

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ФРАНЧАЙЗИНГУ¹

Дмитришин В. С. – к.ю.н., доцент, докторант кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «Одеська юридична академія», заступник голови Державної служби інтелектуальної власності України²

Наразі в багатьох країнах світу набула поширення особлива форма комплексного ліцензування, згідно з якою можуть використовуватись як зареєстровані, так і незареєстровані об'єкти інтелектуальної власності. Це договір про франчайзинг (англ. franchise) або договір комерційної концесії (англ. contract of commercial concessin) — цивільно-правовий договір, відповідно до якого одна сторона (власник прав) зобов'язується надати іншій стороні (користувачу) за винагороду на певний строк або без указівки на строк право використовувати в підприємницькій діяльності користувача комплекс виключних прав, що належать їх власнику, у тому числі право на фірмове найменування і (або) комерційне позначення власника, комерційну інформацію, що охороняється (ноу-хау), а також на інші передбачені договором об'єкти інтелектуальної власності — торговельну марку, знак обслуговування тощо [1].

В Цивільному кодексі України під договором комерційної концесії розуміється такий договір, за яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати іншій 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 [2]. Відповідно до Господарського кодексу України, комерційна концесія – це договір, за яким одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати іншій стороні (користувачеві) на строк або без визначення строку право використання в підприємницькій діяльності користувача комплексу прав, належних правоволодільцеві, а користувач зобов'язується дотримуватися умов використання наданих йому прав та сплатити правоволодільцеві обумовлену договором винагороду [3].

Виходячи з практики, ліцензії на використання прав інтелектуальної власності, за критерієм правового статусу ліцензованого об'єкта, прийнято поділяти на патентні, безпатентні та комплексні (або гібридні) ліцензії. Так під патентною ліцензією розуміються договори про передачу прав на використання об'єктів промислової власності, які компетентний державний орган визнав охороноздатними і які охороняються відповідним охоронним документом (патентом або свідоцтвом). Безпатентна ліцензія — це ліцензійна угода, за якою ліцензуються права на об'єкти, які або згідно з законодавством не є патентоспроможними (комерційна таємниця, ноу-хау), або об'єкти промислової власності, на які або ще не подані патентні заявки, або заявки вже подані, але патенти ще не отримані, або які з різних причин правоволоділець не вважає за потрібне реєструвати.

Що стосується комплексної (або гібридної) ліцензії, то за цим видом ліцензійного договору ліцензіат отримує право на використання як об'єктів промислової власності, які захищені охоронними документами, так і таких, які не захищені. За своїм змістом договір франчайзингу саме і є такою комплексною ліцензією.

Загалом, правовідносини франчайзингу мають чітко виражений територіальний характер. В основному франшиза надається певному суб'єкту господарювання, який є резидентом певної країни. Проведений аналіз законодавства країн, що визначають територіальну франшизу, дозволяє визначити територіальну франшизу як угоду, по якій одна сторона – франчайзер – надає право іншій стороні – франчайзі – відкривати на визначеній території більше одного підприємства, у якому експлуатується франшиза. Територіальна франшиза, як правило, передбачає зобов'язання франчайзі

¹ Дмитришин В.С. Міжнародний досвід правового регулювання відносин у сфері інтелектуальної власності // Актуальні проблеми держави і права. – 2010. – Вип. 53. – С. 456-463.

² Збережено первинне оформлення.

бути власником усіх відкритих на закріпленій за ним території франчайзингових підприємств. Таке зобов'язання обумовлене необхідністю збереження конфіденційної інформації по франшизі. Беручи до уваги те, що вступ франчайзі у франчайзингову мережу передбачає сплату вступного внеску, можна констатувати, що фактично франчайзі платить за право відкрити франчайзингове підприємство. По територіальній франшизі франчайзі одержує право відкрити більше одного підприємства, і тому його вступний внесок становить суму, кратну кількості запланованих до відкриття підприємств.

