

УДК 346.3:005.591.43

О.Ю. КАРЯКІНА, Державний вищий навчальний заклад «Київський національний економічний університет ім. Вадима Гетьмана»

ФРАНЧАЙЗИНГ ЯК ПРАВОВА ФОРМА ВЕДЕННЯ БІЗНЕСУ (АСПЕКТ ПЕРСПЕКТИВНОГО ЗАКОНОДАВСТВА)

Ключові слова: франчайзинг, господарське право, вдосконалення законодавства, договір франчайзингу, проект Закону України «Про франчайзинг»

Попит породжує пропозицію. Франчайзинг виник як наслідок об'єктивних потреб економічного розвитку. В розвинених країнах це не просто бізнес, а й престижний вид комерційної діяльності. Наразі, навіть в умовах економічної кризи, франчайзингова діяльність не втрачає актуальності та економічної доцільності. Особливо це стосується франчайзингу світового рівня (купівля-продаж франшиз компаній, ділова репутація, сервіс, продукти та послуги яких здобули визнання споживачем на міжнародному рівні, тощо). Щодо укладення договору франчайзингу, в якому франчайзер – вітчизняна компанія, можуть виникати певні ризики, які викликані тим, що більші компанії тяжіють до поглинання дрібних, оскільки конкурентоспроможність останніх на рівень нижче.

Актуальність обраної теми зумовлена тим, що франчайзинг як форма господарських зв'язків є вдалою формою розвитку бізнесу обох сторін договірних відносин, що потребує дослідження правових аспектів теми в частині виявлення та подолання існуючих недоліків.

Дослідженням економічних та правових аспектів функціонування інституту франчайзингу займалися Жерар Дельтей (монографія «Франчайзинг»), Ф.Н. Філіна («Франчайзинг: правовые основы деятельности»), Т.О. Степанова, А.В. Цират («Франчайзинг и франчай-

зинговый договор»), З.В. Кіричук, Г.Б. Мунін, Ю.О. Карягін, А.С. Артеменко, Ю.В. Кошиль («Франчайзинг у готельно-ресторанному бізнесі»), О.О. Беліков, О.Ф. Ногачевський та низка інших.

Виходячи з цього, метою статті є розгляд законодавчих недоліків регулювання франчайзингових відносин, що викликано необхідністю приведення законодавства у відповідність до існуючих реалій та обґрунтування необхідності внесення таких змін через розробку спеціального закону. Її новизна визначається тим, що систематизована інформація з предмету дослідження дозволила підготувати та обґрунтувати практичні пропозиції до проекту Закону України «Про франчайзинг» з використанням зарубіжного досвіду, уникнувши старих помилок.

У шостому томі «Юридичної енциклопедії», який написано колективом авторів в складі відомих та визнаних науковців-правовиків, франчайзинг (англ. franchisuiг, первісно – надання почесного громадянства міста, від старофранц. franchise – свобода, щирість, пільга, привілей) визначено як різновид договору, за яким одна сторона (франчайзер) надає іншій стороні (франчайзі) за винагороду на певний строк або без визначення строку право використання у підприємницькій діяльності з продажу власних чи вироблених франчайзером товарів або послуг свого ноу-хау, організації роботи, технологи, торг, найменування, товарної марки, емблеми, стилю зовнішнього оформлення приміщення тощо [1].

Як вид господарської діяльності франчайзинг є основою розвитку малого та середнього підприємництва, а отже породжує створення тисячі нових робочих місць.

Проект Закону України «Про франчайзинг» [2], внесений на розгляд Верховної Ради України 08.11.2001 р., не було схвалено, оскільки він містив ряд недоліків, зокрема: відсутність повного глосарію (ноу-хау, франшиза, територіальна франшиза, генеральна франшиза, субфранчайзинг, комерційна інформація, об'єкти виключних прав, тощо); не-

вдала процедура реєстрації договору; не було визначено заходи по стимулюванню суб'єктів господарської діяльності, які виступають сторонами відповідних відносин; не врегульовано переддоговірні франчайзингові відносини, тощо.

