КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ

Подводные камни франчайзинга

Аспекты, на которые следует обращать внимание, заключая договоры франчайзинга

Анжела МАХИНОВА, Дмитрий КУЛЫК • Специально для «Юридической практики»

Вопросам франчайзинга на Украине посвящено немало публикаций. Так, на страницах различных изданий неоднократно появлялись публикации с изложением вопросов общего регулирования франчайзинга, предмета договора франчайзинга, сравнения договора франчайзинга с другими видами договоров и др. В данной же статье мы хотим обратить внимание читателя на некоторые практические проблемы, обусловленные, кроме прочего, поверхностным регулированием франчайзинга на Украине. Сразу отметим, что в рамках одной статьи невозможно описать все проблемные вопросы, поэтому мы остановимся на наиболее актуальных из них, а также обратим внимание на опыт их регулирования в других странах.

Раскрытие информации до заключения договора франчайзинга

В странах, где франчайзинг уже глубоко пустил свои корни и широко используется в самых разных сферах бизнеса, как правило, законодательство выдвигает строгие требования в отношении раскрытия франчайзерами информации своим потенциальным франчайзи.

К примеру, в Италии франчайзер за 30 дней до подписания договора обязан предоставить потенциальному франчайзи: полный текст договора франчайзинга; подробную информацию о себе и передаваемых по договору торговых марках; список франчайзи, входящих в систему, а также торговых точек, находящихся в управлении самого франчайзера; ежегодную статистику изменения количества франчайзи за последние три года; информацию о любых судебных или арбитражных разбирательствах, инициированных против франчайзера за последние три года; описание деятельности, являющейся предметом франшизы (Law «Rules Governing Franchising» No. 129 of 06.05.2009 //www.idiproject.com).

В США вопросы раскрытия информации урегулированы как на уровне отдельных штатов, так и на федеральном уровне. Так, Правила торгового регулирования франчайзинга Федеральной торговой комиссии предусматривают специальную форму раскрытия информации — документ о раскрытии франшизы (www.ftc.gov/os/2007/01/R511003FranchiseRuleFRNotice.pdf). Франчайзер обязан предоставить упомянутый документ потенциальному франчайзи за 14 дней до подписания договора франчайзинга или до осуществления любого платежа за франшизу. Документ о раскрытии франшизы включает 22 отдельные категории информации, подлежащей раскрытию, например: о франчайзере, его материнской компании и связанных компаниях; судебных тяжбах, делах о банкротстве в отношении франчайзера; первоначальном/вступительном и регулярных платежах; размере начальных инвестиций; территории; торговых марках и других объектах интеллектуальной собственности и др. (IDI Project — Country report form on franchising — United States prepared by Carl E. Zwisler // www.idiproject.com).

Столь детальное раскрытие информации о франшизе обеспечивает возможность потенциальному франчайзи надлежащим образом оценить все преимущества и недостатки франшизы, условия договора франчайзинга, финансовые затраты и возможные риски.

К сожалению, законодательство Украины не предусматривает специальных требований в отношении раскрытия франчайзерами информации своим потенциальным франчайзи, что ставит в невыгодное положение в первую очередь украинских франчайзи, вынужденных подписывать договор франчайзинга практически вслепую, полагаясь на добрую волю франчайзера, уполномоченного самостоятельно определять, какую информацию следует раскрыть.

Однако отсутствие специальных требований не означает, что стороны могут безнаказанно утаивать какую-либо информацию о предстоящей сделке. По нашему мнению, руководствуясь принципами справедливости, добросовестности и разумности, перед совершением сделки обеим сторонам все-таки следует раскрывать все существенные обстоятельства, чтобы каждая из сторон четко понимала природу сделки, содержание франшизы, взаимные права и обязательства, другие важные моменты. Иначе существует риск, что заключенный договор франчайзинга может быть впоследствии признан недействительным в судебном порядке как заключенный под действием ошибки или обмана с необходимостью компенсации виновной стороной причиненного ущерба.

Рис. С. Рябоконь

Тестирование франшизы

Поскольку основной целью приобретения франшизы является покупка готовой успешной бизнес-модели, возникает закономерный вопрос: обязан ли франчайзер тестировать франшизу на практике перед тем, как предлагать ее франчайзи. Следует отметить, что этот вопрос поразному урегулирован в разных странах.

Например, в Канаде и США отсутствуют требования в отношении обязательного тестирования франшизы. Вместе с тем права франчайзи как слабой стороны защищены в этом отношении, поскольку на основании информации, которую франчайзер обязан заблаговременно раскрыть франчайзи, последний будет знать, что франшиза не была протестирована, и сможет объективно оценить возможные риски, связанные с приобретением такой франшизы.