Відкриття на наданій території визначеної кількості франчайзингових підприємств передбачає від франчайзі значного інвестування, що не завжди можливо. Відсутність коштів не дає можливості відкривати нові підприємства, а значить, нарощувати збут товарів і одержувати заплановані доходи. Необхідність рішення цієї проблеми була основою для подальшої модифікації франшизи, результатом чого стало об'єднання звичайної і територіальний франшиз. Результатом такого об'єднання стала розробка теорії генеральної франшизи. Відповідно до цієї теорії франчайзер у новій країні призначає франчайзі, що фактично виконує функції франчайзера. Тобто цей «головний» (master) франчайзі навчає інших франчайзі методам ведення підприємницької діяльності франчайзера, контролює їхню діяльність, дає рекомендації по поліпшенню діяльності і т.п. Беручи до уваги, що генеральна франшиза базується на територіальній, головний франчайзі завжди одержує визначену територію для своєї діяльності. Таким чином, генеральна франшиза, що також визначають як мастер-франшиза, являє собою угоду між однією стороною – франчайзером і іншою стороною – генеральним франчайзі, якого іноді визначають як субфранчайзі, по якому субфранчайзі надане право не тільки самостійної експлуатації франшизи, а і подальшого продажу франшизи від імені чи в інтересах франчайзера.

Чинне законодавство України також передбачає застосування таких схем мастер-франшизи. Стаття 1119 ЦК України встановлює, що у випадках, передбачених договором комерційної концесії, користувач може укласти договір комерційної субконцесії, за яким він надає іншій особі (субкористувачу) право користування наданим йому правоволодільцем комплексом прав або частиною комплексу прав на умовах, погоджених із правоволодільцем або визначених договором комерційної концесії.

Треба зазначити, що на відміну від визначення територіальної франшизи, визначення генеральної франшизи застосовується лише в окремих законодавчих актах штатів США. Так, наприклад, визначення, дане в Кодексі корпорацій штату

Каліфорнія, передбачає, що франшиза означає контракт або угоду, виражену або передбачувану, усну або письмову, між двома чи більше особами, за якою: франчайзі надається право брати участь у підприємницькій діяльності з пропозиції, продажу або збуту товарів і послуг відповідно до маркетингового плану чи системи, запропонованої у значній частині франчайзером; і провадження підприємницької діяльності франчайзі згідно з таким планом або системою значною мірою асоціюється з торговельною маркою, маркою на послуги, торговельним найменуванням, логотипом, рекламою або іншими комерційними символами франчайзера чи його дочірніх підприємств; і франчайзі зобов'язаний сплатити, прямо або опосередковано, франчайзинговий платіж.

Зважаючи на це, можна зробити висновок, що у випадку класифікації франшизи по територіальному принципу можна виділити звичайну і територіальну франшизи. У разі класифікації франшизи по характеру прав і обов'язків, що передаються франчайзі, можна виділити звичайну і генеральну франшизи. Якщо ж класифікація франшизи здійснюється по правовому режиму використання об'єктів права інтелектуальної власності, можна виділити звичайну, виняткову й одиничну франшизи, дещо за аналогією з передбаченою ст. 1108 ЦК України класифікацією ліцензій на використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Винятковою франшизою називається франшиза, по якій франчайзі одержує виключне право на експлуатацію франшизи на визначеній території. Можна сказати, що територіальна і генеральна франшизи завжди бувають винятковими. Одинична франшиза, - по якій не тільки франчайзі, але і франчайзер мають право експлуатації франшизи на визначеній, наданій франчайзі, території.

