

УДК 346.3

Катерина Намака,*студент магістратури кафедри господарського права**Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

РИЗИКИ СТОРІН У ДОГОВОРІ ФРАНЧАЙЗИНГУ ТА ПРАВОВІ СПОСОБИ ЇХ МІНІМІЗАЦІЇ

Стаття присвячена сучасному стану ризиковості відносин, що виникають із договору франчайзингу. Здійснено аналіз причин та наслідків виникнення ризиків, запропоновані способи їх мінімізації. На основі проведеного дослідження здійснена класифікація ризиків у відносинах франчайзингу та запропоновані зміни до законодавства в частині регулювання цього інституту.

Ключові слова: франчайзинг, франчайзер, франчайзі, ризики, мінімізація ризиків.

Постановка проблеми. Бізнес-модель на основі відносин франчайзингу у всьому світі вже давно вважається однією з найбільш ефективних та рентабельних. Цей інструмент використовується у більшості сфер економіки – від готельно-ресторанного бізнесу та торгівлі до сфери медичного обслуговування. Франчайзинг набирає популярності і в Україні, що можна пояснити його перевагами порівняно з іншими формами підприємницької діяльності. Договір франчайзингу є давнім інструментом, який дозволяє розвиватись як великому, так і малому бізнесу з оптимальним співвідношенням капіталовкладень та ризиків. Попри очевидні переваги, проблемним питанням залишається ризиковість відносин суб'єктів підприємництва, які виникають на основі такого договору, що зумовлено, зокрема, особливостями його укладення та виконання.

Аналіз останніх досліджень. Ризиковість франчайзингових відносин вже була предметом дослідження таких вчених, як М.П. Войнаренко, А.В. Круглянок, В.А. Луппа, З.Й. Опейда, Ю.С. Паніна, К.В. Романчук та ін. Проте питання мінімізації ризиків для підприємців, що вступають у відносини на основі договору франчайзингу, залишається малодослідженим. Крім того, цей інструмент є відносно новим для українського бізнес-середовища явищем, який розвивається та змінюється, і тому потребує нових досліджень.

Метою статті є виявлення та аналіз ризиків, що виникають під час здійснення підприємницької діяльності сторін франчайзингового договору в Україні, причин їх наявності та правових шляхів мінімізації.

Виклад основного матеріалу. 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» [1]. Українськими вченими-економістами франчайзинг зазвичай розглядається крізь призму форми співробітництва, проте у вітчизняній юридичній доктрині цей термін використовується для позначення договірної конструкції. Отже, під франчайзингом у контексті нашого дослідження розуміємо відплатний договір, за яким одна сторона (франчайзер) передає іншій стороні (франчайзі) комплекс належних йому прав, на основі яких інша сторона здійснює підприємницьку діяльність.

Законодавство іноземних держав оперує саме термінами «франчайзинг», «франчайзер», «франчайзі», в українському законодавстві така термінологія не закріплена, натомість використовуються поняття «комерційна концесія», «правоволоділець», «користувач» відповідно. Детально не зупиняючись на особливостях вказаних понять, зазначимо, що у вітчизняних юридичних дослідженнях є дві позиції щодо їх співвідношення: 1) комерційна концесія розуміється як більш вузьке поняття, ніж франчайзинг (І. Рикова, Я. Сидоров); 2) ці поняття ототожнюються (З. Опейда, А. Афан, О. Новосельцев) [2, с. 155–156]. Згідно з офіційним тлумаченням, викладеним у листі Державного комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 11.02.2004 № 761, термін «комерційна концесія» використовується в українському законодавстві на позначення правовідносин, які регулюються договором франчайзингу, тобто вказані поняття ототожнюються [3]. Такого висновку доходять і більшість науковців, наполягаючи на необхідності уніфікації понять. Тож у нашому дослідженні будемо використовувати ці терміни як однакові за змістом.

