

Калиновська Н.В.
студентка,
Київський національний університет
імені Тараса Шевченка

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ)

Чинному регулюванню договору комерційної концесії (франчайзингу) в Україні притаманний ряд проблем, зокрема:

1. Невідповідність застосовуваної термінології міжнародній практиці.

Так, поняття «франчайзинг», усталене в науковій літературі [5–11 та ін.] та в міжнародній практиці (наприклад, Європейський кодекс етики франчайзингу, прийнятий Європейською Федерацією Франчайзингу [12]; «Положення про франчайзинг» Всесвітньої організації інтелектуальної власності [7]; Регламент ЄС № 593/2008 [4]) замінене українським законодавцем на термін «комерційна концесія».

Однак така заміна має негативні наслідки.

По-перше, серед франчайзерів на українському ринку представлено доволі багато зарубіжних компаній (наприклад, “Adidas”, “McDonald’s”, “Coca-Cola”, “KFC”, “Kodak”, “Hilton” та ін.). Враховуючи міжнародну практику, така заміна понять в українському законодавстві може викликати непорозуміння при взаємодії з іноземними контрагентами.

Вчені зазначають, що іноземні та вітчизняні франчайзери, які пропонують франшизи в Україні, здебільшого не використовують договір комерційної концесії, бо не вважають його тотожним поняттю «франчайзинг» [9, с. 89].

Більше того, в деяких країнах (наприклад, Бельгія, Франція, Швейцарія) використовується і поняття «комерційна концесія», однак воно наділяється вужчим змістом, ніж франчайзинг. Так, під комерційною концесією в названих країнах розуміють договори про передачу виключного права на продаж товарів (так звані «дистриб’юторські угоди») [8, с. 305; 10, с. 25].

По-друге, в законодавстві України використовується також термін «концесія», що за своїм змістом не має жодного зв’язку з франчайзингом (комерційною концесією): концесія – це надання з метою задоволення громадських потреб уповноваженим органом виконавчої влади чи органом місцевого самоврядування на підставі концесійного договору на платній та строковій основі юридичній або фізичній особі (суб’єкту підприємницької діяльності) права на створення (будівництво) та (або) управління (експлуатацію) об’єкта концесії (строкове платне володіння), за умови взяття суб’єктом підприємницької діяльності (концесіонером) на себе зобов’язань по створенню (будівництву) та (або) управлінню (експлуатації) об’єктом концесії, майнової відповідальності та можливого підприємницького ризику [3, ч. 1 ст. 1].

В той же час, додавання прикметника «комерційний» до слова «концесія» спонукає до думки про те, що комерційна концесія є різновидом концесії у наведеному вище розумінні (що не відповідає дійсності).

Отже, існуюча ситуація з термінологією, яка застосовується при регулюванні договору франчайзингу, є незадовільною та потребує виправлення.

2. Недоліки подвійного регулювання франчайзингу – в Цивільному кодексі України (ЦКУ) та в Господарському кодексі України (ГКУ).

2.1. Неузгодженість окремих положень ЦКУ та ГКУ.

Яскравим прикладом такої неузгодженості є питання форми договору комерційної концесії та наслідків її недодержання.

Так, обидва кодекси містять вимогу про обов'язкову письмову форму договору франчайзингу. При цьому ГКУ додатково вимагає, щоб договір було укладено у вигляді єдиного документа.

Чинне законодавство не визначає поняття «єдиний документ», але якщо такий має включати всі стандарти, описи бізнес-процесів із зобов'язаннями сторін тощо, на які є посилання в договорі, то виконати цю вимогу фактично неможливо через їх великий обсяг. Крім того, договір може містити комерційну таємницю, в зв'язку з чим єдиний документ є особливо недоречними.

Щодо наслідків недотримання форми договору, то ч. 1 ст. 1118 ЦКУ встановлено, що, у разі недодержання письмової форми, договір комерційної концесії є нікчемним. Водночас, ГКУ в ч. 1 ст. 367 таким наслідком передбачає недійсність договору. Даний аспект має важливе значення адже нікчемні правочини, відповідно до ст. 215 ЦКУ, є недійсними в силу прямої вказівки закону. Водночас, ГКУ в ст. 207 встановлює, що господарське зобов'язання визнається недійсним судом. Варіант передбачений ГКУ видається більш доцільним для застосування до договору комерційної концесії.

2.2. Недосконалості законодавчої техніки.

Так, наприклад, ЦКУ та ГКУ дозволяють встановлювати у договорі франчайзингу ряд обмежень, в першу чергу, прав франчайзі. Мова йде про обмеження стосовно конкуренції, території, місця розташування виробничих чи торговельних приміщень, їх внутрішнього та зовнішнього оформлення.

При цьому ГКУ містить загальну вказівку на те, що обмежувальні умови можуть бути визнані недійсними, якщо вони суперечать законодавству. Водночас не зрозуміло – мова йде про обмеження, які прямо дозволені ГКУ і ЦКУ, чи про інші обмежувальні умови, які можуть бути погоджені сторонами за взаємною згодою.

ЦКУ ж безпосередньо визначає, що нікчемною є умова договору, відповідно до якої праволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни. Також очевидно, що законодавець у ч. 3 ст. 1122 ЦКУ намагався вказати як на нікчемну і на умову договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі. Однак текст цієї норми залишився

незакінченим (в кінці речення відсутнє словосполучення «є нікчемною», яке, виходячи з логічного тлумачення ст. 1122 ЦКУ, повинне там бути).