Законодательство Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии также прямо не предусматривает обязанность франчайзера тестировать франшизу. Вместе с тем Кодекс этики Британской ассоциации франчайзинга (http://www.thebfa.org/codeofethics.asp) предусматривает, что франчайзер перед тем, как предлагать франшизу, должен успешно опробовать ее в течение разумного периода минимум в одной торговой точке. При этом «успешность» определяется как достаточность уровня прибыльности, получаемой франчайзи при ведении бизнеса, для разумного возврата инвестиций, оплаты всех платежей франчайзеру и обеспечения прибыльности работы франчайзера (IDI Project — Country report form on franchising — UK prepared by John Pratt // www.idiproject.com).

В Италии, напротив, обязанность франчайзера протестировать свою бизнес-концепцию на рынке до начала развития франчайзинговой сети прямо закреплена на законодательном уровне. Вместе с тем не урегулирован порядок такого тестирования, а также ответственность франчайзера в случае его непроведения (IDI Project — Country report form on franchising — Italy prepared by Fabio Bortolotti // www.idiproject.com).

Если же проанализировать законодательство Украины, то оно прямо не обязывает франчайзера тестировать франшизу. Однако, согласно Гражданскому (ГК) и Хозяйственному кодексам Украины (ХК), предметом договора франчайзинга является, кроме прочего, коммерческий опыт и деловая репутация франчайзера. Также франчайзер обязан передать франчайзи техническую и коммерческую документацию, любую другую информацию, необходимую для осуществления прав, предоставленных по договору франчайзинга, предоставить техническую и консультационную поддержку. Следовательно, тестирование франшизы все-таки должно быть осуществлено, иначе франчайзер не сможет получить коммерческий опыт и деловую репутацию, разработать всю необходимую документацию, которые должны передаваться по договору франчайзинга в обязательном порядке.

Форма договора франчайзинга и его государственная регистрация

ГК и ХК Украины предусматривают обязательную письменную форму договора франчайзинга. Кроме того, согласно ХК, такой договор должен заключаться в виде единого документа. Важно отметить, что, согласно Закону Украины «О международном частном праве», даже если к международному договору франчайзинга будет применяться иностранное право, такой договор должен заключаться в письменной форме независимо от места его заключения, если хотя бы одной из сторон такого договора является гражданин или юридическое лицо Украины.

Кроме обязательной письменной формы, ГК и ХК Украины предусматривают обязательную государственную регистрацию договора франчайзинга, изменений к нему и его расторжения. Отсутствие государственной регистрации не влечет недействительность договора франчайзинга, однако лишает стороны права ссылаться на такой договор в отношениях с третьими лицами.

Несмотря на обязательность государственной регистрации, действующее законодательство Украины не предусматривает процедуру ее осуществления. Поэтому на практике, даже если стороны договора франчайзинга обращаются с заявлением о его регистрации, им довольно часто отказывают в ее осуществлении. Впрочем, все-таки желательно обращаться за регистрацией, поскольку, получив официальный отказ, стороны будут иметь документальное подтверждение добросовестности своих действий.

Важно отметить, что помимо обязательной государственной регистрации договоров франчайзинга, законодательство Украины предусматривает добровольную регистрацию лицензионных соглашений (или лицензионных положений договоров) на использование объектов права интеллектуальной собственности, которая может быть полезной как для франчайзера, так и для франчайзи. Следовательно, если стороны договора франчайзинга примут решение о необходимости регистрации его лицензионных положений, то, по сути, им необходимо будет осуществить две регистрации — обязательную регистрацию договора франчайзинга и добровольную регистрацию его лицензионных положений.

Основной задекларированной целью государственной регистрации договоров франчайзинга является контроль государства за соответствием положений договора франчайзинга требованиям законодательства и, соответственно, за соблюдением минимальных гарантий прав сторон. Однако, учитывая упомянутые сложности, связанные с государственной регистрацией договоров франчайзинга, возникает закономерный вопрос — нужна ли такая регистрация в принципе?

Если обратиться к опыту стран, где франчайзинг уже давно завоевал место под солнцем, то, как правило, в законодательстве отсутствует требование обязательной регистрации договоров франчайзинга (например, в Канаде, Великобритании, Германии, Италии, Финляндии, Японии и др.). Например, в некоторых штатах США регистрируется не сам договор франчайзинга, а предложение (оферта) франчайзера (в США это документ о раскрытии франшизы), которое впоследствии будет предлагаться франчайзи. Важно отметить, что если в дальнейшем предложение (оферта) изменяется, то соответствующие изменения также должны регистрироваться (IDI Project — Country report form on franchising — United States prepared by Carl E. Zwisler // www.idiproject.com).

