного Регламенту не мало на меті врегулювання насамперед франчайзингових відносин, як таких, і встановлення законодавчих основ франчайзингу, як це передбачено, наприклад, окремою главою ЦКУ чи ГКУ. Проте хоча це і не входило в основні завдання Регламенту, він зафіксував у нормативному порядку кілька основних положень договору франчайзингу. Таким чином, Регламент №4087/88 став першим у Європі офіційним нормативним документом з франчайзингу, що закріпив найважливіші з ключових понять франчайзингу, чим забезпечив однакове тлумачення і застосування всіма органами ЄС цих ключових понять.

Така специфіка правового регулювання франчайзингу в ЄС зберігається і до сьогодні. На наднаціональному рівні діє нормативно-правове регулювання франчайзингу переважно з точки зору антимонопольного законодавства та законодавства про конкуренцію, а на внутрішньому рівні приймаються спеціальні законодавчі акти.

Для правового регулювання країн колишнього СРСР характерним є те, що договір франчайзингу знайшов своє відображення у цивільних кодексах таких країн, як Російська Федерація, Білорусь, Вірменія, Грузія, Казахстан, Узбекистан та Україна. Причому

му пострадянські країни стали своєрідним винятком зі світової практики, оскільки їх законодавство безпосередньо закріплює норми, що регулюють відносини сторін за договором франчайзингу в той час, коли більшість країн регулюють не самі договірні відносини сторін, а закріплюють обов'язок франчайзера надати певну інформацію франчайзі на переддоговірному етапі. Практично для всіх пострадянських країн актуальним на сьогодні є питання прийняття спеціального законодавства, яке б повністю врегулювало відносини франчайзингу.

Отже, аналізуючи думки науковців, практиків, світовий досвід регулювання франчайзингу, актуальним і цілком логічним постає питання, чи потребує взагалі франчайзинг законодавчого закріплення та спеціального законодавчого регулювання. Переконали, що правильною, можна вважати думку авторів С. А. Сосна та - Е. Н. Васильєва [5, с. 47], які зазначають, що однозначної позитивної чи негативної відповіді на це запитання не існує з цілого ряду причин.

Історія свідчить, що франчайзинг з'являється незалежно від наявності або відсутності спеціального правового регулювання. З'являється франчайзинг там, де для цього створені перш за все необхідні економічні умови, а успішний розвиток франчайзингу можливий, в принципі, і в державах, які не мають спеціального законодавства про франчайзинг. Однозначно, важливими є конкретні правові умови кожної окремої країни. Франчайзинг виникає не на порожньому місці, а в західному світі на момент його виникнення, у розвинених країнах уже є сформованою і розвинутою система договірних прав з усіма необхідними принципами та віковими традиціями, існують сталі торгові звичаї, та є однозначною і відпрацьованою судовою практика.

Лише за умови налагодженого функціонування усіх цих правових механізмів франчайзинг може успішно розвиватися та функціонувати і без спеціального законодавства. Проте, на жаль, на сьогоднішній день Україна не може похизуватися налагодженими правовими механізмами,

а з огляду на те, що наша країна перебуває у стані перехідної економіки та є початківцем з розвитку ринкових відносин, то прийняття спеціального законодавства про франчайзинг є безумовно необхідним. Тим більше, що досвід розвинених країн свідчить, що наявність спеціального правового регулювання франчайзингу забезпечує більш ефективний захист як приватних, так і публічних інтересів. Спеціальне законодавство дає більшу кількість шансів на розвиток ефективних і багатообіцяючих відносин франчайзингу в Україні. Тому варто погодитись із домінуючою думкою науковців і практиків, які висловлюються за необхідність прийняття спеціального закону.

Особливої уваги заслуговує думка вчених з інституту уніфікації приватного права (УНІДРУА), які наголошують на тому, що франчайзинг здатний успішно функціонувати тільки за наявності навколо нього «здорового правового комерційного середовища» [6]. Дійсно, враховуючи комплексність відносин франчайзингу, для того щоб цей інститут реально та ефективно працював в Україні, необхідним є якісне правове регулювання у сферах: захисту економічної конкуренції, прав інтелектуальної власності, якості та безпеки товарів, захисту прав споживачів, реклами та інших сферах.