Значна популярність ведення бізнесу на основі франчайзингових відносин пояснюється перевагами та більшими перспективами порівняно зі створенням бізнесу «з нуля». Так, основні переваги франчайзі полягають в економії часу і ресурсів на вивчення ринку та завоювання прихильності споживача, адже використовується вже готова бізнес-модель, популярність бренду, торгова марка франчайзера, стратегія розвитку, база клієнтів, що вже знайомі з відповідною продукцією (послугами). Крім того, франчайзі отримує підтримку та консультування з боку франчайзера, адже останній зацікавлений в успішності діяльності франчайзі. Для правоволодільця основна перевага полягає у розширенні бізнесу, в тому числі і виході на міжнародний ринок, без значних капіталовкладень, з можливістю контролювати користувача та отримувати регулярний дохід. Крім того, франчайзинг є економічно вигідним для держави, бо створює нові робочі місця.

Попри привабливість можливостей, які надає використання франшизи, для сторін договору франчайзингу водночас виникають і певні ризики. Деякі з них супроводжують будь-яку підприємницьку діяльність та пов'язані з нестабільністю української економіки, недостатнім розвитком ринку, несприятливим інвестиційним кліматом тощо. На ризиковість франчайзингових відносин впливає також недосконале правове регулювання. У світі цей інститут регулюється спеціалізованими нормативно-правовими актами. В Україні ж відносини франчайзингу (комерційної концесії) регулюються главою 36 Господарського кодексу України (далі – ГК України) [4], главою 78 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) [5] та законодавством про захист інтелектуальної власності. Крім того, в деяких положеннях ГК України та ЦК України є розбіжності, внаслідок яких можуть виникнути проблеми під час їх практичної реалізації. Проте більшість ризиків франчайзингових відносин пов'язані саме з особливостями укладання, виконання та припинення дії договору.

Варто відзначити, що ризики виникають ще на стадії, яка передує укладенню договору комерційної концесії. Так, у світі франшизу продавати можна лише після апробації ведення бізнесу за цією франшизою [6]. Наприклад, у США хоч і немає прямої вимоги апробації бізнесу, проте через обов'язкове переддоговірне розкриття інформації франчайзі знає, якщо франшиза не апробована під час прийняття рішення про співпрацю. У деяких країнах (наприклад, Італія, Великобританія) тестування франшизи передбачено в законодавстві або в кодексах етики франчайзингу [7].

В Україні ж відсутнє пряме закріплення вимоги апробації бізнесу перед продажем франшизи. Внаслідок цього франчайзер часто пропонує франшизу бізнесу, що не довів свою комерційну вигідність та навряд чи принесе прибуток іншій стороні. Якщо потенційний франчайзі погодиться на співробітництво на основі такої франшизи, для нього виникає ризик фінансових втрат у майбутньому в процесі реалізації прав за договором франчайзингу. Проте, оскільки за українським законодавством предметом договору комерційної концесії є комерційний досвід, ділова репуґація, то можна зробити припущення про непряму вимогу передавати саме апробовану франшизу.

Ситуація ускладнюється відсутністю регулювання переддоговірної стадії франчайзингових відносин. Переддоговірне розкриття визначеного переліку інформації є поширеною практикою у країнах Європейського Союзу (Франція, Італія, Бельгія, Іспанія, Румунія, Швеція та ін.). Наприклад, в італійському законодавстві закріплені обов'язок розголошення інформації (а саме: інформації щодо франчайзера, в тому числі фірмове найменування і статутний капітал та (на прохання потенційного франчайзі) копія фінансової звітності за останні три роки; детальної інформації про товарні знаки; короткого опису бізнесу, що є предметом франшизи; списку франчайзі, які в даний час працюють у франчайзинговій мережі) за 30 днів до моменту укладення договору франчайзингу. В Іспанії франчайзер повинен за 20 днів до укладення договору надати франчайзі всю інформацію, що міститься у реєстрі франчайзерів, зокрема назви та адреси компаній, які входять до франчайзингової мережі, інформацію про реєстрацію та статутний капітал; ліцензію на використання будь-якого товарного знаку; дату реєстрації та основні етапи створення і розвитку франчайзингової мережі; зміст і опис основних характеристик франшизи, у тому числі загальне пояснення бізнес-моделі, що виступає предметом франшизи, спеціальні характеристики «ноу-хау»; оцінку всіх необхідних інвестицій і витрат для того, щоб розпочати бізнес [8].