Ответственность франчайзера за деятельность франчайзи

Актуальным является также вопрос ответственности ➡ с. 20

КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ

Подводные камни франчайзинга

⬅ с. 19 франчайзера за деятельность франчайзи, поскольку, хотя франчайзер и франчайзи являются независимыми субъектами предпринимательской деятельности, бизнес франчайзи является «продолжением» бизнеса франчайзера. Законодательство и судебная практика разных стран, как правило, предусматривают возможность привлечения франчайзера к ответственности за действия франчайзи в той или иной мере.

Так, в США франчайзеры часто выступают ответчиками по искам, связанным с деятельностью франчайзи, поскольку они работают под общим брендом. При этом такая ответственность возникает либо из договорных исков, когда истец считает, что франчайзи является агентом или филиалом франчайзера, либо из исков о причинении вреда (*tort claims*), если истец полагает, что такой вред был причинен непосредственно франчайзером или совместно с франчайзи. Последняя группа исков обычно связана с тем, что франчайзер устанавливает небезопасные стандарты, которые франчайзи обязаны соблюдать, и ставшие впоследствии причиной нанесения истцу вреда, или с тем, насколько эффективно франчайзер следит за соблюдением франчайзи установленных стандартов.

Договорные иски подлежат удовлетворению только в том случае, если истец сможет доказать, что у него существовали разумные основания полагать, что франчайзер выступал стороной договора, заключенного истцом непосредственно с франчайзи. В случае же с исками о причинении вреда истцы должны доказать, что франчайзер несет субститутивную ответственность (*vicariously liable*) за действия или бездеятельность франчайзи. Как правило, франчайзеры, установившие стандарты для продукции или услуг, санитарные нормы или требования к безопасности, не соответствующие разумным коммерческим стандартам, привлекались к субститутивной ответственности (IDI Project — Country report form on franchising — United States prepared by Carl E. Zwisler // www.idiproject.com).

В Канаде ограничения ответственности франчайзера за действия франчайзи, предусмотренные в большинстве договоров франчайзинга, как правило, не освобождают франчайзера от ответственности, связанной с претензиями потребителей в отношении гарантий качества товаров/услуг, сделанных на основании информации, предоставленной франчайзером (IDI Project — Country report form on franchising — Canada prepared by Frank Zaid and James Blackburn // www.idiproject.com).

В Италии законодательство и судебная практика в принципе признают юридическую и экономическую независимость франчайзера и франчайзи. Однако в исключительных случаях суды все-таки привлекали к ответственности франчайзеров за действия франчайзи, например, когда франчайзи представлял себя публично как учреждение франчайзера, а не как независимого субъекта хозяйствования, или если существует тесная интеграция между бизнесом франчайзера и франчайзи, что оправдывает прямую ответственность франчайзера перед конечными потребителями (IDI Project — Country report form on franchising — Italy prepared by Fabio Bortolotti // www.idiproject.com).

цитата

Законодательство Украины в сфере франчайзинга нуждается в дальнейшем усовершенствовании. При этом во избежание ошибок представляется важным использование в процессе такого усовершенствования опыта стран, где франчайзинг уже давно обосновался

Что касается украинского законодательства, то франчайзер и франчайзи рассматриваются как независимые субъекты предпринимательской деятельности. Поэтому по общему правилу франчайзер не несет ответственности за действия франчайзи, кроме претензий, связанных с ненадлежащим качеством товаров (услуг, работ).

Общие правила ответственности франчайзера и франчайзи предусмотрены ГК и ХК Украины. Так, франчайзер несет субсидиарную ответственность по требованиям, предъявляемым к франчайзи в связи с несоответствием качества товаров (услуг, работ), проданных (оказанных, выполненных) франчайзи. По требованиям же, предъявляемым к франчайзи как к производителю товаров франчайзера, последний несет солидарную ответственность с франчайзи. Совместная ответственность франчайзера и франчайзи является закономерной и обусловлена, с одной стороны, обязанностью франчайзера контролировать качество товаров (услуг, работ), производимых (оказываемых, выполняемых) франчайзи, с другой — обязанностью франчайзи обеспечивать соответствие качества товаров (услуг, работ), производимых (оказываемых, выполняемых) на основании договора франчайзинга, качеству аналогичных товаров (услуг, работ) самого франчайзера.

Важно также обратить внимание на то, что ГК и ХК Украины, Законом Украины «О защите прав потребителей» отдельно урегулированы вопросы защиты прав потребителей — физических лиц в случае приобретения товаров ненадлежащего качества. Так, потребитель — физическое лицо имеет право обращаться с соответствующими требованиями по своему выбору как к продавцу товаров по месту их приобретения, так и непосредственно к их производителю или к уполномоченным торговым предприятиям или филиалам, представляющим продавца и/или производителя. При этом определение «производитель» в понимании Закона Украины «О защите прав потребителей» достаточно широкое и включает субъекта предпринимательства: а) производящего товар; б) заявляющего о себе как о производителе товара путем размещения своего наименования, торговой марки либо иных идентифицирующих элементов на самом товаре, его упаковке или в сопроводительных документах; в) являющегося импортером. Упомянутые права потребителей не могут быть ограничены ни договором франчайзинга, ни договором, заключаемым между франчайзи и конечным потребителем. Положения договоров, ограничивающие упомянутые права, могут быть признаны недействительными согласно Закону Украины «О защите прав потребителей».