За чинним Господарським кодексом України договір, який розглядається, перейменовано на комерційну концесію [3]. На думку Е. Мальцева, така форма співпраці суб'єктів господарювання розв'язує проблеми забезпечення високих темпів розширення, дефіциту фінансування та пошуку мотивованого персоналу [4].

Франчайзинг – це форма співпраці між юридично та фінансово незалежними сторонами, в рамках якої одна сторона (франчайзер), що володіє успішним бізнесом, відомою торговою маркою, ноу-хау, комерційними таємницями, репутацією та іншими нематеріальними активами, дозволяє іншій стороні (франчайзі) користуватися цією системою на погоджених умовах [5]. Такий вид господарської діяльності є прибутковим як для суб'єктів господарської діяльності, так і для держави. У світі це ефективний метод розподілу продукції та послуг майже у всіх галузях економіки; в Україні – поширений лише у 15 галузях.

На українському ринку франчайзинг з'явився в середині 1990-х років. Починаючи з 2004-го року кількість франчайзингових мереж щорічно збільшується в середньому на 30 %.

Наразі, якщо оцінювати українське законодавство про франчайзинг відповідно до світових стандартів, можна визначити, що воно знаходиться на примітивному рівні, що пояснюється, практично відсутністю зацікавленості владних структур в розвитку цієї форми ведення бізнесу. Судова практика у сфері франчайзингу розвинена слабо, а кількість спірних правовідносин зростає [6]. Тому не дивно спостерігати наступні статистичні дані:

– Росія – діє 750 франчайзингових моделей і в них задіяні більше 1 млн. чоловік;

– США – 40 % товарообігу країни – франчайзинг;

– Євросоюз – до 60 % товарообігу – франчайзинг;

– Японія – до 70 % товарообігу країни – франчайзинг;

– Україна – біля 4 % товарообігу країни – франчайзинг [7].

Уповільнені темпи росту франчайзингових відносин викликано наступними проблемами, що мають бути розв'язані на нормативно-правовому рівні:

– непередбачуваність динаміки законодавчих змін (особливо податкове та господарське законодавство), що фактично становить юридичний механізм стримування розвитку франчайзингу;

– механізм надання кредиту для відкриття та розвитку франчайзингового бізнесу на початкових етапах;

– необхідність створення правових механізмів для дотримання законодавства про охорону прав інтелектуальної власності в Україні;

– слабка захищеність інтелектуальної власності та неврегульованість франчайзингових відносин, що відлякує світові бренди від українського ринку;

– відсутність системності в правовому регулюванні.

Спеціальні закони про франчайзинг діють у США (на федеральному рівні – «Зведення правил про франчайзинг», що закріплені в Одноманітному торговельному кодексі США і в 15 штатах, що вважаємо гідним прикладом деталізації спеціального законодавства, що врегульовує франчайзингові відносини), закони про франчайзинг ухвалені в 10 провінціях Канади, у Франції, Іспанії, Австралії, Індонезії, Китаї, тощо.

Перш ніж перейти до існуючих недоліків законодавства, обґрунтуємо економічну складову актуальності франчайзингових відносин.

Франчайзинг звичайно сприймається як потенційна вигода франчайзі, як сторони, що використовує комплекс об'єктів прав інтелек-

туальної власності: торговельної марки, технологій, ноу-хау та інших прав франчайзера. Одночасно це сприяє поширенню бізнесу франчайзера на ринках інших міст чи країн. Саме тому всесвітньо відомі компанії як «McDonald's», «Баскін-Роббінс», «Columbia sportswear company», «Singer Sewing Machine Company» та інші заволоділи репутацією серед мас споживачів. Франчайзер позбавляється проблем щодо управління персоналом, керівництвом компанії, та їх фінансуванням. Більше того, суб'єкт господарювання-франчайзі має високу мотивацію, оскільки він як менеджер та керівник бізнесу прямо зацікавлений в отриманні прибутку.

