

УДК 346.34

ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ «ФРАНЧАЙЗИНГ» ТА «КОМЕРЦІЙНА КОНЦЕСІЯ» В ЗАКОНОДАВСТВІ УКРАЇНИ

Маланчук Т.В., Віткова О.С.

Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

У статті розглянуто погляди вчених, міжнародних організацій щодо визначення поняття договору франчайзингу. Вказується на відсутність його закріплення в національному законодавстві. Зазначається, що більшість вітчизняних вчених ототожнюють договір франчайзингу та договір комерційної концесії. Наводяться погляди вчених, які розмежовують ці поняття. Вказується на доцільності розмежувань цих договорів та необхідності закріплення договору франчайзингу в національному законодавстві на основі досвіду іноземних держав.

Ключові слова: договір франчайзингу, договір комерційної концесії, франчайзер, франчайзі, правоволоділець, користувач.

Постановка проблеми. Сфера ринкових відносин представлена багатьма видами прибуткової діяльності. Кожен з них провадиться на договірних основах між сторонами, які мають свої особливості залежно від сфери діяльності суб'єкта. На сьогодні досить популярними та одними з найбільш прибуткових є франшизи. Проте, в Україні правове регулювання договорів франчайзингу не передбачене жодним нормативно-правовим актом. Натомість, українське законодавство містить поняття «комерційна концесія», що в більшості випадків ототожнюється з франчайзингом. Однак, на нашу думку, такий підхід не є вірним. Тому, в нашому дослідженні ми поставили собі за мету дослідити кожне з цих понять для їх чіткого розмежування.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема розмежування понять франчайзинг та комерційна концесія широко розглянута за кордоном. Серед вітчизняних вчених цією проблемою займалися такі вчені як: І.В. Свида, І.П. Сміленець, В.С. Дмитришин, Т.В. Бачинський.

Виділення невирішених раніше частин загальної проблеми. Не дивлячись на велику кількість досліджень різноманітних аспектів договору франчайзингу, питання щодо розмежування понять «франчайзинг» та «комерційна концесія» залишається майже не розробленим, не проведена порівняльна характеристика по основним ознакам, що обумовлює потребу подальшого вивчення цих питань.

Виклад основного матеріалу. Ще з 2001 року і до сьогодні існує лише проект Закону України (далі – Проект) «Про франчайзинг», відповідно до статті 1 якого франчайзинг – підприємницька діяльність, за якою на договірній основі одна сторона (правоволоділець) зобов'язується передати іншій стороні (користувачеві) за винагороду на визначений строк або без такого комплекс виключних прав на використання знака для товарів і послуг, фірмового найменування, послуг, технологічного процесу і(або) спеціалізованого обладнання, ноу-хау, комерційної інформації, що охороняється законом, а також інших передбачених договором об'єктів виключних прав. Відповідно до статті 3 Проекту сторонами договору франчайзингу є правоволоділець (франчайзер) та користувач (франчайзі). А згідно зі ст. 4 цього Проекту договір франчайзингу реєструється ор-

ганом, який проводить реєстрацію юридичної або фізичної особи – суб'єкта підприємницької діяльності, що виступає за договором як правоволоділець. Якщо правоволоділець зареєстрований як суб'єкт підприємницької діяльності в іноземній державі, реєстрація договору франчайзингу проводиться органом, який зареєстрував юридичну або фізичну особу – суб'єкта підприємницької діяльності, що є користувачем. У разі недодержання вимоги щодо реєстрації договір франчайзингу вважається недійсним [1]. Як зазначає І. В. Свида франчайзинг є досить вигідною формою організації ведення бізнесу, згідно якої франчайзер надає франчайзі на узгоджених умовах право на використання технології на ведення діяльності та власний товарний знак [2, с. 191]. Барбара Бешель вказує, що франчайзинг є ліцензією чи договором між двома незалежними юридичними особами, що надає особі чи групі осіб (франчайзі) право на продаж послуги або продукту, в яких використовується торгова марка іншої сторони; право франчайзі продавати товар або послугу, використовуючи методи роботи франчайзера та його зобов'язання сплачувати комісію за надані права, а франчайзер зобов'язаний надати такі права і підтримувати франчайзі. Угода за франчайзингом передбачає, що франчайзер є власником торгової марки, торгового найменування, надає підтримку франчайзі у вигляді фінансування (іноді), займається рекламою та маркетингом, проводить тренінги та отримує винагороду (комісійні). В свою чергу франчайзі отримує право використовувати торгову марку, торгове найменування, розширює бізнес із підтримкою франчайзерів та сплачує винагороду (комісійні). Крім цих комісійних франчайзі сплачує франчайзеру роялті – регулярний платіж, заснований на відсотках від валових сум продажів франчайзі [3]. Відповідно до Європейського етичного кодексу франчайзингу, франчайзинг – є системою маркетингу товарів, послуг чи технологій, яка ґрунтується на постійній тісній співпраці між юридично та фінансово окремими незалежними суб'єктами, де франчайзер надає свої права франчайзі і тим самим накладає зобов'язання на франчайзі вести бізнес відповідно до концепції франчайзера. З цієї метою між сторонами укладається письмова франчайзингова угода. Згідно норм даного Кодексу франчайзинговий договір