В окремих країнах порушення обов'язкових вимог щодо переддоговірного розкриття інформації навіть тягне за собою визнання договору франчайзингу недійсним, а також право франчайзі на відшкодування усіх завданих збитків [7]. В Україні відсутнє законодавче закріплення такого обов'язку, тому фактично така інформація може надаватись, коли договір вже укладено. Це спричиняє невідгідне становище потенційного франчайзі, оскільки він позбавлений

реальної можливості здійснити необхідні розрахунки та визначити інвестиційну привабливість укладення договору франчайзингу залежно від своїх очікувань. На практиці сторони майбутнього договору проводять переговори та попередньо надають узгоджену ними інформацію. Однак для реального вирішення проблеми та захисту потенційного франчайзі від ризиків, пов'язаних із ненаданням інформації франчайзером на переддоговірній стадії, необхідно у законодавстві закріпити обов'язок франчайзера надавати чіткий перелік інформації, зокрема, щодо фінансового стану, наявності ліцензій, переліку франчайзі, що вже працюють у франчайзинговій мережі, розрахунок всіх інвестиційних витрат тощо.

Після укладення договору комерційної концесії виникають ризики для обох сторін. ЦК України у ст. 1120 [5] та ГК України у ст. 370 [4] передбачають обов'язок правоволодільца передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну користувачеві для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінструктувати користувача і його працівників з питань, пов'язаних зі здійсненням цих прав. Предметом договору є право на використання об'єктів права інтелектуальної власності (торговельних марок, промислових зразків, винаходів, творів, комерційних таємниць тощо), комерційного досвіду та ділової репутації [5]. Отже, укладаючи договір, франчайзер завжди ризикує через можливість недобросовісного використання франчайзі переданих прав. Нерідкими є випадки, коли укладення договору здійснюється лише з метою отримання доступу до стратегії розвитку бізнесу, клієнтської бази, маркетингових інструментів, IT-системи та ін. для подальшого неправомірного використання (наприклад, «злиття» інформації конкурентам чи використання для розвитку власного бізнесу).

Наведемо приклади захисту репутації бренду від неправомірного використання переданих прав у світі. Так, компанії Coca-Cola, Pepsi тримають у суворому секреті рецептуру свого напою і постачають франчайзі один із компонентів, без якого неможливе його приготування, у вже готовому стані. Компанія «МакДональдз» у франчайзингових договорах передбачає вимогу переходу права власності на підприємство франчайзі до мережевої компанії у разі порушення договору, зокрема розкриття інформації про ноу-хау [9, с. 181]. А деякі компанії, зокрема Starbucks, взагалі не практикують продаж франшиз, щоб мінімізувати ризики для репутації бренду.

Тому підтримуємо думку, що потрібно встановлювати певні обмеження для франчайзі у разі передачі вищезазначених прав. Наприклад, у разі передачі унікального обладнання треба обмежити доступ користувача до технічної документації; надане програмне забезпечення слід захистити від несанкціонованого доступу, копіювання й розмноження програмними або технічними засобами; не варто розкривати користувачеві повну стратегію розвитку бізнесу й конкретні маркетингові або рекламні плани [10, с. 218]. Також вважаємо доцільним передбачити у законодавстві обов'язок укласти договір про нерозголошення інформації, переданої відповідно до договору франчайзингу.

Наступною проблемою, що потенційно створює ризик для франчайзера, є передбачена ЦК України нікчемність умови договору, відповідно до якої правоволоділець має право визначати ціну товару (робіт, послуг), передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни [5]. Таке положення викликає суперечність, адже унеможливує встановлення єдиної цінової політики для всіх франчайзі. Особливо негативні наслідки таке положення може мати у разі, якщо на одній території діють кілька франчайзі. Тому заборона регулювання ціни правоволодільцем може потягнути за собою зловживання з боку франчайзі щодо завищення чи заниження ціни з метою отримання вищого прибутку. Це, у свою чергу, негативно впливатиме на репутацію бренду [2, с. 159]. Тому вважаємо доцільним виключити наведені положення із ЦК України.