Слід відмітити й інші недосконалості законодавчої техніки в положеннях ЦКУ щодо комерційної концесії (франчайзингу).

Так, статтею 1115 ЦКУ передбачено, що відносини, пов'язані з наданням права користування комплексом прав, регулюються «цим Кодексом та іншим законом». Але так як конкретного закону, який здійснював би виключне регулювання даних відносин, не існує, логічним було б застосувати дане словосполучення у множині (тобто «іншими законами»).

Також, наприклад, статтею 1117 ЦКУ встановлено, що сторонами в договорі комерційної концесії можуть бути фізична та юридична особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності. З огляду на таке формулювання складається враження, що сторонами даного договору можуть бути виключно фізична особа-підприємець з однієї сторони та юридична особа з іншої сторони, що не є вірним. Тому доцільніше було б застосувати формулювання «фізичні та/або юридичні особи». Водночас, слід зауважити, що можливість фізичної особи-підприємця виступати у ролі франчайзера є предметом дискусій. Вбачається, що визначальним фактором має бути не форма участі особи у господарських відносинах, а належність їй відповідного комплексу прав, що може бути використаний у якості франшизи.

2.3. Неврегулювання в ГКУ ряду важливих положень, врегульованих ЦКУ.

Зокрема, серед питань не врегульованих ГКУ (на відміну від ЦКУ): відповідальність субкористувача (субфранчайзі) перед правоволодільцем (франчайзером); пріоритетне право користувача (франчайзі) на укладення договору комерційної концесії на новий строк; правонаступництво сторін за договором комерційної концесії (франчайзингу).

Отже, вказані неточності, недоліки та прогалини, що містяться в ГКУ та ЦКУ, мають бути усунуті для правильного розуміння і застосування норм щодо комерційної концесії (франчайзингу).

3. Повна відсутність регулювання щодо ряду питань

Так, на сьогодні існує потреба у врегулюванні ряду питань. Наприклад: питання попереднього розкриття інформації щодо істотних умов франшизи (зокрема, видів інформації, що підлягає розкриттю, конкретних термінів та умов розкриття); питання післядоговірних відносин сторін – так, з огляду на специфіку предмету договору франчайзингу доречно було б передбачити норми, які б захищали франчайзера від недобросовісної конкуренції з боку франчайзі після завершення строку договору комерційної концесії; питання відповідальності франчайзі за шкоду, заподіяну ним діловій репутації франчайзера.

Таким чином, існує обґрунтована потреба у внесенні відповідних змін до чинного законодавства, яке регулює договір комерційної концесії (франчайзингу).

Так, насамперед, має бути приведена у відповідність застосовувана термінологія: поняття «комерційна концесія», «правоволодільець», «користувач» та ін. мають бути замінені на «франчайзинг», «франчайзер», «франчайзі» відповідно.

Регулювання договору франчайзингу доцільніше здійснювати за допомогою одного кодексу. Оскільки комерційна концесія (франчайзинг) застосовуються виключно в підприємницькій діяльності, більш підходящим кодексом видається ГКУ. Зазначена позиція висловлюється і в науковій літературі [5, с. 575; 11, с. 534].

При цьому, положення ЦКУ та ГКУ мають бути синтезовані та, з усуненням відповідних недоліків, а також з додатковим регулюванням окремих (невизначених на сьогодні) питань, втілені в ГКУ для якомога повного та чіткого регулювання зазначених відносин.

Список використаних джерел:

1. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV // *Голос України* від 14.03.2003 № 49.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV // *Голос України* від 12.03.2003. – № 45.
3. Про концесії: Закон України від 16.07.1999 № 997-XIV // *Відомості Верховної Ради України* від 15.10.1999. – № 41. – стаття 372.
4. Регламент (ЄС) N 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань («Рим I»)» від 17.06.2008 [Електронний ресурс. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/994_905]
5. Актуальні проблеми господарського права (Особлива частина): навч. посіб. / за ред. В. С. Щербини, В. В. Резнікової. – К. : Видавництво Ліра-К, 2016. – 800 с. – С. 575.
6. Антошкіна В.К. Ключко В.Г. Проблеми правового регулювання договору франчайзингу // *Вісник Донецького національного університету, сер. В: економіка і право*, вип. 2, т. 2, 2010. – с. 549- 552. – с. 552.
7. Величко О.В. Правова природа франчайзингу / О. В. Величко // *Наукові записки НаУКМА*. – 2002 – Том 20, Спеціальний випуск: у двох частинах. Частина 2. – С. 323–324. – С. 323.
8. Карякіна О. Франчайзинг як особлива господарсько-правова форма поліпшення економічної ефективності суб'єкта господарювання / *Трибуна молодого вченого*. – 2014. – С. 303–307. – с. 305.
9. Петришин Н.Я., Жежуха В.Й. Франчайзинг в Україні: стан та перспективи розвитку // *Lviv Polytechnic National University Institutional Repository* <http://ena.lp.edu.ua>. – С. 89.
10. Цірат Г. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учебн. – практ. пособие. – К.: «ИСТИНА», 2002. – 240с. – С. 25.
11. Щербина В.С. Господарське право : підручник / 5-те вид., перероб. і допов. 5-те вид., перероб. і допов. – К.: Юрінком Інтер, 2012. – 600 с. – С. 534.
12. The European Code of Ethics foe Franchising & its national Extensions & Interpretations // *European Franchise Federation*. – 38 с. – С. 4.