

КАТЕГОРІЯ РИЗИКУ В ДОГОВОРІ ФРАНЧАЙЗИНГУ

Комерційні франчайзингові угоди є найбільш поширеною формою зобов'язальних відносин з використання комплексу виключних прав (ліцензійного комплексу), що включає право використання фірмового найменування й комерційної інформації, а також інших об'єктів виключних прав для підприємницької діяльності. Незважаючи на це, франчайзингові угоди досліджені у вітчизняній юриспруденції явно недостатньо, що є однією з причин непоширеності цієї простої і зручної в організаційному відношенні форми виробництва і реалізації товарів, робіт і послуг.

Договір франчайзингу є традиційним для англосаксонської системи права і, на жаль, одержав ще недостатнє поширення в країнах романо-германської (континентальної) системи права. Тим часом необхідність використання договору франчайзингу в зовнішній торгівлі викликана потребою створення єдиної франчайзингової моделі здійснення підприємницької діяльності.

Дослідження відповідної проблематики становить значний інтерес. Слід зазначити, що договір франчайзингу вже був предметом дослідження вітчизняних та зарубіжних правознавців (С.А. Сосна [8], Є.Н. Васильєва [7, с. 65-66], Г.В. Цірат [12]). Разом із тим автори, що зверталися до аналізу договору франчайзингу, фактично не торкалися такої важливої в цьому контексті категорії, як ризик, існування якого визначає багато які з властивостей зазначеного договору.

Франчайзинг – це нова по своїй суті, повноті, комплексності й характеру співробітництва договірною моделлю, яка передбачає систему пільгового підприємництва [1, с. 5].

За договором франчайзингу одна сторона (правоволоділець) зобов'язується надати іншій стороні (користувачу) за винагороду на строк чи без вказівки строку право використовувати в підприємницькій діяльності користувача комплекс виключних прав, що належать правоволодільцеві, у тому числі право на фірмове найменування і (чи) комерційне позначення правоволодільця, на комерційну інформацію, що охороняється, а також інші передбачені договором об'єкти виключних прав – знак для товарів і послуг тощо.

Договір франчайзингу (франшизи) широко ввійшов у практику в 70-ті роки ХХ століття, хоча у США він застосовувався ще у 30-ті роки минулого століття. Спочатку він розглядався західною правовою доктриною як різновид договору про виключний продаж товарів, згідно з якими продавець надає покупцеві виключне право продажу товарів на певній території та певним клієнтам, тобто покупці виконували роль дистриб'юторів.

Франчайзинг – це не просто новий вид підприємницького договору. Це особливий, породжений ускладненими коопераційними зв'язками та вимогами науково-технічного прогресу метод підприємницької діяльності. Він бурхливо розвивається, має високу адаптивну здібність. Це спосіб ведення нового за

своєю природою бізнесу, від якого виграють усі його учасники та інші зацікавлені сторони.

При прийнятті цивільних кодексів як Україна, так і Російська Федерація відмовились від терміна «франчайзинг», який використовують розвинені країни світу. Як в Україні, так і в Росії в цивільних кодексах появився термін «комерційна концесія», що жодним чином не відповідає суті та змісту договору. Автор раніше звертався до аналізу цього феномена й аргументував, що поняття «комерційна концесія» не розкриває самої суті договору.

Мета даного дослідження полягає не тільки в дослідженні розвитку франчайзингу в Україні, але і в аналізі ризику при його застосуванні.

Сьогодні можна говорити про цілий набір «ризиків», що відображає багатозначність цього слова, який вимагає максимально коректного його використання з чіткою вказівкою (визначенням) того аспекту цього поняття, що конкретно припускається.

Загальномовний (лінгвістичний) аспект відображає світоглядний підхід, відповідно до якого в оточуючій нас реальності присутні два значення терміна «ризик»: перше – можлива небезпека; інше – дія «на свій страх і ризик» [7, с. 65-66]. Інші ж значення є спеціальними, термінологічними.

Слово «ризик» було запозичено з французької мови (*risque* – від італійського *risico*). Слово «ризикувати» (через французьке *risquer*, італійське *risicare*) може бути прирівняно, таким чином, до вислову «лавірувати між скель» (з первісних етимологічних позицій) [10, с. 485].

Найбільш повне висвітлення мовного багатства відтінків цього слова (як і похідних від нього) дає Володимир Даль у своєму тлумачному словнику. Наводячи основні значення дієслова «ризикувати», він охоплює практично всі основні мовні сфери, в яких знайшов своє відображення ризик. Тут і ризик як «можлива небезпека чого-небудь»: «ризикувати (що або чим), піддаватися чому? – відомій небезпеці, мінливості, невдачі» (але «не ризикуючи, не отримаш»). Ризик як «дія на успіх» поданий найбільше широко: «відвага, сміливість, рішучість, заповзятливість, дія на авось, на успіх» («ризик-фельдмаршал», «немає справи без ризику», «він прийняв на свій ризик» (на свій страх), «ризик навпіл» (бариші і збитки) [4, с. 96]. Усе це говорить про те, яке велике значення мав ризик у громадській свідомості суспільства, в економічній основі якого лежало товарне виробництво і ринкові відносини, причому саме ризик прямо пов'язувався із заповзятливістю, підприємницькою діяльністю, одержанням прибутку, як, утім, і з грою («ризикувати» – ставити на кін (від гри), «ризик – шляхетна справа» (приказка картярів).