Законодавство повинно спрямовувати діяльність франчайзі на беззастережне виконання умов договору не лише задля отримання вигоди, а й з метою дотримання законодавства про захист інтелектуальної власності.

Заступник голови державного комітету з питань регулярної політики та підприємництва О.Т. Сохар стверджує: «Головною проблемою сьогодні є саме відсутність законодавчої бази з франчайзингу, яка б регулювала відносини між партнерами. – тому ця проблема потребує якомога швидшого вирішення».

Дійсно, на жаль, в українському законодавстві навіть відсутнє визначення категорії «франчайзинговий договір». Саме тому компаніям доводиться використовувати кілька типів договорів для закріплення франчайзингових відносин (ліцензійні договори, договори комерційної концесії, про спільну діяльність). Очевидним є те, що багато іноземних компаній не вважають такий стан речей сприятливим для розвитку власного бізнесу.

Вважаємо слушною думку віце-президента Федерації розвитку франчайзингу, гостинності та інфраструктури України О.Ф. Ногачевського, що вдосконалення національного законодавства прямо вплине на збільшення інвестиційного притоку в Україну в десятки раз на рівні середнього та малого бізнесу. Розвинуті країни завдяки франчайзингу виходили з кризи. Так, у 1991–1993-х роках передос-

танню кризи в США було подолано завдяки франчайзингу [8, с.16].

На практиці, через поверхову регламентацію франчайзингових відносин, такий договір не є одним документом. Укладаються, зокрема, договори про передачу прав на використання об'єкта інтелектуальної власності (торгового знака, промислового зразка, програмного забезпечення і т. п.), що фіксується в ліцензійному договорі. Передача користувачеві промислового або торговельного устаткування може оформлятися окремим договором оренди або лізингу. Крім того, франчайзер, як правило, надає користувачеві низку додаткових послуг, наприклад, проводить дослідження ринку, консулює з питань ведення бізнесу та управління персоналом, оформлення інтер'єру торгового залу, проводить тренінги для співробітників, тощо.

На думку І. Зайцева, договір комерційної концесії, визначений главою 36 Господарського кодексу України, є своєрідним збірником різних контрактів, у кожному з яких повинні бути відображені всі істотні умови: предмет договору, сторони, терміни дії, строки й розмір оплати. Якщо хоча б в одному документі істотні умови не будуть визначені в повному обсязі, ця частина договору франчайзингу або ж весь документ можуть бути визнані недійсними у судовому порядку [9]. Це створює низку проблем та паперову тяганину, що з одного боку виглядає як юридична точність, а з іншого – як платформа для можливих недобросовісних вчинків іншої сторони, або навіть обох з них.

На нашу думку, починати вдосконалення законодавства варто з уніфікації понятійно-категоріального апарату, який використовується у здійсненні досліджуваного виду господарської діяльності. Додатковим аргументом на користь такого твердження виступає той факт, що розбіжності національного та міжнародного праворозуміння створюють незручності для співпраці з франчайзерами з інших країн. Але запозичуючи закордонний досвід варто, перш за все, адаптувати його до

національних умов, враховуючи контекст чинного законодавства, практику правозастосування, та, зрештою, економічні умови.

Розробка закону, що детально регулюватиме відносини між сторонами франчайзингової угоди, має здійснюватись з обов'язковою участю представників франчайзингового співтовариства України (представники найбільших успішних франчайзингових мереж, асоціації та інші спеціалізовані громадські організації). В інтерв'ю «Телеканалу новин 24» О.Ф. Ногачевський підкреслює: «Ще одним нашим завданням, окрім розробки законопроекту, є створення комунікаційного майданчику для спілкування як представників малого і середнього бізнесу, так і чиновників. Зокрема, ми ініціюємо створення програми «Відкритий університет франчайзингу», яка повинна стати локомотивом розвитку цього сегменту бізнесу в Україні» [10].

