

T. Karnaukh

## PROBLEMS OF APPLICATION OF LEGAL ANALOGY IN CIVIL LEGAL PROCEEDING

*In this article the author analyses the institute of legal analogy in general and the institute of judicial analogy in particular. Conclusions are done about the necessity of the normative fixing of judicial analogy for the legislation of Ukraine, laid down conditions for legitimate application analogies the observance of which a judge self-will would do impossible.*

**Keywords:** legal analogy, civil legal proceeding.

УДК 346.34

Онейда З. Й.

## ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ КОМЕРЦІЙНОЇ КОНЦЕСІЇ (ФРАНЧАЙЗИНГУ)

*У статті проаналізовано проблеми державної реєстрації договору комерційної концесії та організації правових зв'язків у рамках франчайзингової системи.*

**Ключові слова:** франчайзинг, договір комерційної концесії, франшизодавець, франшизодержувач.

Франчайзинг упродовж останніх років набуває поширення в Україні. Якщо у 2001 р. в Україні було близько 50 франчайзингових мереж, то сьогодні їх майже 400 [5]. Проте спеціальне законодавство про франчайзинг з'явилося в Україні лише 1 січня 2004 р., коли набули чинності новий Цивільний і Господарський кодекси України, які містять спеціальні норми, присвячені комерційній концесії, що розглядається як еквівалент поняття франчайзинг.

З появою нового правового інституту постає питання щодо напрямів і меж правового регулювання цього явища. Аналіз законодавства про франчайзинг інших країн свідчить, що здебільшого франчайзинг не регулюється спеціальним законодавством [9, с. 32], до нього застосовують загальні норми договірного права, права інтелектуальної власності тощо. Країни, що мають спеціальне законодавство про франчайзинг (США, Канада, Франція), обмежуються його фрагментарним регулюванням (обов'язкове розкриття інформації про франшизу до підписання угоди, порядок укладання договору франчайзингу на новий строк тощо), всі інші питання регулюються загальними нормами права. Прийняття спеціального законодавства про комерційну кон-

цесію (франчайзинг) в Україні може принести певні позитивні результати, за умови, що нові норми не матимуть занадто обмежувального характеру і будуть спрямовані на розвиток цієї форми здійснення підприємницької діяльності. Необхідно чітко визначити, які саме її аспекти потребують правової регламентації, і встановити оптимальне співвідношення між законодавчим і договірним врегулюванням.

Зокрема, неврегульованою наразі залишається процедура укладання договору комерційної концесії. Відповідно до ст. 1118 Цивільного кодексу [8] та ст. 367 Господарського кодексу України [1] договір комерційної концесії укладається в письмовій формі і підлягає обов'язковій реєстрації в органі, що здійснює реєстрацію правоволодільця. З набуттям чинності Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб–підприємців» 1 липня 2004 р. повноваження щодо реєстрації юридичних осіб і фізичних осіб–підприємців було передано від районних державних адміністрацій до спеціальних посадових осіб – державних реєстраторів (ст. 6 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб–підприємців») [6]. Проте цей Закон не передбачає реєстрації

комерційної концесії, так само як і до набуття чинності цим законом таких повноважень не було у районних державних адміністраціях. Згідно з частиною другою ст. 19 Конституції України органи державної влади та їхні посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [2]. Відтак за чинним законодавством державні реєстратори не мають права реєструвати договори комерційної концесії.

Такі прогалини в законодавстві породжують дискусії щодо шляхів і напрямів подальшого розвитку законодавства щодо цього питання. Основна дискусія точиться щодо органу, який має здійснювати таку реєстрацію. Зокрема, В. Нагребельний звертає увагу на той факт, що законодавство не вимагає від державного реєстратора не лише спеціалізованої освіти в сфері інтелектуальної власності, а навіть базової юридичної освіти [4]. Варто погодитися з тим, що договір комерційної концесії є значно складнішим для аналізу, ніж, наприклад, ліцензійна угода, за якою передаються права на використання лише одного об'єкта інтелектуальної власності, але при цьому державну реєстрацію таких договорів покладено на спеціалізований орган у сфері інтелектуальної власності.

