



## ДОГОВОРИ ФРАНЧАЙЗИНГУ В ПРАВІ УКРАЇНИ ТА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СОЮЗУ

**Юрій Капіца,**  
*директор центру інтелектуальної власності та  
 передач технологій НАН України, кандидат  
 юридичних наук*

Запровадження з 1 січня 2004 р. регулювання укладання договорів франчайзингу (комерційної концесії) в Україні на рівні Цивільного кодексу України, широка практика застосування таких угод, їх значення для розвитку торгівлі, а також перегляд національного законодавства, що відбувається тепер, відповідно до Закону України "Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС" обумовлює актуальність розгляду повноти та ефективності законодавчого забезпечення укладання угод в Україні у порівнянні з відповідним досвідом Європейського Союзу.

Проблематика правового регулювання укладання договорів франчайзингу в Україні та іноземних країнах детально досліджувалась Г.В. Цірат<sup>1</sup>, Г.О. Андрощуком та В.А. Денисюком на підставі аналізу законодавства України та практики його застосування, досвіду іноземних країн об-

грунтовувалась необхідність прийняття Закону України "Про франчайзинг" та необхідність врегулювання переддоговірного етапу укладання угод франчайзингу<sup>2</sup>. **Метою цієї статті** є аналіз нових актів ЄС щодо вертикальних угод та узгоджених дій, які замінили раніше прийняті регламенти ЄС та врахували десятирічну практику їх застосування.

### *Укладання договорів франчайзингу в ЄС*

Прийняття 22 грудня 1999 р. Регламенту Комісії (ЄС) № 2790/1999 про застосування статті 81(3) Договору до категорій вертикальних угод та узгоджених дій<sup>3</sup> (далі — Регламент) та у 2000 р. Повідомлення Комісії "Керівництво з вертикальних обмежень"<sup>4</sup> (далі — Керівництво) відобразило сучасно бачення Європейської комісії щодо блокових вилучень, які стосуються угод з продажу та придбання продукції та послуг між компаніями, що діють на

<sup>1</sup>Цірат Г.В. Договори франчайзингу: Автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. — К., 2003. — 22 С.

<sup>2</sup>Денисюк В.А., Андрощук Г.О. Франчайзингові мережі: роль в економіці та правове регулювання //Промислова власність в Україні: проблеми правової охорони: Зб. наук. статей /За ред. Ю.С. Шемшученка, Ю.Л. Бошицького.— К.: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2004 — С.398 — 432.

<sup>3</sup>Commission Regulation (EC)No 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices OJ L 336 29.12.1999 P. 21-25.

<sup>4</sup>Commission Notice Guidelines on Vertical Restraints // OJ C 291, 13.10.2000, P. 1.



різному рівні виробничого та постачального ланцюга. Реформа охопила угоди з постачання для промислових потреб, ексклюзивні та селективні угоди з дистрибуції, угоди франчайзингу та окремі угоди в секторах виробництва пива та бензину.

Регламент № 2790/1999 замінив три попередні регламенти, що стосувалися ексклюзивної дистрибуції, ексклюзивних закупівель та угод франчайзингу<sup>5</sup>.

Вертикальні угоди, зокрема, угоди франчайзингу, можуть містити певні обмеження конкуренції, які в умовах відсутності значної присутності компаній на ринку, сприяють виробництву якісної продукції та її розповсюдженню. Проте, такі угоди можуть спричинити також і негативний вплив через позиціювання та обмеження ринків.

На відміну від формального підходу до оцінки угод новим регламентом запроваджено більш економічний підхід з наданням сприятливого режиму малим та середнім підприємствам. За частки ринку менше 30% компаніям надається максимальне можливе звільнення від обмежень конкуренції.

З 1988 р. по 1999 р. відповідні блокові вилучення визначалися Регламентом Комісії (ЄС) № 4087/88. Його прийняття призвело до суттєвого зменшення звернень до Комісії з розгляду угод франчайзингу та відповідних рішень Комісії. Однак, регламент оцінювався як занадто формальний та такий, що не бере до

уваги економічні обставини, а відносно франчайзингу — зарегульовані<sup>6</sup>. Крім того було визнано провідну роль франчайзингу для розвитку малих підприємств та певний стримуючий вплив діючого регламенту на цей процес.

Регламент № 2790/1999 застосовується до угод або узгоджених дій, що укладаються між двома або більшою кількістю підприємств, з яких кожне діє в рамках угоди на різному щаблі ланцюга виробництва або дистрибуції та стосуються умов, згідно з якими сторони можуть купувати, продавати та перепродавати деякі товари або послуги ("вертикальні угоди") (ст. 2(1)).