Словник за редакцією Д. Ушакова виділяє вже три значення слова «ризик»:

- 1) можлива небезпека з відтінком значення: «дія на успіх в надії на щасливу випадковість»;
- 2) можливий збиток або невдача в комерційній справі, обумовлені мінливістю ринкової кон'юнктури (як торговельне значення);
- 3) небезпека, від якої провадиться страхування майна (як спеціальне значення).

Ходовий вислів «діяти на свій страх і ризик» означає «діяти, приймаючи на себе збитки або інші несприятливі наслідки, що можуть статися» [9, с. 1360].

В енциклопедичному словнику Брокгауза й Ефрона ризик розглядається тільки як страховий термін: «Під цим словом у страховій техніці мають на увазі небезпеку, що загрожує страховому об'єктові будь-якою шкодою, за яку страхова установа зобов'язана винагородити страхувальника» [14, с. 804-805]. Окремо розглядаються «ризикові угоди» як вид угод під умовою, що розуміється як «подія, про яку зовсім не відомо, станеться вона чи ні» або ж подія немінуча, «але момент настання якої не може бути з точністю визначений», тобто «випадок або невизначена подія». Мотивом цих угод є «або страх справжньої небезпеки, або надія на дію випадку». Причому під перший мотив підпадають страхові договори, а під другий – договори, в яких «сторони створюють для себе у справі штучний інтерес, додаючи випадковим, іноді зовсім незначним подіям особливе, за умови, значення». У цьому разі дається класичний по точності опис так названого ігрового ризику, пов'язаного з іграми, парі, лотереєю. Окремою групою виділяються договори, «в яких переважає розрахунок на випадковість, сполучений з ризиком». У такий спосіб у цих коротких статтях дається зовсім чітке визначення трьох різновидів юридичного ризику: страховий ризик, ігровий ризик і ризик підприємства.

Загальним підсумком розгляду слова «ризик» у дореволюційній і першій післяреволюційній енциклопедіях є виділення з багатьох його значень ризику як конкретного юридичного поняття з поступовою юридико-технічною деталізацією при посиленні елементів «витиснення» із загальносоціального лексикону як «спадщини буржуазної дійсності».

Діючи в руслі вже згаданої тенденції до виключення ризику як світоглядної категорії, Велика Радянська Енциклопедія не визначає ризик ні в першому виданні (1941 р.), ані в третьому (1975 р.). Ризик (і те тільки в праві) появляється ненадовго в другому виданні як «можливість настання збитків унаслідок загибелі, або пошкодження майна, або неможливості виконання зобов'язання, наприклад ризик випадкової загибелі» [2, с. 544].

Надалі загальносвітоглядний аспект ризику піддається філософському і логічному аналізу, у результаті якого появляється поняття ризику як відображення випадковості навколишнього світу в його можливому відображенні.

Економічний аспект ризику (як найбільш важливий у реальному житті) має теж два значення [6, с. 1321-1323]: можливий збиток або невдача і небезпека, від якої провадиться страхування (що розуміється як можливість настання обставини, яка заподіє матеріальний збиток).

Правова реальність теж знайшла своє відображення в мовних і енциклопедичних словниках [2, с. 544], хоча й в усіченому вигляді: як можливість настання збитків унаслідок загибелі або пошкодження майна, неможливості виконання зобов'язання.

Інші аспекти ризику (випадковість, імовірність, загальномовні значення) виявилися в інших статтях енциклопедій і чисто мовних словників. Відбулася своєрідна «кристалізація поняття» в його юридичній формі.

Відповідно до Великого тлумачного словника сучасної української мови, термін «ризик» означає: «усвідомлена можливість небезпеки, а також можливість збитків або неуспіху в якійсь справі». Ризик може бути: банківський, інвестиційний, податковий, економічний тощо. Тобто ризик – це об'єктивна категорія, зміст якої полягає в можливості настання несприятливих наслідків незалежно від поведінки осіб. Заслугує на увагу визначення ризику, яке дав Ю. Фогельсон: «возможное причинение вреда частному лицу в результате воздействия определенной опасности с учетом вероятности причинения этого вреда этой опасностью» [11, с. 28].

Необхідно також зазначити, що ризик є зворотною стороною такої медалі, як інтерес. Поняття «інтерес» є новим у цивільному законодавстві й теж недостатньо дослідженим. Інтерес, як стверджує той самий Великий тлумачний словник сучасної української мови, – це «те, що йде на користь кому-небудь, чому-небудь, відповідає чийсь прагненням, потребам». Тобто «лицо имеет интерес, если у него есть фактическая возможность своим поведением извлекать для себя пользу» [11, с. 25]. Інтерес може бути як майновим, так і немайновим.