Следует отметить, что ни действующие законодательство Украины, ни судебная практика не устанавливают, как положения ГК и ХК Украины в отношении ответственности франчайзера соотносятся с упомянутыми положениями Закона Украины «О защите прав потребителей». Поэтому сегодня не представляется возможным дать однозначный ответ, могут ли франчайзеры, ссылаясь на положения ГК и ХК Украины, предусматривающие субсидиарную ответственность за продажу товара франчайзи, отказывать потребителям — физическим лицам в рассмотрении их претензий в отношении качества товара до рассмотрения таких претензий франчайзи.

Расторжение договора франчайзинга

Не менее важным является также вопрос расторжения договора франчайзинга. Прежде всего, следует отметить, что законодательство Украины различает «односторонний отказ от договора» и «одностороннее расторжение договора». Так, согласно ГК Украины, одностороннее расторжение договора допускается только в судебном порядке, тогда как односторонний отказ от договора не требует обращения в суд, что должно быть учтено сторонами при подготовке договора франчайзинга.

Таким образом, договор франчайзинга в соответствии с ГК и ХК Украины может быть досрочно расторгнут путем:

а) одностороннего отказа франчайзера или франчайзи от него, если такое право прямо предусмотрено в договоре или законе. Стороны договора франчайзинга, по сути, могут предусмотреть любые основания для одностороннего отказа от такого договора (например, нарушение любых договорных обязательств, изменение определенных обстоятельств) или даже без оснований. Однако с точки зрения исполнимости соответствующих положений на Украине важно, чтобы этот перечень соответствовал принципам справедливости, разумности и добросовестности.

Что касается оснований, предусмотренных законом, то, согласно ГК Украины, любая сторона договора франчайзинга, заключенного на неопределенный срок, имеет право в любое время отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону не менее чем за шесть месяцев, если более длительный срок не предусмотрен договором;

б) одностороннего расторжения договора франчайзинга в судебном порядке по требованию франчайзера или франчайзи в случае:

— существенного нарушения договора франчайзинга. Существенными могут считаться следующие нарушения: ненадлежащее использование франчайзи торговой марки франчайзера, длительное невыполнение обязательств франчайзи по осуществлению предусмотренных договором платежей, нарушение обязательств по ограничению конкуренции, непредоставление франчайзером всей необходимой технической и коммерческой документации;

— существенного изменения обстоятельств, которыми стороны руководствовались при заключении договора. Существенными могут классифицироваться следующие изменения обстоятельств: изменения в законодательстве, упраздняющие налоговые льготы, существенным образом влияющие на дальнейшую реализацию проекта, или же введение обязательного лицензирования, существенно обременяющего стороны. При этом существенность того или иного нарушения или изменения обстоятельств подлежит определению и оценке судом;

— других оснований, предусмотренных договором франчайзинга. Как и в случае с односторонним отказом от договора, стороны могут согласовать любые основания для такого расторжения;

— других оснований, предусмотренных законом: прекращение права франчайзера на торговую марку или иное обозначение, определенное договором, без его замены аналогичным правом; признание франчайзера или франчайзи неплатежеспособным (банкротом); изменение торговой марки или иных обозначений франчайзера.

В то же время стороны вправе расторгнуть договор франчайзинга по взаимному согласию в любое время после его заключения исходя из любых оснований.

В случае неправомерного досрочного расторжения договора франчайзинга одной из сторон, другая сторона вправе требовать его исполнения в натуре в судебном порядке и/или требовать возмещения убытков, причиненных таким расторжением.

Резюмируя вышеизложенное, можно сделать вывод, что законодательство Украины в сфере франчайзинга нуждается в дальнейшем усовершенствовании. При этом во избежание ошибок представляется важным использование в процессе такого усовершенствования опыта стран, где франчайзинг уже давно обосновался. А пока наше законодательство все еще остается «молодым», во избежание всех возможных подводных камней франчайзерам и франчайзи, работающим на украинском рынке, следует подробно урегулировать все взаимные права и обязанности, нюансы взаимодействия непосредственно в договорах франчайзинга...

***МАХИНОВА Анжела** — юрист АО «ЮФ «Василь Кисиль и Партнеры», г. Киев,*

***КУЛЫК Дмитрий** — младший юрист АО «ЮФ «Василь Кисиль и Партнеры», г. Киев*

ИНФОРМАЦИЯ