Регламент визначає умови для надання звільнення від дії статті 81(1) Договору ЄС, положення, застосування яких не дає права на звільнення, випадки відкличання права користування блоковими вилученнями.

Звільнення від дії статті 81(1) здійснюється за виконання низку умов, що включають:

- врахування частки ринку, яку займають товари та послуги, надання яких передбачається за угодою. Так, звільнення надається, якщо частка постачальника на відповідному ринку не перевищує 30% .;
- врахування, чи є сторони угоди конкурентами<sup>7</sup>,
- положення угод стосовно прав інтелектуальної власності,
- незастосування в угодах поло-

<sup>5</sup> Commission Regulations (EEC) N 1983/83 OJ L 173, 30.06.1983, P. 1; N 1984/83 OJ L 173, 30.06.1983, P. 5; та N 4087/88 OJ L 359, 28.12.1988, P. 46.

<sup>6</sup> Зелена книга щодо вертикальних обмежень. COM (96) 721.

<sup>7</sup> Підприємства, що конкурують, означає наявних або потенційних постачальників на ринку одного й того самого виробу; ринок одного й того самого виробу охоплює товари або послуги, які вважаються покупцем взаємно замінятними або субститутними у відношенні до контрактних товарів або послуг з огляду на їхні характеристики, ціни та, передбачуване призначення, стаття 1(a).



## ДОГОВІРНЕ ПРАВО

жень з "чорного списку" умов договорів, визначених Регламентом.

Регламент надає звільнення для підприємств неконкурентів з дотриманням зазначених вище умов щодо частки ринку та інших умов. Проте, застосування звільнення можливе і для підприємств, що конкурують, якщо вони:

- укладають угоду невзаємного характеру,
- покупець має загальний річний оборот, що не перевищує 100 млн. EUR, або
- постачальник є виробником та дистриб'ютором товарів, у той час як покупець є дистриб'ютором, який не виробляє товарів, що конкурують із контрактними товарами, або
- постачальник надає послуги на окремих щаблях торговельного обороту, у той час як покупець не надає конкурентних послуг на щаблі торговельного обороту, на якому набуває контрактні послуги (ст. 2(4)).

Значимо, що у більшості випадків сторони угод франчайзингу не є підприємствами-конкурентами.

### *Питання інтелектуальної власності у вертикальних угодах*

Регламент застосовується до вертикальних угод, які містять положення, що стосуються передачі покупцеві прав інтелектуальної власності або використання ним таких прав за умови, що вказані положення не становлять основного предмету угод та є безпосередньо пов'язаними з використанням, продажем або перепродажем товарів або послуг покупцем або його клієнтами. Звільнення застосовується за умови, що у відношенні до контрактних то-

варів або послуг положення щодо прав інтелектуальної власності не містять обмежень конкуренції, які мають таку саму мету або результат, як і вертикальні обмеження, визначені Регламентом (ст. 2(3)).

Керівництво щодо вертикальних обмежень уточнює застосування цього положення (пункт 30). Так, звільнення від дії статті 81(1) має місце, якщо виконуються п'ять умов:

- положення інтелектуальної власності є часткою вертикальної угоди;
- права інтелектуальної власності мають бути передані або надані у використання покупцю;
- положення щодо прав інтелектуальної власності не мають бути основним питанням угоди;
- положення щодо прав інтелектуальної власності мають бути безпосередньо пов'язані з використанням, продажем, або перепродажем товарів, або покупцем послуг, або його клієнтами. У випадку франчайзингу, де метою надання прав інтелектуальної власності є маркетинг, товари або послуги мають розповсюджуватися франшизіатом;
- положення щодо прав інтелектуальної власності стосовно контрактних товарів та послуг не мають містити обмежень конкуренції, аналогічних обмеженням вертикальних угод, існування яких не дає права на звільнення за Регламентом.

Керівництво зазначає, що за відповідності вказаним умовам є впевненість, що звільнення надається для угод, коли "використання, продаж або перепродаж товарів та послуг може бути здійснено більш ефективно у зв'язку з передачею



прав інтелектуальної власності або наданням прав щодо використання". Проте основним предметом угоди є придбання або продаж товарів та послуг, а не укладання, зокрема, ліцензійного договору для виробництва товарів.