Незважаючи на переваги франчайзингу з економічної точки зору і факт його перетворення з методу збуту товарів у специфічний метод ведення підприємницької діяльності, досить невелика кількість країн (деяким більше 10) регулюють франчайзингові правовідносини спеціальними нормативними актами. Виходячи з аналізу законодавства країн, що тим чи іншим чином регулюють франчайзингові правовідносини, таке правове регулювання можна класифікувати на такі групи:

- країни, що регулюють франчайзингові правовідносини як окремий вид цивільно правових відносин;
- країни, що регулюють франчайзингові правовідносини переважно з погляду можливого порушення антимонопольного законодавства;
- країни, що регулюють франчайзингові правовідносини як підвид ліцензійних правовідносин;

- країни, що регулюють франчайзингові правовідносини з погляду інвестиційного законодавства;

- країни, у яких франчайзингові правовідносини розглядаються як торгіві;

- країни, у яких регулювання франчайзингу здійснюється громадськими організаціями (асоціаціями) на добровільних засадах.

Наведена класифікація є досить умовною, тому що франчайзингові відноси ни являють собою складні чи, як вони називаються в Російській Федерації, комплексні правовідносини, що підпадають під регулювання законодавством у різних галузях права.

Незважаючи на наявність різних підходів, спільним у визначенні франшизи чи франчайзингового договору є посилання законодавців на обов'язкове використання зобов'язаною стороною способів індивідуалізації і ноу-хау правоволодільця, а також оплатність франчайзингових правовідносин. Усі країни, що так чи інакше регулюють франчайзингові правовідносини, підкреслюють, що робота зобов'язаної сторони відбувається по визначеному маркетинговому плану чи ноу хау правоволодільця.

При вивченні франчайзингу цікавим є також досвід уніфікації норм, розроблених франчайзинговими асоціаціями, які створені у багатьох країнах для захисту своїх інтересів, а також створення умов, що сприяють розвитку франчайзингу. Такі асоціації можуть поєднувати франчайзерів або франчайзі чи тих і інших. Такі франчайзингові асоціації розробляють так називані Кодекси поведження, у яких, як правило, дається визначення франчайзинга, а також у тій чи іншій мірі визначаються права й обов'язки франчайзерів і франчайзі, визначається перелік інформації по франшизі, що франчайзер розкриває до підписання франчайзингового договору.

Так само, як і на рівні національного законодавчого регулювання франчайзинга, серед асоціацій немає єдиного підходу у визначенні франчайзинга. Так, наприклад, Міжнародна франчайзингова асоціація, що є по суті асоціацією франшизиарів у США, дає таке визначення: «Франчайзингова операція — це договірне правовідношення між франчайзером і франчайзі, у якому франчайзер пропонує чи приймає на себе зобов'язання підтримувати триваючу зацікавленість у підприємницькій діяльності франчайзі у таких областях, як ноу-хау і навчання; у той час, як франчайзі працює під загальним торговим найменуванням, форматом і/чи процедурою, який володіє чи яку контролює франчайзер, і по який франчайзі вніс чи внесе значні грошові інвестиції у своє власне підприємство зі своїх власних джерел» [4].

Британська франчайзингова асоціація дає більш широке визначення франчайзингу. Асоціація встановлює, що договірна ліцензія, надана однією особою (франчайзером) іншій особі (франчайзі), яка:

- дозволяє чи вимагає від франчайзі вести протягом терміну дії франшизи визначений вид підприємницької діяльності під чи з використанням специфічного найменування, що належить чи асоціюється з франчайзером;

- надає право франчайзеру здійснювати постійний контроль протягом терміну дії франшизи способом, за допомогою якого франчайзі веде свою підприємницьку діяльність, що є предметом франшизи;

- зобов'язує франчайзера надавати франчайзі допомогу у веденні його підприємницької діяльності, що є предметом франшизи (у відношенні організації бізнесу франчайзі, навчання його персоналу, керування і т.п.);

- зобов'язує франчайзі періодично протягом терміну дії франшизи сплачувати франчайзеру плату за надання франшизи за товари або послуги, надані франчайзером франчайзі;

- не є угодою між холдинговою компанією і її дочірнім підприємством, між дочірніми підприємствами тієї ж самої холдингової компанії чи між фізичною особою і компанією, що контролюється останнім [5].