7 квітня 2008 р. було зареєстровано проект Закону про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо державної реєстрації договорів комерційної концесії), згідно з яким пропонується перекласти функції державної реєстрації цих договорів на Державний департамент інтелектуальної власності [7]. Проте така пропозиція також викликає певні зауваження. Передусім виникає питання щодо мети, яку ставить перед собою законодавець, запроваджуючи державну реєстрацію договору комерційної концесії. Зазвичай держреєстрація застосовується з метою встановлення визначеності у відносинах. У контексті договору комерційної концесії, зазначено, що державна реєстрація такого договору гарантуватиме користувачеві дійсність прав, що є предметом угоди [10, с. 53], та запобігатиме можливим зловживанням з боку власника майнових прав [3, с. 70]. Проте шляхом реєстрації лише комерційної концесії такого результату досягнуто не буде, адже вітчизняне законодавство не передбачає обов'язкової державної реєстрації договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності. Згідно зі ст. 1114 ЦК України ліцензійні договори, договори про створення за замовленням і використання об'єкта інтелектуальної власності, а також договори про передання виключних майнових прав інтелектуальної власності не підлягають обов'язковій державній реєстрації. Отже, наявність держав-

ної реєстрації договору комерційної концесії не гарантуватиме ані користувачеві, ані третім особам можливості знайти в реєстрах Державного патенту інтелектуальної власності всі необхідні відомості щодо статусу об'єктів інтелектуальної власності за цим договором. З іншого боку, необхідність проходити таку реєстрацію в м. Києві щоразу під час укладання, зміни та розірвання договору створить суб'єктам господарювання невідповідні перешкоди і стримуватиме розвиток франчайзингу в Україні. У цьому зв'язку видається доцільним передбачити можливість реєстрації договору комерційної концесії Державним департаментом інтелектуальної власності на вимогу праволодільця чи користувача та вилучити положення, що встановлюють обов'язкову реєстрацію цього виду договору.

Ще одним аспектом, вартим уваги, є питання договірної врегулювання франчайзингових відносин, адже чим складнішою є соціальна система, тим тяжче управляти нею винятково через сформульовані зовні правила [11, с. 102–103]. Головною метою франшизодавця є створення франчайзингової системи, до якої залучена велика кількість франшизоодержувачів. Проблема ефективності такої системи безпосередньо пов'язана зі створенням демократичної системи управління, яка створювала б умови для прийняття рішень, що враховують інтереси всіх її учасників. Адже незважаючи на формальну юридичну рівність учасників франчайзингової системи, її організатором виступає, як правило, суб'єкт господарювання, який уже посідає міцне становище на ринку, тоді як франшизоодержувачами є підприємці, що лише починають свою діяльність. Тому важливо, аби в процесі прийняття рішень, що стосуються діяльності всієї франчайзингової системи, кожен із її учасників мав можливість захистити свої інтереси, а також інтереси своїх працівників і споживачів.

Наявність різних способів організації правових зв'язків між учасниками франчайзингової системи пояснюється у першу чергу пошуком оптимальної системи взаємовідносин між франшизодавцем і франшизоодержувачами, яка гарантувала би стабільність та ефективність її функціонування. Від початку таку мету намагались досягти шляхом використання т. зв. сильного франчайзингу, де умови здійснення франчайзингу в односторонньому порядку визначалися франшизодавцем. Проте, на відміну від вертикально інтегрованих корпорацій, франчайзингова система є сукупністю незалежних суб'єктів господарювання, відтак спроби посилити контроль можуть призвести як до юридичних, так і економічних проблем. Дослідження свідчать про те, що використання «командно-контролюючих» методів управління дуже часто є економічно не-

вигідним для всіх учасників франчайзингової системи, оскільки породжує внутрішні конфлікти між франшизодавцем і франшизоодержувачами, що перешкоджає змінам і нововведенням та, в кінцевому підсумку, призводить до дисфункціональності всієї системи. Наприклад, *Chicken Delight*, мережа ресторанів швидкого обслуговування у США, припинила своє існування внаслідок масової серії позовів з боку франшизоодержувачів, яким франшизодавець намагався нав'язати економічно неприйнятне рішення.