В проекті Закону України «Про франчайзинг» не визначався механізм переддоговірних та постдоговірних відносин між сторонами. За кордоном у спеціальних законах про франчайзинг регулюються вимоги про обсяг та зміст інформації, якою має володіти потенційний франчайзі. Серед цих вимог: час на відгук франчайзера на запит, обсяг інформації та її достовірність. Ця інформація є ключовим моментом для прийняття рішення про купівлю франшизи, тому такі норми захищають майбутніх франчайзі від франчайзерів, що орієнтуються на одержання початкових платежів, користуючись недосконалими умовами договору [11]. Попереднє розкриття інформації має бути імперативним положенням законодавства задля захисту від недобросовісних франчайзерів.

Особливу роль відіграє законодавча урегульованість переддоговірних відносин в захисті франчайзі, тому що він ризикує отримати хибну попередню інформацію про зміст франчайзингового пакету та особливостей функціонування майбутнього бізнесу (від порядку прийняття рішень, до підстав дострокового припинення договору).

В законодавстві має бути передбачено захисні механізми сторін партнерських відносин, особливо щодо захисту бізнес-репутації франчайзера (товарних знаків, торгових марок), оскільки існує небезпека витоку конфіденційної інформації, що становить комерційну таємницю.

Важливу роль відіграє визначення порядку вирішення спорів між сторонами (суд або арбітраж), та, якщо у відносинах є іноземний елемент – законодавство країни, за яким вони будуть вирішуватися. Адже шанси на налагодження відносин між партнерами потенційного договору зменшуються, якщо обране законодавство буде ставити іншу сторону в невігідні або навіть збиткові умови [12].

Також, ст.369 Господарського кодексу «Винагорода за договором комерційної концесії» буде більш логічною, якщо перше «або» змінити на «та/або»: «Винагорода за договором комерційної концесії може виплачуватися користувачем правоволодільцеві у формі разових або періодичних платежів або в іншій формі, передбаченій договором». Таку поправку вважаємо доцільною з огляду на практичний склад надходжень франчайзера, до яких, зокрема, відносять паушальний внесок (який у згаданій статті називається разовим платежем) та роялті (періодичні платежі, що надходять від франчайзі).

Важливо відмітити що в законодавстві має бути передбачено механізм захисту франчайзі від обмежувальних умов контракту. Наприклад, договором може бути передбачено обов'язкове використання приміщення франчайзера, яке належить йому відповідно до договору оренди. Фактично, франчайзер вступає ще й у відносини суборенди з франчайзі. Часто такі факти не розголошуються в переддоговірних відносинах між сторонами. З одного боку, право франчайзера, як суб'єкта господарської діяльності, не може бути обмежено, але якщо він встановлює як обов'язкову умову вступ франчайзі в орендні відносини з ним, це обмежує останнього, у випадку якщо франчайзі може взяти той са-

мий предмет договору (нерухомість, наприклад) за меншу плату. Тому в законодавстві має бути визначено перелік умов договору франчайзингу, які не можуть бути встановлені в якості імперативних.

Існує практика визначення у франчайзингових угодах права франчайзера на періодичну зміну керівництва або стратегічних курсів компанії без повідомлення про це або отримання згоди одержувача франшизи. Таким чином, франчайзер отримує право односторонньо змінювати договір. Більш того, одержувачу франшизи рідко надається можливість вивчити керівництво по здійсненню діяльності франчайзера до продажу франшизи [13]. Задача законодавства – не допускати прогалин, якими можуть користуватися недобросовісні сторони.