Одним із найбільш суттєвих є ризик неотримання бажаного прибутку франчайзером. Приймаючи рішення про розширення бізнесу через застосування інструменту франчайзингу, правоволоділець здійснює попередні розрахунки рівня очікуваного прибутку. Проте, якщо сума належних виплат залежить від розміру прибутку франчайзі, недобросовісний франчайзі може спробувати приховати реальний прибуток від діяльності.

У такому випадку треба вирішувати цю проблему шляхом запровадження регулярного аудиту ведення господарської діяльності франчайзі, застосування гнучкої системи внесення франчайзингових платежів, відстрочки або тимчасового зниження додаткових виплат з одночасним посиленням контролю за роботою франчайзі [10, с. 219]. Також заходом мінімізації такого ризику є встановлення фіксованого розміру роялті у договорі.

Правоволоділець завжди ризикує своєю репутацією через невиконання франчайзі всіх вимог щодо якості та сервісу, адже споживач

не асоціює конкретний заклад чи підприємство з окремим користувачем франшизи. Тому у разі виникнення проблем із, наприклад, обслуговуванням, страждає репутація всієї мережі. Законодавством передбачена субсидіарна відповідальність за невідповідність якості товарів (робіт, послуг), які продаються (виконуються, надаються) франчайзі, та солідарну відповідальність за вимогами, що заявляються до франчайзі як виробника продукції (товарів) франчайзера. Наприклад, минулого року трапився інцидент в одному із закладів франчайзингової мережі «Львівська майстерня шоколаду», а саме невідповідність заявленої ваги десерту фактичній. Власник закладу (франчайзі) посилався на те, що все готується за технологією, що надана франчайзером. Останній публічно перепросив клієнта за такий інцидент та пообіцяв розібратись із ситуацією, зазначивши, що закладу загрожують санкції за невиконання технологічних вимог приготування страв. Як бачимо, обидві сторони заперечували свою вину, і через невідповідність діяльності франчайзі вимогам франчайзера репутація бренду постраждала.

Переходячи до аналізу ризиків для іншої сторони договору франчайзингу, насамперед звернемо увагу на ризик для франчайзі втратити можливість самостійно приймати рішення щодо управління. Зазвичай у договорі франчайзингу передбачений обов'язок франчайзі узгоджувати всі рішення з правоволодільцем чи уповноваженою ним особою, що, відповідно, позбавляє ці відносини елементу ініціативності з боку франчайзі, адже він має діяти «за інструкцією».

Втім, такий підхід не завжди виправданий. Наприклад, рекламні кампанії, які провадить правоволодільць, можуть не мати належного ефекту для франчайзі. Успішне функціонування всієї франчайзингової мережі потребує врахування інтересів всіх учасників [10, с. 220]. Неefективність жорсткого контролю за прийняттям рішення франчайзі вже була доведена на практиці. Наприклад, Chicken Delight (мережа ресторанів швидкого обслуговування у США) припинила своє існування внаслідок масової серії позовів з боку франчайзі, яким франчайзер намагався нав'язати економічно неприйнятне рішення [11, с. 111]. Тому належним заходом для мінімізації такого ризику є надання можливості франчайзі самостійно приймати деякі рішення, коригувати запропоновану франчайзером стратегію розвитку відповідно до об'єктивних потреб свого бізнесу, вирішувати оперативні господарські питання без узгодження з франчайзером.

Ризик, пов'язаний із недобросовісністю франчайзера, виникає у разі продажу бага-

тьох франшиз в межах невеликої території, що веде до підвищення рівня конкуренції та зниження прибутків. Законодавство передбачає, що в договорі може бути передбачена територія поширення франшизи, тому для мінімізації цього ризику франчайзі, укладаючи договір, варто вимагати включення умови про його виключні права щодо володіння франшизою на конкретній території.