повинен відповідати національному законодавству, законодавству Європейського співтовариства та цьому Кодексу етики, та будь-яким національними додаткам. Основними мінімальними умовами угоди є: права та зобов'язання франчайзера та франчайзі, визначення товарів або послуг, що надаються за угодою, умови оплати, тривалість дії угоди, яка повинна бути достатньо довгою, щоб дозволити франчайзі амортизувати свої початкові вкладення, специфічні для франчайзингу, підстави поновлення угоди, умови, за якими франчайзі може продати або передавати франшизи, умови використання торгової марки, торгового знаку, логотипу та інше, право франчайзера адаптувати систему франчайзингу до нових або змінених методів, положення про припинення дії договору, положення про негайне повернення після припинення франчайзингового договору будь-якої матеріальної та нематеріальної власності, що належить власнику [4]. Згідно пункту 14.1.225 Податкового кодексу України роялті – будь-який платіж, отриманий як винагорода за використання або за надання права на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а саме на будь-які літературні твори, твори мистецтва або науки, включаючи комп'ютерні програми, інші записи на носіях інформації, відео- або аудіокасети, кінематографічні фільми або плівки для радіо- чи телевізійного мовлення, передачі (програми) організацій мовлення, інших аудіовізуальних творів, будь-які права, які охороняються патентом, будь-які зареєстровані торговельні марки (знаки на товари і послуги), права інтелектуальної власності на дизайн, секретне креслення, модель, формулу, процес, права інтелектуальної власності на інформацію щодо промислового, комерційного або наукового досвіду (ноу-хау) [5].

Щодо питання оплати за договором франчайзингу відмітимо наступне. Для більшості нових франчайзі покупка франшизи зазвичай передбачає комісію та постійний платіж. Комісія франшизи є винагородою франчайзеру за права використання бренду франчайзера, товарних знаків та інших ноу-хау в галузі інтелектуальної власності та бізнесу на початковий термін франчайзингу. Це означає, що якщо термін дії франшизи становить приблизно п'ять років, то оплачувати франшизу доведеться знову наприкінці терміну, якщо її буде продовжено ще на п'ять років. Поточні збори виражаються у формі роялті та маркетингових зборів. Роялті сплачується за постійну підтримку, поради та керівництво франчайзера. Роялті може стягуватися щотижня або щомісяця, залежно від встановленої системи, і, зазвичай, розраховується як відсоток від загальної кількості товарообігу самого франчайзера або встановлюється на конкретно встановлену суму на період дії франшизи. Іноді сума може бути збільшена з урахуванням інфляції. Крім роялті може бути маркетинговий збір, який розраховується як і роялті, тобто, як відсоток від обороту, або як фіксована поточна сума. Даний збір зараховується до спеціального фонду, який формується саме з таких маркетингових зборів франчайзі з метою розвитку товару, бренду, послуг, та в цілому мережі певної франшизи. Поряд з такими платежами існує ще ряд

інших витрат, необхідних для розвитку бізнесу на основі франшизи. Зокрема, такими є витрати на місцевий маркетинг, витрати на обладнання та спорядження, внесок за тренінги (навчання), витрати на інвентаризацію, акцію, маркетинг, оформлення всієї юридичної документації для законної діяльності, страхування, отримання ліцензії чи дозволу, гарантійна плата, створення обігового капіталу [6]. На сайті Федерації розвитку франчайзингу України розміщений перелік видів (типів) розвитку франчайзингу. Такими є товарний, виробничий, конверсійний, корпоративний, сервісний, франчайзинг бізнес-формату та майстер франчайзинг (також – субфранчайзинг). Видами франшизи є роздрібна торгівля, управління/менеджмент, інвестиції в портфель франшиз, незалежний оператор мережі торгових точок, незалежний оператор торгової точки. Згідно їх словника франчайзинг це «форма організації бізнесу, при якій компанія (Франчайзер) передає право на продаж своїх продуктів і послуг партнеру-Франчайзі, яким може бути юридична або фізична особа. Франчайзі зобов'язується продавати ці продукти і/або послуги за заздалегідь визначеними правилами ведення бізнесу, встановленим франчайзером, і одержує дозвіл використовувати ім'я компанії-франчайзера, її репутацію, досвід, маркетингові технології, експертизу та механізми підтримки» [7]. У Кодексі етики франчайзингу України міститься поняття франчайзингу, згідно якого він є способом просування своїх товарів, послуг та інших об'єктів [8]. Фактично, в цьому документі продубльовані норми Європейського кодексу етики франчайзингу.