Підсумовуючи вищевикладене, можна стверджувати, що законодавство покликане знизити ризики та виключити невідповідність правового регулювання природі франчайзингу і стану розвитку комерційних стосунків на сьогоднішній день. Важливість вдосконалення правового регулювання окремих аспектів укладення та виконання договорів комерційної концесії доводиться тим, що відсутність правового захисту сторін договору прямо впливає на рішення щодо купівлі-продажу франшизи.

Законодавство України має забезпечувати баланс і захищати сторони. Положення нормативно-правових актів не повинні обмежувати принцип свободи договору, але мають встановлювати межі здійснення господарських прав та обов'язків сторонами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шемшученко Ю. С. Юридична енциклопедія : в 6-ти т. Т. 6. – К. : Українська енциклопедія, 2004. – 768 с.
2. Проект Закону України «Про франчайзинг» : від 08.11.2001 р., № 8241 (Кінах А. К.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу:

http://gska2.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=11287&pf35401=19758.

3. Господарський кодекс України : від 16.01.2003 р. // ВВР України. – 2003. – № 18. – № 19–20. – № 21–22. – Ст. 144.

4. Мальцев Э. Коммерческая концессия: когда хочется роста / Э. Мальцев // Украинский деловой еженедельник «Контракты». – 2004. – № 9.

5. Визначення франчайзингу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://franchising.ua/franchayzing/1/viznachennya-franchayzingu>.

6. Франчайзинг в СНГ [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.top-franchising.com.ua/docs/articles/analytics/detail.php?ID=3692>.

7. Податковий кодекс України – загроза франчайзингу [Електронний ресурс]. Режим доступу: <http://www.lviv.triarh.com/index.php/en/news/28-2010-11-04-15-01-48>.

8. Ногачевский А. Ф. Если Вы не сделали франчайзинговую сеть, значит скоро ее сделают Ваши конкуренты / Ногачевский А. // Отдел маркетинга. – 2008. – № 9. – С. 16.

9. Зайцев И. Договор, которого нет / И. Зайцев [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.top-franchising.com.ua/docs/articles/analytics/detail.php?ID=1119>.

10. Державний комітет з питань регуляторної політики та підприємництва сприятиме розробці Закону «Про франчайзинг» // Федерация развития франчайзинга Украины [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.fdf.org.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=29:-l-r&catid=13:news&Itemid=16&lang=ru.

11. Стальнов С. А. Франчайзинг в Украине / С. Стальнов [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.top-franchising.com.ua/docs/articles/interview/detail.php?ID=1155>.

12. Want to Buy a Franchise? Ten Reasons Not to Do It // Lawyers, Legal Forms, Law Books & Software, Free Information – Nolo [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nolo.com/legal-encyclopedia/article-29512.html>.

13. Десять наихудших условий договора о франшизе [Электронный ресурс]. – Режим до- | ступу: <http://www.top-franchising.com.ua/docs/articles/toknow/detail.php?ID=1106>.

Карякіна О. Ю. Франчайзинг як правова форма ведення бізнесу (аспект перспективного законодавства) / О. Ю. Карякіна // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 370–375 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11kojarz.pdf>

Обґрунтовано актуальність теми як з економічної, так і з юридичної точки зору. Виконано аналіз сучасного стану господарського законодавства, що врегульовує франчайзингові відносини, та обґрунтовано пропозиції щодо удосконалення нормативного масиву, шляхом розробки та прийняття спеціального закону.

Карякина О.Ю. Франчайзинг как правовая форма ведения бизнеса (аспект перспективного законодательства)

Обоснована актуальность темы, как с экономической, так и с юридической точки зрения. Выполнен анализ современного состояния хозяйственного законодательства, регулирующего франчайзинговые отношения, и обоснованы предложения по совершенствованию нормативного массива, путем разработки и принятия специального закона.

Kariakina O.Y. Franchising As a Legal Form of Business (Aspect of Prospective Legislation)

The urgency of economic issues as well as legal ones is justified. The analysis of the current state of economic legislation that regulates the franchise relationship is made and improvement of the regulatory array by development and adoption of the law is suggested.