Найбільш поняття «ризик» та «інтерес» пов'язані з підприємницькою діяльністю, а це значить, що вони повинні бути врегульовані нормами договірного права, котре є інститутом цивільного права.

У контексті ризику, пов'язаного із застосуванням комерційної концесії в Україні, необхідно поставити запитання: хто ризикує? Вважається, що основним ризикуючим є суспільство.

По-перше, під комерційною концесією може бути завуальована пірамідальна організація. При укладанні договору праволоділець може ставити вимоги про обов'язковий підбір певної кількості субфранчайзі, зменшуючи користувачеві плату за користування торговою маркою.

По-друге, ризик для суспільства є в організації трестів та картелів, котрі, у свою чергу, впливають на ціноутворення в Україні (такі випадки існували як в США, так і в Європі на стадії розвитку законодавства у сфері протидії монополізму).

Іншим ризикуючим є праволоділець. Так, ст. 1120 Цивільного кодексу України передбачає коло обов'язків праволоділця, а саме те, що праволоділець зобов'язаний передати користувачеві технічну та комерційну документацію і надати іншу інформацію, необхідну для здійснення прав, наданих йому за договором комерційної концесії, а також проінформувати користувача та його працівників з питань, пов'язаних із здійсненням цих прав. Цей обов'язок і складає один із основних ризиків, бо недобросовісний користувач може використати комерційну таємницю не за прямим призначенням, а з метою, що не передбачена умовами договору. Тому, з метою збереження комерційної таємниці, у деяких випадках праволоділець може у договорі передбачити заборону субконцесії, а також умови, спрямовані на збереження комерційної таємниці.

Наступним ризиком для праволоділця є те, що він несе субсидіарну відповідальність за шкоду як користувача (якщо інше не передбачено договором), так і користувача за договором субконцесії (якщо він давав на це згоду).

Правоволоділець несе субсидіарну відповідальність за неякісний товар, роботи та послуги, які продаються чи виконуються користувачем згідно з договором комерційної концесії, а за вимогами, що висуваються користувачеві як виробнику продукції (товарів) правоволоділця, правоволоділець солідарно відповідає з користувачем.

По-третє, значним ризиком для правоволоділця є втрата ділової репутації через некомпетентність користувача або внаслідок умисних його дій.

Третім ризикує користувач. Як уже говорилося вище, правоволоділець може висувати умови не вигідні для користувача, але внаслідок страху перед втратою більшого користувач іде на його умови, ставлячи перед собою основну мету укласти договір, хоча і на кабальних умовах. Користувач також ризикує тим, що не виключено, що правоволоділець може надати аналогічні права іншому користувачеві (не через договір субконцесії), а напряму, тим більш на тій самій території. Крім зазначеного, у користувача не виключений ризик того, що правоволоділець може іншим користувачам надавати комерційну таємницю у більш розширеному вигляді, ніж йому (коли він сам виробляє продукцію чи надає послуги), а звідси – якість виробленої продукції тощо. І, останнє, не можна виключати також випадки надання неякісної продукції самим правоволодільцем (за збутовою комерційною концесією).

Отже, з викладеного матеріалу можна дійти висновків:

1) по-перше, франчайзинг (комерційна концесія) в Україні вже існує і має всі умови для подальшого розвитку. Для цього необхідно тільки постійно вдосконалювати законодавство;

2) по-друге, стосовно ризику тут необхідно зазначити, що він існує при укладенні будь-якого договору. Тому і в цьому разі теж необхідно вдосконалювати законодавчу базу, досліджувати та аналізувати судову практику, щоб на основі аналізу надавати необхідні рекомендації.

Література

1. Андрощук Г., Денисюк В. Франчайзинг: правовые аспекты регулирования // Юрид. практика. – 2002. – № 28 (238).
2. Большая Советская Энциклопедия. – М., 1955. – Т. 36.
3. Брагинский М., Витрянский В. Договорное право. – М.: Статут, 2002. – Кн. 3.
4. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. – М., 1980. – Т. IV.
5. Словарь русского языка: В 4 т. – М., 1983. – Т. III.
6. Словарь современного русского литературного языка: В 17 т. – Т. 12.
7. Сосна С. Франчайзинг в России: перспективы развития и задачи законодательства // Гос. и право на рубеже веков. – М., 2001.
8. Сосна С.А., Васильева Е.Н. Франчайзинг. Коммерческая концессия. – М.: ИКЦ «Академнига», 2005. – 375 с.
9. Толковый словарь русского языка / Под. ред. проф. Д. Ушакова: В 4 т. – М., 1996. – Т. 3.
10. Фасмер М. Этимологический словарь русского языка: В 4 т. – М., 1971. – Т. III.
11. Фогельсон Ю. Конструкции «интерес» и риск в Гражданском кодексе // Хозяйство и право. – 2003. – № 6.
12. Цірат Г.В. Договір франчайзингу: Дис. ... канд. юрид. наук. – К., 2003. – 208 с.
13. Шмиттгофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. – М., 1993.
14. Энциклопедический словарь / Изд.: Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон. – СПб., 1899. – Т. XXVI.