Звільнення не надається у випадках:

- укладання угод, де одна сторона надає іншій рецепт разом з ліцензією щодо виробництва напоїв за таким рецептом<sup>8</sup>;
- укладання угод, за якою одна сторона надає іншій шаблон або зразок товару разом з ліцензією на виробництво та дистрибуцію копій;
- надання невиключної ліцензії на використання торговельної марки або іншого позначення в цілях мерчандайзингу;
- надання ліцензії щодо використання авторського права та суміжних прав такі, наприклад, як контракти сповіщення, що стосуються прав здійснювати запис та/або прав висвітлювати певну подію.

У зазначених випадках постачання товарів або послуг не є основним предметом контракту.

Керівництво зазначає особливі вимоги використання в рамках угод франчайзингу щодо торговельних марок, авторського права та ноу-хау.

### *Торговельні марки*

Так, ліцензія з надання права використання торговельної марки дистриб'ютору може бути пов'язана з

дистрибуцією ліцензованих виробів на певній території. Якщо це виключна ліцензія, вертикальна угода має стосуватися ексклюзивної дистрибуції.

### *Авторське право*

Перепродавці товарів, що охоплюються авторським правом (книги, програмне забезпечення тощо) можуть бути зобов'язані суб'єктом авторського права здійснювати перепродаж за умови, що покупець або інший перепродавець, або кінцевий споживач не буде порушувати авторське право.

Також під дію Регламенту підпадають угоди з продажу копій програмного забезпечення, коли перепродавець не отримує ліцензію на будь-які права, пов'язані з програмним забезпеченням та має тільки право здійснювати продаж комп'ютерних програм. В цьому випадку ліцензування програмного забезпечення може мати місце лише щодо його користувача. Вказане може здійснюватися через застосування "пакувальних" ліцензій<sup>9</sup>, що викладені на упаковці з певним носієм комп'ютерної програми, з умовами якої покупець погоджується, розкриваючи упаковку. В той же час покупці корпоративного програмного забезпечення можуть бути зобов'язані суб'єктом авторського права не порушувати авторське право, зокрема, не здійснювати копій та не перепродавати програмне забезпечення або не здійснювати копій та використовувати програмне забезпе-

<sup>8</sup> Проте, за п. 35 Керівництва, звільнення надається у випадку угоди франчайзингу, коли франшизіар продає франшизіату товари для перепродажу та додатково надає ліцензію франшизіату з використання торговельної марки та ноу-хау для маркетингу продукції. Так, звільнення надається, коли постачальник концентрованого екстракту надає ліцензію покупцю для розчинення та бутелювання напою перед його продажем.

<sup>9</sup> shrink wrap licence.



чення у комбінації з іншими комп'ютерами.

### *Ноу-хау*

Керівництво вказує, що угоди франчайзингу за виключенням угод франчайзингу у промисловості, є звичайним прикладом, коли ноу-хау в цілях маркетингу надається покупцю. Угоди франчайзингу містять ліцензію щодо надання прав інтелектуальної власності, пов'язаних з торговельною маркою або позначенням, та ноу-хау для використання та дистрибуції товарів або надання послуг. Додатково до ліцензії франшизар звичайно надає франшизіату під час дії угоди комерційну або технічну підтримку, що включає послуги з закупівлі товарів, навчання, консультування щодо нерухомості, фінансове планування тощо. Ліцензія та підтримка є невід'ємною частиною бізнесу, що надається за договором франчайзингу.

### *Необхідні умови в угодах франчайзингу*

Керівництво визначає зобов'язання франшизіата щодо інтелектуальної власності, які можуть бути присутніми в угодах, щоб вони підпадали під дію Регламенту:

- не бути залученим прямо або посередньо у будь-якому схожому бізнесі;
- не набувати фінансових інструментів капіталу підприємств-конкурентів, оскільки це надасть йому можливість впливати на економічну діяльність таких підприємств;
- не розголошувати третім сторонам ноу-хау, що передано франшизаром доти, доки ноу-хау не стане загальновідомим;
- повідомляти франшизіару про

досвід, отриманий з використання франшизи та надавати франшизіару та іншим франшизіатам невиключну ліцензію на використання ноу-хау стосовно цього досвіду;

- повідомляти франшизіару про порушення ліцензованих прав інтелектуальної власності, здійснювати правові дії проти осіб, що порушують зазначені права або допомогою франшизіару у випадку запровадження ним відповідних правових дій;
- не використовувати ноу-хау, ліцензованого франшизаром, для цілей інших ніж власне використання;
- не надавати прав та зобов'язань за угодою франчайзингу іншим особам без дозволу франшизіара.

