

## СУЧАСНИЙ СТАН ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ, НЕУЗГОДЖЕНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВОРУ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ)

### THE CURRENT STATE OF CIVIL-LEGAL RELATIONS ARISING FROM THE COMMERCIAL CONCESSION AGREEMENT, DISAGREEMENT ISSUES OF THE LEGAL REGULATION OF THE COMMERCIAL CONCESSION AGREEMENT (FRANCHISING)

Хомляк О.Р., магістр права

*Навчально-науковий інститут права*

*Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

**юрист**

*Товариство з обмеженою відповідальністю*

*«Компанія з управління активами «ОПКА-КАПІТАЛ»*

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-методологічних проблем регулювання франчайзингу в Україні, порівняльно-правова практика договору франчайзингу в Україні та в країнах ЄС. Питання невідповідності застосовуваної термінології в українському законодавстві та в міжнародній практиці. Проблемні питання подвійного регулювання франчайзингу – в Цивільному кодексі України та в Господарському кодексі України. Неврегульоване питання попереднього розкриття інформації щодо істотних умов франшизи. Наявність різних способів організації правових зв'язків між учасниками франчайзингової системи. Проблемне питання національної інноваційної системи на етапі трансферу інновацій у Стратегії розвитку сфери інноваційної діяльності на період до 2030 року, яку було схвалено розпорядженням Кабінету Міністрів України від 10.07.2019 р. № 526-р та визначено розбіжність щодо врегулювання відносин у сфері інтелектуальної власності між ЦК України та актами спеціального законодавства України, що регулюють зазначену сферу відносин.

Впродовж останніх років Франчайзинг набуває поширення в Україні. На сьогодні, в Україні налічується понад 800 вітчизняних франшиз, з яких найбільша частка (понад 20 %) припадає на сферу громадського харчування [1]. Серед українських франшиз такі як: «Наш Край» – франшиза мережі супермаркетів. За останні 20 років мережа активно розвивалася як географічно, так і за кількістю відкритих закладів, і сьогодні під брендом «Наш Край» – працює більше 240 торгових закладів, які обслуговують більше 5 мільйонів клієнтів на місяць. Зараз супермаркети «Наш Край» представлені у 21 регіоні України та покривають більш ніж 150 населених пунктів. «Львівська Майстерня Шоколаду» – пропонує створення шоколадних виробів ручної роботи. На сьогодні Львівська Майстерня Шоколаду представлена 49 закладами в 24 містах України. Мережа так само активно розвивається за кордоном. «Нова Пошта» – на сьогодні представлена як лідер українського ринку логістики та поштових перевезень. Сьогодні відділення Нової пошти можна зустріти практично в кожному населеному пункті України, а франчайзингова мережа представлена понад 1100 точками. «GastroFamily» – мережа закладів харчування. Зокрема, до мережі входять бренди Білий налив, БПШ (БіляшПончикШоурма), Мушля, Dogz&Burgerz та Остання барикада. Велика частка закладів працюють у форматі QSRD (ресторани зі швидким сервісом та доставлення), загалом мережа налічує понад 80 закладів.