Наведені приклади свідчать про те, що успішне функціонування франчайзингової системи потребує врахування інтересів усіх її учасників, відтак основним завданням, що стоїть перед франшизодавцем, є не стільки керівництво франшизоодержувачем, скільки створення ефективної системи, здатної генерувати нові ідеї та вирішувати внутрішні конфлікти.

У 1980-х почали шукати нові моделі взаємовідносин і засновувати асоціації франшизоодержувачів. На першому етапі взаємовідносини між франшизодавцем та асоціацією франшизоодержувачів будувалися на неформальній основі та не були закріплені ніякими письмовими угодами (наприклад, *Burger King*) [12, с. 28].

Наступним етапом можна вважати систему, створену компанією *Pizza Hut*. Характерною для

неї була наявність договору, укладеного безпосередньо між франшизодавцем і асоціацією франшизоодержувачів, який передбачав створення сумісного підприємства – комітету з питань реклами.

Значно складніший спосіб організації правових зв'язків між учасниками франчайзингової системи можна розглянути на прикладі *Kentucky Fried Chicken* (KFC), у рамках якої створено Раду, що адмініструється спільно франшизодавцем і франшизоодержувачами. Цей орган виконує як функції комітету з реклами, так і дорадчого органу. Рада складається з тринадцяти обраних представників франшизоодержувачів і чотирьох призначених представників франшизодавця. Франшизоодержувачі KFC на добровільній основі входять до регіональних асоціацій франшизоодержувачів KFC, які своєю чергою є членами Асоціації франшизоодержувачів KFC [12, с. 30].

Отже, за наявності розгалуженої франчайзингової системи видається необхідним створення незалежної асоціації франшизоодержувачів, яка співпрацює з франшизодавцем у процесі прийняття управлінських рішень. Таке співробітництво має ґрунтуватися на угоді, підписаній між франшизодавцем та асоціацією франшизоодержувачів, а також через об'єднану раду, що складається з представників франшизодавця та асоціації.

1. Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 18. – Ст. 144.
2. Конституція України: Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1996. – № 30. – Ст. 141.
3. Крижна В. Загальна характеристика договорів щодо розпорядження майновими правами інтелектуальної власності / В. Крижна // Право України. – 2004. – № 9. – С. 68–71.
4. Нагребельний В. Договір комерційної концесії: хто має здійснювати державну реєстрацію / В. Нагребельний [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.yuricom.com/>. – Назва з екрана.
5. Офіційний сайт Української асоціації франчайзингу: [www.franchising.org.ua/franchajzing/sostojanie-tyunka.html](http://www.franchising.org.ua/franchajzing/sostojanie-tyunka.html).
6. Про державну реєстрацію юридичних осіб і фізичних осіб-підприємців: Закон України від 15 травня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 31–32. – Ст. 263.
7. Проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України (щодо державної реєстрації договорів комерційної концесії)» № 2334 від 07.04.2008 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.rada.gov.ua>. – Назва з екрана.
8. Цивільний кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40–44. – Ст. 356.
9. Цираг А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: учеб.-практ. пособие / А. В. Цираг. – К. : Истина, 2002. – 240 с.
10. Чичурина О. Проблемы и перспективы развития франчайзинга в Беларуси: правовой аспект / О. Чичурина // Интеллектуальная собственность. – 2007. – № 11. – С. 51–57.
11. Эффективность правовых норм / В. Н. Кудрявцев, В. И. Никитинский, И. С. Самошенко, В. В. Глазырин. – М. : Юрид. лит., 1980. – 280 с.
12. Selden A. Organization Design for Successful Franchising / A. Selden // Franchise Law Journal. – 2000. – Vol. 20. – Pp. 27–32.

Z. Opeyda

## PROBLEMATIC ISSUES OF LEGAL REGULATION OF COMMERCIAL CONCESSION (FRANCHISING)

*The article analyses some problems of state registration of the agreements of commercial concession as well as organization of legal structure for franchising system.*

**Keywords:** franchising, agreements of commercial concession, franchisee, franchisor.