Відповідно до визначення Франчайзингової асоціації Німеччини, франчайзинг — це вертикально організована система по продажу юридично незалежних підприємств, заснована на договірних триваючих правовідносинах, що є присутнім на ринку в цілому, що характеризується загальною програмою ви конання системи партнерами, а також системою інструкцій і контролю для забезпечення єдиного поведження відповідно до системи.

Операційна програма франчайзера — це франчайзинговий пакет; він складається з купівельної, продажної й організаційної концепції, використання захищених прав, навчання франчайзі і триваючої ефективної допомоги франчайзера франчайзі.

Франчайзі працює від свого власного імені і за свій власний рахунок; він має право і зобов'язаний використовувати франчайзинговий пакет в обмін на виплату винагороди. Як свій власний внесок він надає роботу, капітал і інформацію в розпорядження франчайзера [6].

Європейська франчайзингова федерація, що є федерацією національних франчайзингових асоціацій, заснованих практично в усіх європейських країнах, прийняла загальний Кодекс етичного поведження, що тією чи іншою мірою

використовується всіма національними асоціаціями. Зазначений Кодекс ви значає, що:

«Франчайзинг – це система збуту товарів і/чи послуг і/чи технології, що заснована на тісному і триваючому співробітництві між юридично і фінансово незалежними підприємцями, франчайзером і індивідуальним франчайзі, у якій франчайзер надає індивідуальному франчайзі право і покладає обов'язок вести підприємницьку діяльність відповідно до концепції франчайзера. Право уповноважує і зобов'язує індивідуального франчайзі, в обмін на пряму чи опосередковану винагороду, використовувати торгове найменування і/чи торгову марку і/чи марку для послуг, ноу-хау (паKET незапатентованої інформації, що з'явилася у результаті досвіду і тестування франчайзера, яка є таємною, значною і визначною), ділові і технічні методи, процесуальну систему й інші права промислової і/чи інтелектуальної власності, що супроводжуються тривалим наданням комерційної і технічної допомоги в межах структури і термінів письмової франчайзингової угоди, укладеної сторонами для цих цілей.

«Таємна» означає, що ноу-хау як цілий пакет чи у визначеній конфігурації своїх компонентів не є широко відомим чи легко досяжним. Таке визначення, однак, не обмежене вузьким сенсом, що кожен індивідуальний компонент ноу хау не може бути взагалі відомий чи таким, який неможливо одержати при веденні іншої, ніж франчайзер, підприємницької діяльності.

«Значна» означає, що ноу-хау включає інформацію, що має важливе значення для продажу товарів чи надання послуг кінцевим споживачам, зокрема, для представлення товарів до продажу, виробництва товарів у зв'язку з наданням послуг, методів роботи зі споживачем і адміністративним і фінансовим менеджментом. Ноу-хау повинне бути корисним для франчайзі і таким, що на дату підписання договору поліпшує конкурентоспроможність франчайзі, зокрема, поліпшує можливості презентабельності франчайзі чи допомагає йому зайняти новий сегмент ринку.

«Визначена» означає, що ноу-хау повинне бути описане достатньо зрозумілим чином, щоб можна було впевнитися, що воно відповідає критеріям таємності і значущості. Опис ноу-хау може бути зроблено або у франчайзинговій угоді або в окремому документі чи записано будь-яким іншим прийнятним способом» [7].

Як випливає з зазначеного, визначення, надане Європейською франчайзинговою федерацією, найбільш повною мірою відображає суть такого правового явища, як франчайзинг.

Питання про інформацію, що підлягає розкриттю по франшизі, вирішується кожною асоціацією

по різному. Як правило, кодекси поведіння франчайзингових асоціацій не містять детальних переліків інформації, що підлягає обов'язковому розголошенню.

Наприклад, Міжнародна франчайзингова асоціація, створена в США, вказує на наявність твердого і детального регулювання франчайзинга в США як на федеральному рівні, так і на рівні окремих штатів, і внаслідок цього вона вважає, що достатньою умовою виконання вимог про розкриття інформації є дотримання встановлених законодавством вимог. Відповідно, жодних додаткових вимог у відношенні обсягу інформації, що повинна бути розкрита, дана асоціація не встановлює.