Висновки:

По-перше, правове регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу) в Україні є недосконалим. Необхідно привести національне законодавство у відповідність зі світовою практикою, та замінити термін «Комерційна концесія» на сталий у всьому світі термін «Франчайзинг». Це дозволить прибрати зайву плутанину та дозволить не вводити в оману зарубіжних партнерів і контрагентів.

По-друге, з аналізу досвіду розвинених країн зарубіжних країн, впливає очевидна необхідність прийняття в Україні спеціального законодавства у сфері франчайзингу. Наявність спеціального законодавства забезпечує більш ефективний захист як приватних, так і публічних інтересів зменшує кількість зловживань і по-

АНОТАЦІЯ

У статті розглядаються особливості та проблемні питання правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу). Автором досліджуються необхідність прийняття спеціального законодавства у сфері франчайзингу.

рушень у сфері франчайзингу, дає більшу кількість шансів на розвиток ефективних і багатообіцяючих відносин франчайзингу в Україні.

Література

1. Антошкіна В.К. Проблеми правового регулювання договору франчайзингу / В.К. Антошкіна, Г. В. Клочко. – С.549-553
2. Господарський кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, № 18, № 19-20, № 21-22, ст.144
3. Закон України «Про концесії» // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1999, N 41, ст.372
4. Земляков Д.Н. Макашев М.О. Франчайзинг. Интегрированные формы организации бизнеса: Учеб. пособие для вузов. – М.: ЮНИТИ – ДАНА, 2003. – 142 с
5. Кашинцева О. Щодо необхідності правового регулювання фрайчайзингу. // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2001. – №1. – С.13 – 14.
6. Керівництво по мастер-франшизи // UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangements. Rome, 1998
7. Килимник І.І. Особливості правового регулювання договору комерційної концесії (франчайзингу). Автореферат дис. канд.ю.наук. – Х., 2003. – 22 с.
8. Ляшенко В., Хахулін В., Боярчук П. Проект Закону “Про франчайзинг”. // Предпринимательство, хозяйство и право. – 2000. – №10. – С.22 – 26.
9. Положення про франчайзинг Всесвітньої організації інтелектуальної власності // ISBN: 888644916X
10. Проект Закону про франчайзинг [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/>

SUMMARY

The article discusses the features and problems of a commercial concession (franchising) regulation. The author examines need of special legislation in franchising.

webproc4_2?skl=4&pf3516=8241

11. Сидоров Я.О. Становлення інституту комерційної концесії в Україні (цивільно-правовий аспект): дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Національний ун-т внутрішніх справ. – Х., 2004.

12. Сосна С.А., Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия. – М.: ИКЦ «Академкнига», 2005. – 375 с.

13. Сосна С.А. Новое в гражданском праве: франчайзинг // Государство и право. – 1997. – № 7. – С. 25 – 32.

14. Сучков, А.В. Эффективность франчайзингу як інструменту інвестиційної діяльності підприємств харчової промисловості: автореф. дис. на здоб. наук. ступеня канд. екон. наук : Нац. ун-т х.технологій. – К., 2010. – 20 с

15. Указ Президента України - № 906/2000 «Про заходи щодо забезпечення підтримки та дальшого розвитку підприємницької діяльності» [Електронний ресурс] // Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/906/2000>

16. Федерация розвитку франчайзингу провела зустріч з Американською Торговою Палатою [Електронний ресурс] // Режим доступу: http://fdf.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=122

17. Цивільний кодекс України // Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2003, №№ 40-44, ст.356

18. Цірат А. В. Франчайзинг и франчайзинговый довор: Учебн. – практ. пособие. – К.: “ИСТИНА”, 2002. – 240с.

19. Щербина В.С. Господарське право : підручник / 5-те вид., перероб. і допов. 5-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 600 с

20. Oxford Dictionary of English // Oxford University Press Print Publication, 2010 Print, eISBN: 9780191727665