**Ключові слова:** договір комерційної концесії, договір франчайзингу, франшиза.

The article is devoted to highlighting one of the actual theoretical and methodological problems of franchising regulation in Ukraine, the comparative legal practice of franchising contracts in Ukraine and EU countries. The issue of the inconsistency of the terminology used in Ukrainian legislation and in international practice. Problematic issues of dual franchising regulation – in the Civil Code of Ukraine and in the Economic Code of Ukraine. Unsettled issue of preliminary disclosure of information regarding essential terms of the franchise. Availability of different ways of organizing legal relations between participants of the franchise system. Availability of different ways of organizing legal relations between participants of the franchise system. The problematic issue of the national innovation system at the stage of the transfer of innovations in the Strategy for the Development of the Sphere of Innovative Activity for the Period Until 2030, which was approved by the Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine No. 526-r dated July 10, 2019, and determined the disagreement regarding the settlement of relations in the field of intellectual property between the Central Committee of Ukraine and acts of special legislation of Ukraine regulating the specified sphere of relations. In recent years, franchising has become widespread in Ukraine. Today, there are more than 800 domestic franchises in Ukraine, of which the largest share (more than 20 %) is in the field of public catering [1]. Ukrainian franchises include: «Nash Kray» – a supermarket chain franchise. Over the past 20 years, the network has actively developed both geographically and in terms of the number of open establishments, and today there are more than 240 retail establishments serving more than 5 million customers a month under the «Nash Kray» brand. Currently, «Nash Kray» supermarkets are represented in 21 regions of Ukraine and cover more than 150 settlements. «Lviv Chocolate Workshop» – offers the creation of handmade chocolate products. Today, the Lviv Chocolate Workshop is represented by 49 establishments in 24 cities of Ukraine. The network is also actively developing abroad. «Nova Poshta» – today is presented as the leader of the Ukrainian market of logistics and postal transportation. Today, Novaya poshta branches can be found in almost every settlement of Ukraine, and the franchise network is represented by more than 1,100 points. «GastroFamily» – a chain of food establishments. In particular, the chain includes the brands White Pour, BPSH (BilyashPonchikShaurma), Mushlya, Dogz&Burgerz and Last Barricade. A large share of establishments operate in the QSRD format (restaurants with quick service and delivery), in total, the network has more than 80 establishments.

**Key words:** commercial concession agreement, franchise agreement, franchise.

У сучасній правовій науці значна увага присвячена вивченню питання договору комерційної концесії та договору франчайзингу, зокрема в працях А. Афан, В. Дзері, В. Луця, В. Нагребельного, Л. Красавчикової, О. Підпригори, З. Опейди, Б. Падучак досліджено окремі питання правового регулювання інституту комерційної концесії в Україні. Проте в чинному законодавстві України надалі проблеми цивільно-правового регулювання комерційної концесії в Україні, що зумовлює необхідність більш

детального опрацювання та аналізу щодо перспектив та покращення національного законодавства регулювання договору комерційної концесії в Україні. На сьогодні існують наукові розбіжності та дискусії щодо поняття договору комерційної концесії та франчайзингу.

Розкриваючи зміст питання, передусім варто наголосити, що законодавство України не передбачає поняття франчайзинг, всі договори пов'язані з організацією, використанням готової формули, моделі бізнес-системи що

включає в себе швидкий вихід на ринок, можливість використання ділової репутації укладаються у формі договору комерційної концесії що передбачений в ст. 1115 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), за договором комерційної концесії одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати другій стороні (користувачеві) за плату право користування відповідно до її вимог комплексом належних цій стороні прав з метою виготовлення та (або) продажу певного виду товару та (або) надання послуг. Відносини, пов'язані з наданням права користування комплексом прав, регулюються ЦК України [2]. Звідси впливає наступне, поняття «франчайзинг» визначається лише науковою літературою та в міжнародній практиці, до прикладу Європейський кодекс етики франчайзингу, прийнятий Європейською Федерацією Франчайзингу [3]. «Положення про франчайзинг» Всесвітньої організації інтелектуальної власності [4], Регламент ЄС № 593/2008 [5].

Поняття франчайзинг вживається в міжнародній практиці та визначається законодавством іноземних держав, організацій. Відповідно до «Положення про франчайзинг» Всесвітньої організації інтелектуальної власності «франчайзинг – це «договір, за яким одна особа, франчайзер (правовласник), яка має розроблену систему бізнесу, дозволяє іншій особі – франчайзі – використовувати цю систему відповідно до вимог володільця франшизи в обмін на винагороду». Регламент ЄС № 593/2008 [6] визначає франчайзинг як договір, за яким франчайзер надає франчайзі за пряму або опосередковану винагороду право на використання франшизи на ринку певного типу товарів і послуг.

Кулик О. С. Визначає, що за правовою природою договір франчайзингу має комплексний характер, бо охоплює низку елементів інших дистрибуторських договорів, у тому числі ноу-хау. Предметом договору франчайзингу є право на використання об'єктів інтелектуальної власності (засобів візуалізації – торговельних марок, промислових зразків; операційних систем ведення бізнесу – винаходів, комерційної таємниці, ноу-хау та ін.), комерційного досвіду та ділової репутації [7].