### *Укладання договорів франчайзингу в Україні*

В Україні з 1 січня 2004 р. особливості укладання угод франчайзингу визначаються главою 76 Цивільного кодексу України (у Кодексі замість терміну "франчайзинг" використовується термін "комерційна концесія").

На відміну від інших видів договорів, наведених у Кодексі, стаття 1122 "Особливі умови договору комерційної концесії" містить умови договору більш притаманні законодавству про конкуренцію ніж цивільному законодавству. Можливо це пояснюється використанням під час розробки проекту Кодексу матеріалів щодо підготовки окремого закону про франчайзинг.

Крім того на укладання угод комерційної концесії розповсюджуються вимоги Закону України "Про захист економічної конкуренції" (далі — Закон).



Відзначимо, що прийняття Закону, причому пізніше ніж Кодексу, поставило питання щодо збереження у силі статті 1122 ЦК України. Це пов'язано з тим, що ЦК України не ввійшов (та не міг увійти) до законодавства про захист економічної конкуренції, визначеного статтею 3 Закону, а також з положеннями частини 3 статті, за якою особливості застосування законодавства про захист економічної конкуренції можуть бути встановлені виключно шляхом внесення змін до Закону.

#### *Обмеження ціни*

Закон забороняє "встановлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів" (ст. 6). Проте формування цін або інших умов договору про продаж поставленого товару іншим суб'єктам господарювання чи споживачам є можливим під час постачання та використання товару, якщо це не призводять до суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині, у тому числі монополізації відповідних ринків; обмеження доступу на ринок інших суб'єктів господарювання; до економічно необґрунтованого підвищення цін або дефіциту товарів

За статтею 10 Закону узгоджені дії можуть бути застосовані за дозволом органів Антимонопольного комітету у випадках, близьких до зазначених у статті 81(3) Договору ЄС, однак в умовах відсутності суттєвого обмеження конкуренції на всьому ринку чи в значній його частині.

В той же час за ЦК України визначається, що умова договору комерційної концесії відповідно до якої правоволоділець має право визначити ціну товару (робіт, послуг),

передбаченого договором, або встановлювати верхню чи нижню межу цієї ціни, є нікчемною (частина 2 ст. 1122).

Практика укладання угод франчайзингу в ЄС свідчить про те, що у більшості договорів наявні рекомендовані ціни. Проте, намагання франшизіара представити споживачам однотипні умови призводить до встановлення єдиної ціни для певних мереж франчайзингу, особливо, що стосується мереж "швидкої їжі".

Статтею 4(а) Регламенту дозволяється встановлення постачальником максимальної ціни продажу або рекомендованої ціни за умови, що такі ціни не дорівнюють фіксованій або мінімальній ціни продажу.

#### *Територіальні обмеження та обмеження щодо покупців*

За Законом забороняється розподіл ринків чи джерел постачання за територіальним принципом, асортиментом товарів, обсягом їх реалізації чи придбання, за колом продавців, покупців або споживачів чи за іншими ознаками (ст. 6) з певними виключенням, передбаченими статтею 10 Закону.

ЦК України до особливих умов договору комерційної концесії відносить умову договору, відповідно до якої користувач має право продавати товари (виконувати роботи, надавати послуги) виключно певній категорії покупців (замовників) або виключно покупцям (замовникам), які мають місцезнаходження (місце проживання) на території, визначеній у договорі (частина 3 ст. 1122).

Стаття 4(б) Регламенту, забороняючи обмеження території або клієнтів, на якій чи яким покупець може продавати товари або послуги за



вертикальною угодою, зазначає у порівнянні з ЦК України більш деталізовані положення щодо можливості застосування обмежень. Вказане включає обмеження продажу виключно територією або групою клієнтів у трьох випадках: обмеження активного продажу на території інших франшизіатів, обмеження продажу кінцевим користувачам покупцем, який діє на оптовому щаблі торгівлі, та обмеження продажу особам іншим, ніж франшизіат.

Крім того стаття 4 містить положення щодо заборони обмежень взаємних поставок між дистрибуторами системи селективної дистрибуції (ст. 4(d)) та обмежень, погоджених між постачальником компонентів та покупцем, який з'єднує ті компоненти, за яким постачальник є обмежений у продажі компонентів запасних частин кінцевим користувачам або майстерням або іншим постачальникам послуг, котрим покупець не доручав ремонт або обслуговування відносно його товарів (ст. 4(e)).