На основі вище викладеного можна зробити наступні висновки. Франчайзинг являє собою вид прибуткової діяльності, суть якого полягає в тому, що правовласник (франчайзер) передає користувачеві (франчайзі) право на використання його об'єкту інтелектуальної власності за винагороду. При цьому варто відмітити, що діяльність на основі франшизи потребує великої кількості коштів, оскільки передбачено досить багато витрат. Зокрема, комісійні за франшизу та роялті, що є першочерговими, і сплачуються безпосередньо франчайзеру. Інші фінансові витрати полягають вже в організації самої діяльності. Також слід зауважити, що суть франчайзингу полягає в тому, що правовласник не тільки надає свої права користувачеві. У таких відносинах відбувається чітка співпраця між цими суб'єктами протягом всього періоду дії франшизи. Франчайзер при цьому на весь період дії франшизи підтримує користувача та сприяє розвитку свого бізнесу. Національне законодавство не містить жодної норми, щодо прямого регулювання саме франчайзингу, що є свідченням відсталості національного законодавства від тенденцій сучасного розвитку суспільства.

Тепер звернімося до відносин комерційної концесії, які, на відміну від франчайзингу досить детально врегульовані національним законодавством. Відповідно до ст. 1115 Цивільного кодексу України за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язана надати іншій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом прав правоволоділця з метою виготовлення та(або)

продажу певного виду товару та(або) надання послуг. Відповідно до статті 1120 цього Кодексу правоволоділець зобов'язаний надавати користувачеві постійне технічне та консультативне сприяння, включаючи сприяння у навчанні та підвищенні кваліфікації працівників, контролювати якість товарів (робіт, послуг), що виробляються (виконуються, надаються) користувачем на підставі договору комерційної концесії. Заслужують на увагу положення статті 1122 цього Кодексу, згідно якої однією з особливих умов договору комерційної концесії є обов'язок користувача не конкурувати з правоволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих правоволодільцем прав. Статтею 1126 Цивільного кодексу передбачено можливість укладати договір комерційної концесії на невизначений термін [9].

За одним із визначень комерційна концесія є спеціальною діловою домовленістю, здійсненою в рамках проекту будівництва, шляхом оренди приватної власності для надання розважальних послуг та об'єктів для громадськості за справедливою ринковою вартістю з метою отримання прибутку [10]. Згідно іншої дефініції даного поняття комерційна концесія являє собою правовідносини, які є аналогічними франчайзингу. Предметом договору комерційної концесії є торговельні марки, промислові зразки, винаходи тощо. За договором комерційної концесії правовласник зобов'язується надати користувачеві право на користування комплексом прав правовласника за певну плату для збуту своїх товарів/послуг [11].

На сьогодні серед вчених точиться дискусія про розмежування франчайзингу та комерційної концесії. Так, І. П. Смілянець зазначає, що франчайзинг – це комплекс правовідносин, у яких франчайзер надає комплекс своїх прав франчайзі на певний строк та за певну плату. Основною метою франчайзингу є розширення мережі, і як результат, збільшення прибутку, що є вигідним для обох сторін. Метою ж комерційної концесії є «створення нових підприємницьких структур та забезпечення довгострокового співробітництва сторін» [12]. В. С. Дмитришин відзначає, що деякі дослідники розглядають франчайзинг як особливу форму комерційної концесії. Інші ж вважають інакше, оскільки за договором франчайзингу надається право використовувати товари та послуги, а за традиційним договором комерційної концесії передаються лише права на використання об'єктів інтелектуальної власності у сфері торгівлі. Ще одна група науковців взагалі відхиляє існування комерційної концесії, залишаючи тільки франчайзинг [13, с. 201–202]. Т. В. Бачинський також притримується думки, що франчайзинг та комерційна концесія є різними поняттями. У науці вироблено американську та європейську моделі франчайзингу. Перша передбачає франчайзинг суто у бізнес-форматі, в той час як американська передбачає широкий спектр використання франчайзингу. Комерційна концесія, за словами дослідника, «це насамперед відносини купівлі-продажу товарів, які можуть передбачати також використання окремих виключних прав виробника або постачальника з подальшою передачею товарів» [14].