В свою чергу предмет договору комерційної концесії визначається як надання правоволодільцем користувачеві прав на використання останнім у своїй підприємницькій діяльності, визначеній метою договору, комплексу належних правоволодільцю прав на об'єкти інтелектуальної власності, а саме на засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту і послуг (комерційне найменування та/або торговельні марки), промислові зразки, винаходи, комп'ютерні програми, бази даних тощо, через які об'єктивується ділова репутація останнього, комерційного досвіду та ділової репутації [8].

Звідси впливає наступне, договір Франчайзингу може містити як зареєстровані та і не зареєстровані об'єкти права інтелектуальної власності, в той час як договір комерційної концесії може містити лише зареєстровані об'єкти права інтелектуальної власності.

ЦК України та ГК України визначає поняття «комерційна концесія» що за предметом регулювання цивільно-правових та господарсько-правових відносин є схожим до визначення в міжнародному законодавстві договору франчайзингу.

Додавання прикметника «комерційна» до іменника «концесія» дозволяє зробити хибний висновок про те що комерційна концесія є різновидом концесії 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 [9]. В такому випадку термін «концесія» своїм змістом не має жодного зв'язку з франчайзингом, а саме з комерційною концесією.

Отже, дані розбіжності стосовно термінології що використовується при регулюванні цивільно-правових відносин договору комерційної концесії та договору франчайзингу потребує внесення змін у ЦК України, а саме заміну термінології договору комерційної концесії на договір франчайзингу що дозволить в значній мірі розширити предмет договору а звідси розширити права правовласників, що значним чином дозволить в певній мірі привести у відповідність норми законодавства до європейського законодавства.

Повійне регулювання договору комерційної концесії в ЦК України та ГК України спричиняє неузгодженість щодо форми договору та наслідків її недотримання. ЦК України та ГК України містять обов'язкову вимогу щодо письмової форми договору комерційної концесії. ГК України визначає в частині 1 статті 367 договір комерційної концесії повинен бути укладений у письмовій формі у вигляді єдиного документа. Недодержання цієї вимоги тягне за собою недійсність договору [10]. Звідси, чинне законодавство не надає визначення поняття «єдиний документ», на практиці виникають запитання за якою ознакою можна вважати документ який відповідає визначенню «єдиний документ», чи документ який включає повний пакет документів що стосуються організації бізнесу що включає низку договорів в тому числі договори про комерційну таємницю, що в майбутньому призведе до порушення останніх. Також договори стосовно регулювання діяльності бізнесу в майбутньому до яких можуть вноситися зміни. Питання виникають стосовно схоронності та єдності «єдиного документа» на практиці при організації бізнес-процесів практично є неможливим зберігати даний договір з усіма додатками та доповнення в єдності. Вважаю використання терміну «єдиний документ» є недоцільним.

У договорі комерційної концесії можна встановити певні обмеження, до прикладу такі обмеження щодо території, місцезнаходження комерційних чи виробничих приміщень, дизайну, оформлення, розміщення об'єктів інтелектуальної власності на таких приміщеннях, також можна встановити обмеження стосовно конкуренції та реклами. Відповідно до ч. 2 ст. 372 ГК України, передбачено що обмежувальні умови можуть бути визнані недійсними, якщо ці умови суперечать законодавству. Залишається невизначеним питання які саме про які саме умови йдеться в зазначеній статті.

Стаття 1117 ЦК України визначає, що сторонами в договорі комерційної концесії можуть бути фізична та юридична особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності. Серед науковців існує думка про те що варто доповнити ст. 1117 ЦК України зокрема науковець Паніна Ю. С., пропонує доповнити в ч. 2 ст. 1117 ЦК України та необхідно викласти у такій редакції: «Франчайзером може виступати тільки юридична особа чи фізична особа – підприємець, що функціонує більше ніж три роки, а її фінансові звіти та баланси за останні два роки підтверджують комерційну ефективність здійснюваної комерційної діяльності. Франчайзером може виступати тільки суб'єкт, який внесений до Реєстру франчайзерів України [11].