*Зобов'язання не здійснювати конкуренцію*

Закон до антиконкурентних узгоджених дій відносить "дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції" (частина 1 ст. 6). Такі дії, зокрема, включають: усунення з ринку або обмеження доступу на ринок (вихід з ринку) інших суб'єктів господарювання, покупців, продавців; укладення угод за умови прийняття іншими суб'єктами господарювання додаткових зобов'язань, які за своїм змістом або згідно з торговими та іншими чесними звичаями в підприємницькій діяльності не стосуються предмета цих угод; суттєве

обмеження конкурентоспроможності інших суб'єктів господарювання на ринку без об'єктивно виправданих на те причин (частина 2 ст. 6).

За статтею 1122 ЦК України дозволяється у договорі комерційної концесії передбачати такі умови як:

- 1) обов'язок праволодільця не надавати іншим особам аналогічні комплекси прав для їх використання на закріпленій за користувачем території або утримуватися від власної аналогічної діяльності на цій території;
- 2) обов'язок користувача не конкурувати з праволодільцем на території, на яку поширюється чинність договору, щодо підприємницької діяльності, яку здійснює користувач з використанням наданих праволодільцем прав;
- 3) обов'язок користувача не одержувати аналогічні права від конкурентів (потенційних конкурентів) праволодільця;

У Регламенті кордони заборони конкуренції визначені більш вузько. Так, не можливою є пряма або опосередкована заборона конкуренції на невизначений строк або на строк, що перевищує 5 років, за виключенням випадку, якщо діяльність франшизіата здійснюється у приміщеннях, що є власністю франшизіара або орендовані ним (ст. 5 (а)).

Крім того забороняється обмеження франшизіата з вироблення, придбання, продажу, перепродажу товарів після закінчення дії угоди, якщо тільки це не стосується товарів або послуг, які конкурують з контрактними товарами та послугам або є необхідним для охорони переданого франшизіату ноу-хау.

Строк дії такого обмеження становить не більше 1 року після



закінчення угоди за виключенням передачі ноу-хау, де обмеження може покладатися доти, доки ноу-хау не стало загально відомим (ст. 5(b)).

### Висновки.

Аналіз регулювання укладання договорів франчайзингу в Україні та ЄС свідчить, що нормативні акти України не містять відповідні Регламенту (ЄС) № 2790/1999 та Повідомленню Комісії (2000/С 291/01) деталізовані положення щодо таких договорів. Це стосується обмежень цін на товари та послуги, обмежень щодо території та покупців, зобов'язань не здійснювати конкуренцію, а також особливостей вико-

ристання об'єктів права інтелектуальної власності.

Крім того, нагальним є визначення, чи має силу стаття 1122 Цивільного кодексу України у зв'язку з прийняттям Закону України "Про захист економічної конкуренції".

Вважається, що найбільш вдалим вирішенням питань регулювання договорів франчайзингу конкурентним законодавством було б прийняття Антимонопольним комітетом Типових вимог до узгоджених дій щодо комерційної концесії відповідно до його компетенції, визначеної статтею 11 Закону. ♦

### ВИПРАВЛЯЄМО ПОМИЛКИ

Звертаємо вашу увагу на те, що в третьому номері журналу Теорія і практика інтелектуальної власності за 2006 рік, в статті І. Шульпіна "Розрахунок загальної шкоди правовласника при протиправному використанні об'єктів промислової власності (методичні рекомендації)" були допущені неточності в наступних формулах формулах:

на стр. 54, формула (12) має бути такою:

$$D = D_{бр} + \sum_{j=1}^n C_{ж} \quad (12)$$

на стр. 55, формула (15) має бути такою:

$$Z_{заг.ш} = \sum_{t=1}^k ((\Pi_{н.в.і} X O_{к.п.і} + C_{ж} + C_{л}) X (1+D)^t) + Z_{поз.і} X (1+D)^k + Z_{інш.} + M_{ш} \quad (15)$$

на стр. 56, формула (17) має бути такою:

$$Z_{заг.ш} = \sum_{t=1}^k ((\Pi_{н.в.і} X O_{к.п.і} + H_{ж} + \Pi_{л}) X (1+D)^t) + Z_{інш.} + M_{ш} \quad (17)$$

на стр. 56, замість формули (12) має бути формула (19)

$$Z_{заг.ш} = T_{с.і} X M X \sum_{t=1}^k ((\Pi_{н.в.і} X O_{к.п.і} + C_{ж} + C_{л}) X (1+D)^t) + Z_{поз.і} X (1+D)^k + Z_{інш.} + M_{ш} \quad (19)$$

Приносимо свої вибачення автору статті та читачам.