Висновки і пропозиції. Отже, франчайзинг та комерційна концесія мають свої особливості, які на перший погляд не є суттєвими. Схиляємось до думки, що дані поняття не є тотожними, а франчайзинг за своїм змістом є значно ширшим.

Спираючись на опрацьований матеріал ми можемо зробити власні висновки щодо розмежування франчайзингу та комерційної концесії. Вітчизняне законодавство не передбачає окремого регулювання договору франчайзингу і в нормативно-правових актах ототожнює його з комерційною концесією. Проте, опрацювавши деякі закордонні джерела, можемо припустити, що комерційну концесію лише на поверхневих загальних умовах можна ототожнювати з франчайзингом. Існування комерційної концесії як окремого виду діяльності, на нашу думку, аж ніяк не може підмінити відносини франчайзингу.

На підставі опрацьованих джерел здійснено наступне розмежування франчайзингу та комерційної концесії:

1) франчайзинг передбачає постійне співробітництво між правовласником та користувачем, тобто, протягом всього строку дії договору франчайзингу сторони ведуть тісну співпрацю з приводу ведення їхньої діяльності. На відміну від цього комерційна концесія не передбачає такого співробітництва між сторонами договору. Суть такої угоди полягає лише у передачі прав. В подальшому користувач діє самостійно, але з дотриманням умов правовласника;

2) франчайзинг можна охарактеризувати як досить затратний вид діяльності, оскільки для отримання франшизи та подальшої діяльності на її основі користувач має сплатити комісійні за отримання франшизи, періодичні платежі (роялті), платежі для ведення маркетингу, оформлення юридичної документації, підготовка персоналу та інші постійні витрати як франчайзера так і франчайзі для підтримання свого бізнесу на належному рівні та умовах, встановлених франчайзером. Для комерційної концесії законодавством передбачено тільки винагороду правовласнику за отримання права користуватися його правами. Така винагорода може бути у формі разових або періодичних платежів. В подальшому всі інші витрати несе сам користувач у випадку, якщо якісь дії, на його думку, варто зробити;

3) договір франчайзингу укладається обов'язково на певний строк, який має бути максимально обґрунтований та такий, який дасть змогу франчайзі повернути всі свої витрати, зроблені для ведення діяльності на основі франшизи. Комерційна концесія може бути встановлена як на певний строк так і без визначення строку, про що вказується в договорі;

4) франчайзинг передбачає постійну безперервну підтримку франчайзі з боку франчайзера, в тому числі і фінансову. Комерційна концесія не передбачає підтримки з боку правовласника;

5) комерційна концесія зобов'язує користувача не конкурувати з правоволодільцем, тобто, не зважаючи на те, що права є власністю правоволодільця, який за договором концесії по факту передає їх у користування за плату, правооділець та користувач здійснюють одну і ту ж діяльність на одних і тих же умовах окремо. Отже, частково користувач є обмеженим, має поступа-

тися перед правовласником. За умовами франчайзингу франчайзі та франчайзер є єдиним цілим, разом ведуть один вид діяльності. Тобто, можна припустити, що у франчайзингу користувач виступає особою, яка з власною вигодою та за власним бажанням просуває бізнес франчайзі. Отже, така організація бізнесу є вигідною для обох сторін;

6) франчайзинг передбачає безліч видів просування бізнесу, кожен з яких характеризується вузькою спрямованістю на кожну сферу діяльності, наприклад, продовольчі товари, промислові товари та інші. Комерційна концесія не передбачає розгалуження за видами діяльності, де суб'єкти мають спрямування діяльності тільки конкретно за певним видом діяльності;

7) договір франчайзингу передбачає велику кількість умов, які мають бути обов'язково вказані в договорі, оскільки вся діяльність має

бути чітко регламентованою. Комерційна концесія обов'язковими умовами має предмет договору та оплату. Більш детальних умов вітчизняне законодавство не передбачає, застосовуються загальні положення про договори;

8) за допомогою франчайзингу на ринку просуваються товари і послуги. Комерційна концесія передбачає використання лише товарів для продажу.