Франчайзі зазвичай обмежений у праві на вибір постачальників та суб'єктів, що обслуговують діяльність франчайзі, особливо якщо йдеться про франшизу в межах однієї країни. Дбаючи про свою репутацію, франчайзер буде вимагати, щоб франчайзі користувався послугами визначених постачальників. На перший погляд усе логічно. Однак не слід забувати про можливість зловживань з боку франчайзера. Трапляються випадки, коли опосередковано постачальник є залежним від правоволодільця або ж останній отримує вигоду (процент) від прибутку постачальника. У такому випадку обов'язок франчайзі купувати товар виключно у визначеного постачальника збільшує прибуток франчайзера. Тоді франчайзі, щоб захистити себе, може вимагати включення до договору переліку постачальників для можливості вибору.

Ризики для обох сторін залишаються і після припинення договірних відносин. Недобросовісність франчайзі після розірвання чи припинення договору породжує ризик використання ним основної ідеї бізнесу для власної діяльності, після чого він, по суті, стає конкурентом франчайзера (як приклад можна навести гучний скандал в Україні з вареничними «Победа» і «Катюша»). Для франчайзі ризик на цьому етапі полягає у відмові франчайзера укласти договір на новий строк. Це пов'язано з тим, що лише ЦК України передбачає право франчайзі, який належним чином виконував свої обов'язки, на укладення договору на новий строк на тих же умовах. У ГК України такого положення не знаходимо. Отже, щоб мінімізувати вказаний ризик, у договорі слід ретельно визначити умови розірвання, і бажано, щоб для припинення договірних відносин необхідні були вагомі підстави (наприклад, факти реалізації або виробництва продукції неналежної якості, підтверджені незалежною експертизою; факт зловживання франчайзі переданими правами тощо). Також доцільно включити пункт про автоматичне подовження терміну дії договору, якщо франчайзі не порушував умови договору і франчайзер не має претензій до його діяльності [10, с. 221].

На основі проведеного дослідження вважаємо за доцільне здійснити класифікацію ризиків, що виникають у відносинах

між сторонами договору франчайзингу, що сприятиме загальному розумінню проблеми ризиків у відносинах франчайзингу та уніфікації підходів до їх розуміння. Так, за характером ризиків виділяємо: 1) загальні ризики, характерні для будь-якої підприємницької діяльності; 2) ризики, що пов'язані з особливостями договірних відносин франчайзингу. За критерієм етапу співробітництва можна виділити: 1) ризики, що виникають на етапі перед укладенням договору; 2) ризики, пов'язані з реалізацією прав та виконанням обов'язків під час виконання договору франчайзингу; 3) ризики після припинення відносин за договором франчайзингу. За критерієм сторони договору франчайзингу: 1) ризики для франчайзі та 2) ризики для франчайзера у договорі франчайзингу.

Підсумовуючи, зазначимо, що для мінімізації можливих ризиків найперше правило – ретельно обирати контрагента та за можливості попередньо ознайомитись з результатами його діяльності, його репутацією у бізнес-середовищі. Потенційному франчайзі особливо варто звертати увагу на діяльність вже наявних користувачів франшизи. Серед конкретних способів мінімізації ризиків у відносинах між сторонами договору комерційної концесії виділяємо такі: 1) укладаючи договір, слід чітко і зрозуміло для обох сторін визначити порядок формування й перерахування всіх інвестиційних витрат та регулярних платежів; 2) у договорі передбачити умови, які встановлюють обмеження для франчайзі щодо використання переданих за договором прав (приклади таких обмежень наведені вище); 3) встановлювати у договорі порядок періодичного аудиту діяльності франчайзі; 4) передбачити коло питань, які франчайзі може вирішувати самостійно; 5) визначити територію, на якій франчайзі має виключні права за договором; 6) чітко сформулювати підстави та порядок відповідальності кожної сторони та санкції за порушення умов договору. Укладаючи договір франчайзингу, слід детально та однозначно прописувати всі умови для обох сторін. Це мінімальні, але дієві міри для уникнення ризиків та неприємних наслідків їх настання у франчайзингових відносинах.