Загалом дана позиція слугує як запобіжний засіб для забезпечення від негативних наслідків недостатнього досвіду ведення даного виду господарської діяльності в першу чергу фізичну-особу підприємця та франчайзера від ризиків втрати або неотримання роялті. Проте можливість фізичної особи-підприємця виступати стороною

договору комерційної концесії є дискусійною. Вбачається, що визначальним фактором має бути не форма участі особи у господарських відносинах, а належність її відповідного комплексу прав, що може бути використаний у якості франшизи.

**Висновок.** Даною темою встановлено, що франчайзинг – це бізнес-практика, яка дозволяє франчайзинговій компанії ліцензувати свою бізнес-модель, інтелектуальну власність (наприклад, логотипи, товарні знаки та патенти) і корпоративну гудвіл іншій компанії або особі. Модель франчайзингу дозволяє компанії швидко розширюватися та є альтернативою створенню кількох локацій, які належать одній особі чи організації. Модель єдиного власника, або модель «мережових магазинів», потребує значних інвестицій від власника як під час запуску, так і протягом усього функціонування супутникових місць. Тим чином, франчайзинг дозволяє материнській компанії перекласти значну частину витрат на розширення на осіб або організації, які ліцензують права на франшизу бізнесу.

Франчайзинг (франшиза, комерційна концесія) – вид відносин між суб'єктами господарювання, коли одна сторона (франчайзер) передає другій стороні (франчайзі) за

плату право на певний вид бізнесу, використовуючи розроблену бізнес-модель його ведення. «Серцем» франчайзингу є об'єкт інтелектуальної власності (товарний знак, комерційне найменування тощо), право на використання якого франчайзер передає франчайзі.

Отже, підсумовуючи вищенаведене можна зробити висновок, що на сьогодні існує низка нерегульованих питань стосовно регулювання господарсько-правових відносин за договором комерційної концесії. Запропоновано привести у відповідність термінологію, по-перше, замінити визначальне поняття договору «комерційна концесія» на поняття «франчайзинг», замінити відповідно до договору такі поняття які визначають сторони договору «правоволоділець», «користувач на «франчайзер», «франчази». Питання стосовно регулювання цивільно-правових відносин за договором франчайзингу доцільно встановити за ГК України, оскільки франчайзинг містить ознаки господарського договору та застосовується зазвичай у підприємницькій діяльності. Таким чином, встановлення регулювання господарсько-правових відносин за ГК України дозволить виключити неузгодження які на сьогодні виникають між ЦК України та ГК України.

#### ЛІТЕРАТУРА

1. Франчайзинг: виставка успішних франшиз / URL: <http://franchising.euroindex.ua/> (дата звернення: 28.02.2016).
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Голос України*. 2003. 12 березня.
3. European Code of Ethics for Franchising & its national Extensions & Interpretations. *European Franchise Federation*. – 38 с. – С. 4. П. 2020.
4. Регламент (ЄС) N 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань» 2008. 17 червня.
5. Величко О. В. Правова природа франчайзингу: *Наукові записки НаУКМА*. – 2002 – Том 20; Спеціальний випуск: у двох частинах. Частина 2. – С. 323–324.
6. Регламент (ЄС) N 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань» 2008. 17 червня.
7. Кулик О. С. Правове регулювання державної реєстрації договору комерційної концесії. *Правове регулювання економіки*: № 9. С. 180. 2009.
8. Розгон О. В. Предмет договору про передачу ноу-хау як виду договору у сфері трансферу технологій. *Право та інновації*: № 2. С. 29–34. 2019.
9. Про концесії : Закон України від 16.07.1999 № 997-XIV від 15.10.1999. 15 жовтня.
10. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 436-IV. *Голос України* від 2003. 14 березня.
11. Паніна Ю. С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня д-ра юр. наук. Ужгород, 2017.