Таким чином, при нинішньому досить стрімкому розвитку ринкових відносин, в умовах глобалізації виникає нагальна потреба у належному нормативно-правовому регулюванні широкого спектру відносин франчайзингу, не підмінюючи їх поняттям «комерційна концесія». На нашу думку необхідно скористатися світовим досвідом регулювання подібних відносин, що надасть можливість розвивати бізнес в Україні та активно залучати іноземні інвестиції.

Список літератури:

1. Проект Закону України «Про франчайзинг» від 08.11.2011 року [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?skl=4&pf3516=8241 – Заголовок з екрану.
2. Свида І. В. Франчайзинг як форма організації бізнесу / І. В. Свида // Збірник наукових праць Черкаського державного технологічного університету. Сер.: Економічні науки. – 2009. – Вип. 24(1). – С. 191–195.
3. Barbara Beshel. An Introduction to Franchising [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://trade.gov/sabit/build/groups/public/@tg_sabit/documents/webcontent/tg_sabit_005404.pdf – Заголовок з екрану.
4. European Code of Ethics for Franchising [Електронний ресурс]. – Заголовок з екрану: <http://www.franchise-fff.com/base-documentaire/send/447-cadre-rglementaire/327-the-european-code-of-ethics> – Заголовок з екрану.
5. Податковий кодекс України від 10.09.2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2755-17> – Заголовок з екрану.
6. Franchise Fees & Royalties [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.griffith.edu.au/__data/assets/pdf_file/0006/599658/Franchise-Fees-and-royalties.pdf?bustCache=46743900 – Заголовок з екрану.
7. Федерация розвитку франчайзингу України. Про франчайзинг [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://fdf.org.ua/about-franchise> – Заголовок з екрану.
8. Кодекс етики франчайзингу України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://fdf.org.ua/about-franchise/kodeks-etiki-franchajzingu> – Заголовок з екрану.
9. Цивільний кодекс України від 19.07.2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15> – Заголовок з екрану.
10. Commercial Concession Law and Legal Definition [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://definitions.uslegal.com/c/commercial-concession/>. – Заголовок з екрану.
11. Купи успешный бизнес: пособие по франчайзингу [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <https://books.google.com.ua/books?id=jIUMOW5y-AAC&pg=PA72&lpg=PA72&dq=Правоотношения,+аналогичные+франчайзингу&source> – Заголовок з екрану.
12. Смілянecь І. П. Деякі аспекти договору франчайзингу за законодавством України / І. П. Смілянecь // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: www.apdp.in.ua/v59/69.pdf – Заголовок з екрану.
13. Дмитришин В. С. Договір комерційної концесії та договір франчайзингу. Співвідношення понять та правова природа / В. С. Дмитришин // Часопис Київського університету права. – 2010. – № 3. – С. 199–203.
14. Бачинський Т. В. До питання про договір комерційної концесії (франчайзингу) та деякі новели його реєстрації / Т. В. Бачинський // [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://science2016.lp.edu.ua/sites/default/files/Full_text_of_%20papers/vnulpurn_2014_810_39.pdf – Заголовок з екрану.

Маланчук Т.В., Виткова О.С.

Учебно-научный институт права
Сумского государственного университета

О СООТНОШЕНИИ ПОНЯТИЙ «ФРАНЧАЙЗИНГ» И «КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ» В ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ УКРАИНЫ

Аннотация

В статье рассмотрены взгляды ученых, международных организаций относительно определения понятия договора франчайзинга. Указывается на отсутствие его закрепления в национальном законодательстве. Отмечается, что большинство отечественных ученых отождествляют договор франчайзинга и договор коммерческой концессии. Приводятся взгляды ученых, которые разграничивают эти понятия. Указывается целесообразность разграничений этих договоров и необходимости закрепления договора франчайзинга в национальном законодательстве на основе опыта иностранных государств.

Ключевые слова: договор франчайзинга, договор коммерческой концессии, франчайзер, франчайзи, правообладатель, пользователь.

Malanchuk T.V., Vitkova O.S.

Educational-Scientific Institute of Law
Sumy State University

**REGARDING THE CORRELATION OF CONCEPTS «FRANCHISING»
AND «COMMERCIAL CONCESSION» IN THE LAW OF UKRAINE**

Summary

The article deals with the views of scientists, international organizations on the definition of the concept of a franchise contract. Indicates the absence of its consolidation in national legislation. It is noted that the majority of domestic scientists identify the franchise contract and the contract of commercial concession. The views of scientists who distinguish these concepts are given. It is indicated in the expediency of the delimitation of these contracts and the need to consolidate the franchise contract in national legislation on the basis of foreign experience.

Keywords: franchise contract, commercial concession contract, franchisor, franchisee, legal owner, user.