Висновки

Досліджені ризики франчайзингових відносин не є вичерпними, адже кожен договір франчайзингу має свої особливості та «підводні камені». Крім того, ризиковість франчайзингових відносин породжується недостатньою обізнаністю з особливостями цього інструменту в українському підприємницькому середовищі. Укладаючи договір франчайзингу,

потрібно усвідомлювати ризиковість такої діяльності, яка в тому числі залежить від добросовісності обох сторін. Більшість ризиків можна мінімізувати шляхом удосконалення правового регулювання. Тому першочерговим завданням має стати приведення законодавства у цій сфері у відповідність до сучасних вимог та потреб підприємництва в Україні. У зв'язку з цим вважаємо необхідним кроком на даному етапі прийняття окремого спеціалізованого Закону України «Про франчайзинг», який регулюватиме всі аспекти відносин між франчайзером та франчайзі. Крім положень, які вже передбаченні у ГК України та ЦК України, у законі необхідно закріпити перелік інформації, що обов'язково має бути надана франчайзером потенційному франчайзі на переддоговірній стадії відносин (зокрема, дані фінансової звітності франчайзера за останні 3 роки діяльності, інформація про товарні знаки, наявні ліцензії, перелік франчайзі, що вже працюють у франчайзинговій мережі, опис характеристик франшизи, перелік прав, що передаються за договором, а також детальна оцінка всіх необхідних інвестиційних витрат). Крім цього, необхідно передбачити право франчайзера встановлювати ціну реалізації товару чи надання послуг франчайзі. Варто також передбачити обов'язкове укладання договору про нерозголошення інформації разом з основним договором, а також закріпити право франчайзі на продовження договору на той самий строк, на тих самих умовах за відсутності порушень умов договору.

Список використаних джерел:

1. Романчук К.В., Кирій І.О. Операції франчайзингу: європейський досвід та українські реалії. Ефективна економіка. 2016. № 12.
2. Паніна Ю. С. Правове регулювання договору франчайзингу в Європейському Союзі та Україні: дис. ... канд. юрид. наук. Ужгород, 2017. 264 с.
3. Щодо договору комерційної концесії: Лист Держкомпідприємництва від 11.02.2004 № 761. Податки та бухгалтерський облік. 2004. № 40.
4. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2003. № 8, № 19–20, № 21–22. Ст. 144.
5. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР). 2003. № 40–44. Ст. 356.
6. Родченко В., Кашуба Ю. Проблеми розвитку франчайзингу в Україні / Національний авіаційний університет. URL: <http://jrn1.nau.edu.ua/index.php/EPSAE/article/viewFile/4653/4771>.
7. Микуляк В., Махінова А. Українське обличчя франчайзингу. Юрист & закон. 2017. URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010789.

8. Горбачов О. Переддоговірне розкриття інформації в договорі комерційної концесії (франчайзингу): європейський досвід та українські реалії. URL.: <https://blog.liga.net/user/ogorbachev/article/23212>.

9. Корольчук О. П. Франчайзинг як спосіб активізації інтеграції вітчизняного бізнесу в глобальні виробничі та збутові мережі. Вісник Чернівецького торговельно-економічного інституту.

Серія «Економічні науки». 2011. Вип. 3. С. 176-185.

10. Войнаренко М. П. Ризики у франчайзинговій діяльності підприємства. Вісник Хмельницького національного університету. Серія «Економічні науки». 2009. № 6. Т. 1. С. 218–222.

11. Опейда З. Й. Проблемні питання правового регулювання комерційної концесії (франчайзингу). Наукові записки НаУКМА. 2010. Т. 103 : Юридичні науки. С. 109-111.

Статья посвящена современному состоянию рискованности отношений на основании договора франчайзинга. Проведен анализ причин и последствий возникновения рисков, предложены способы их минимизации. На основе проведенного исследования осуществлена классификация рисков в отношениях франчайзинга и предложены изменения к законодательному регулированию этого института.

Ключевые слова: франчайзинг, франчайзер, франчайзи, риски, минимизация рисков.

The article is devoted to the current riskiness state of relationship under a franchise agreement. The reasons and consequences of the risks were analyzed, the ways of risk minimization were proposed. On the basis of the conducted research the classification of risks in franchising relations was made and changes of the legislative regulation of this institution the propositions were proposed.

Key words: franchising, franchiser, franchisee, risks, risk minimization.