Європейська франчайзингова федерація передбачає, що для того, щоб потенційний індивідуальний франчайзі міг підписати будь-який зобов'язуючий його документ з повним усвідомленням, йому повинна бути надана копія дійсного Кодексу етики, а також повне й акуратне письмове розкриття всієї інформації, що є істотною для франчайзингових правовідносин. Така інформація повинна бути надана протягом розумного строку до підписання зобов'язуючих документів. Якщо франчайзер зобов'язує кандидата в індивідуальні франчайзі підписати договір про наміри, повинні бути дотримані такі принципи:

- до підписання будь-якого договору про наміри кандидату в індивідуальні франчайзі повинна бути подана письмова інформація про цілі договору, а також розмір винагороди, яку він повинен буде сплатити франчайзеру для покриття дійсних витрат франчайзера, понесених протягом і у відношенні договору про наміри. Якщо франчайзинговий договір підписаний, зазначена винагорода повинна бути компенсована франчайзі чи зарахована у рахунок можливого вступного внеску, що підлягає обов'язковій оплаті індивідуальним франчайзі;

- договір про наміри повинен визначати умови і включати застереження про припинення;

- франчайзер має право включати застереження про заборону конкуренції і розголошення комерційної інформації для захисту свого ноу-хау і репутації.

На підставі вищезазначеного, аналіз регулювання франчайзингових право відносин у різних юрисдикціях дозволяє дійти таких висновків:

- країни, які регулюють на законодавчому рівні франчайзингові правовідносини, не мають єдиного підходу стосовно галузі права, що регулює такі правовідносини;

- країни англо-американської правової системи визначають, у першу чергу, поняття «франшизи», що розглядається як договір, не визначаючи окремо поняття «франчайзингового договору»;

- країни континентального права визначають як поняття «франчайзингово го договору», так і поняття «франшизи». При цьому поняття «франшизи», визначене в країнах континентального права, суттєво відрізняється від цього поняття, визначеного в країнах англо-американської правової системи;

- за визначенням правовідносин комерційної концесії, наданим в ст. ст. 1115-1116 ЦК України, це – класичні правовідносини франчайзингу, тобто комплексної ліцензії на використання як зареєстрованих, так і незареєстрованих об'єктів інтелектуальної власності. Враховуючи зазначене, було б доцільним в законодавстві України окремо визначити та регламентувати договори франчайзингу і окремо – договори комерційної концесії.

ЛІТЕРАТУРА

1. Мироненко Н. Товарні знаки: практика правової охорони / Н. Мироненко, О. Карпенко // Інтелектуальна власність. — 1999. — №3-4. — С. 21.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 15 січ. 2003 р. № 435-ІУ // Офіційний вісник України. — 2003. — №11. — Ст. 461.
3. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січ. 2003 р. № 136-ІУ // Офіційний вісник України. — 2003. — № 11. — Ст. 162.
4. Union Law Review. UNIDROIT. 1985. Vol. 1. P. 199. (International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). — Режим доступу : <http://ulr.uuiidroit.org/>
5. Union Law Review. Режим доступу : [http://vi\]r.unidroit.orgdynasite.cfrn?dssid-4209&dsrnid-02203&dspaid=0&id=l I88&aotion=show entry](http://vi]r.unidroit.orgdynasite.cfrn?dssid-4209&dsrnid-02203&dspaid=0&id=l I88&aotion=show entry).
6. Union Law Review. UNIDROIT. 1985. Vol. I. P. 203. — Режим доступу : http://ulr.unidroit.org/ dyuasite.cfm?dssid-42698&dsmid-02203&dspaid-0&id- 1 &aetion-show_enlries.
7. Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT. Study LXVIII. Rome. April 1994. European Franchise Federation. European Code of Ethics for Franchiding. — P. 134 135.

Стаття опублікована у збірнику наукових праць «Актуальні проблеми держави і права». – 2010. – Вип. 53. – С. 456-463.