

С.А, Сосна, Е.Н. Васильева

ФРАНЧАЙЗИНГ

**КОММЕРЧЕСКАЯ
КОНЦЕССИЯ**

С.А. Сосна, Е.Н. Васильева

ФРАНЧАЙЗИНГ

**коммерческая
концессия**

Москва
ИКЦ «Академкнига»
2005

*К 80-летию
Института государства и права
Российской академии наук*

УДК 347 4
ББК 67 404 2
С 66

Сосна С.А., Васильева Е.Н.

Франчайзинг. Коммерческая концессия. - М.: ИКЦ «Академкнига», 2005. - 375 с.

ISBN 5-94628-162-3

В книге рассматриваются вопросы правового регулирования одного из современных, присущих развитой рыночной экономике договоров. Это договор коммерческой концессии по российскому законодательству и его зарубежный аналог — договор франчайзинга, который предоставляет возможность одному предпринимателю представлять себя на рынке, используя средства индивидуализации, деловую репутацию и опыт другого предпринимателя. Наряду с общей правовой характеристикой договора и возникающих на его основе отношений в монографии прослеживаются основные этапы становления франчайзинга, состояние и тенденции развития его правового регулирования в странах, где он получил наибольшее распространение ~ США, Великобритания, ФРГ, Франция. Большое внимание уделено анализу нового интеграционного законодательства в странах Европейского союза. Отдельная глава посвящена российскому законодательству.

Для юристов, экономистов, а также преподавателей и студентов высших учебных заведений, интересующихся теорией и практикой франчайзинга.

ISBN 5-94628-162-3

© С.А. Сосна,
Е.Н. Васильева, 2005
© ИКЦ «Академкнига», 2005

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	7
<i>Глава 1</i> ПОНЯТИЕ И ИСТОЧНИКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГА ЗА РУБЕЖОМ	16
§ 1 Происхождение и эволюция современного франчайзинга	16
§ 2 Сравнительная характеристика нормативных актов о франчайзинге	30
§ 3 Законодательное определение франшизного соглашения	50
§ 4 Судебная практика в области франчайзинга	61
§ 5 Доктринальные подходы к франчайзингу	71
<i>Глава 2</i> ФРАНШИЗНОЕ СОГЛАШЕНИЕ	84
§ 1 Дофраншизный период отношений сторон	84
§ 2 Стороны франшизного соглашения	87
§ 3 Форма и регистрация франшизного соглашения	101
§ 4 Существенные условия франшизного соглашения	103
§ 5 Обязанности сторон по франшизному соглашению	114
§ 6 Ограничения прав сторон	133
§ 7 Платежи франчайзи франчайзеру	142
§ 8 Контроль со стороны франчайзера	148
§ 9 Прекращение, возобновление франшизного соглашения, передача франшизных прав	156

Глава 3. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В ОТДЕЛЬНЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ	Л67
§ 1. Великобритания	167
§ 2. Федеративная Республика Германии	185
§ 3. Франция	199
§ 4. Соединенные Штаты Америки	208
Глава 4. КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ В РОССИИ	225
§ 1. Понятие договора коммерческой концессии по российскому праву и его соотношение с договором франчайзинга	225
§ 2. К вопросу о правовой природе договора коммерческой концессии	231
§ 3. Стороны договора	236
§ 4. Предмет и иные условия договора	246
§ 5. Объекты прав, входящих в предмет договора	266
§ 6. Форма и государственная регистрация договора	291
§ 7. Обязанности и права сторон	298
§ 8. Ограничения прав сторон по договору коммерческой концессии	320
ЗАКЛЮЧЕНИЕ	325
ПРИЛОЖЕНИЕ	333
Регламент Комиссии (ЕС) №4087/88 от 30 ноября 1988 г.	333
Выдержки из Регламента Комиссии (ЕС) от 22 декабря 1999 г.	346
Европейский этический кодекс франчайзинга	347
Глава 54 КГ РФ «Коммерческая концессия»	353

ВВЕДЕНИЕ

С началом в России радикальных экономических реформ в отечественный экономический лексикон вошло новое, ранее не известное понятие - франчайзинг. Получило оно отражение и в гражданском законодательстве России. В частности франчайзинг закреплён в новом Гражданском кодексе РФ, хотя не совсем точно назван в нем коммерческой концессией. В последние годы франчайзинг начинает проникать и в российскую предпринимательскую практику.

Хотя номинально франчайзинг - всего лишь одна из многих ныне практикуемых тн сетевых товаро-распределительных и сервисных структур, во многих странах мира, где франчайзинг получил массовое распространение, он рассматривается гораздо шире и глубже - как особая, отвечающая потребностям современного рынка «философия» предпринимательства, как новая, прогрессивная система организации бизнеса и этики деловых отношений. В докладе, посвященном перспективам и проблемам развития франчайзинга в США, Комитет по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США повторил ранее высказанную точку зрения, что франчайзинг стал наиболее динамичным видом предпринимательства после изобретения столетие назад формы коммерческой корпорации. Ныне, по мнению Комитета, франчайзинг представляет собой «доминирующую силу» в сфере Распределения товаров и услуг, «волну будущего» на американском рынке. По оценке журнала «Тайм», которую Комитет приводит в своем докладе, к 2000 г франчайзинг должен был стать «главным методом ведения бизнеса» в США¹

Что же представляет собой франчайзинг⁷ Упрощенно его можно охарактеризовать как особый метод или способ коммерческой деятельности, когда индивидуальный предприниматель или небольшое коммерческое предприятие договаривается с крупной фирмой, хорошо известной и пользующейся добротной репутацией на национальном или международном рынке, о том, что этот предприниматель (или предприятие) будет вести свои коммерческие операции под именем такой фирмы или под торговой маркой, либо оказывать свои услуги под фирменным знаком обслуживания

Чтобы сразу стало понятно о чем идет речь, приведем пример всемирно известной канадско-американской корпорации «Макдоналдс» с ее сетью из более чем 20 тысяч ресторанов, разбросанных по всему миру Эти рестораны — не фирменные подразделения «Макдоналдс», не филиалы и не дочерние предприятия. Это — совершенно «чужие», независимые от корпорации коммерческие заведения, «купившие» у «Макдоналдса» право на вывеску (т.е. право именоваться «Макдоналдсом»), на одинаковое внешнее оформление элементов заведения и его интерьера, на методы производства, рецептуру продукции и униформу служащих. Иными словами, это копии оригинального «Макдоналдса», ничем не отличные от оригинала. Посетители, привлеченные мировой известностью и высоким уровнем обслуживания «Макдоналдса», часто не подозревают, что имеют дело не со знаменитой фирмой, а всего лишь с местным предприятием, «купившим» ее имя и рыночный образ.

Это и есть франчайзинг, а отношения, связывающие фирму-обладателя фирменного наименования и торговой марки (правообладателя) с предпринимателями или предприятиями, которым она «продала» право на использование своей фирменной атрибутики (пользователями), именуются франчайзинговыми (или франшизными). Ограничимся пока этим предварительным, предельно упрощенным определением франчайзинга и франшизных отношений.

За предоставленные ему исключительные права пользователь уплачивает правообладателю согласованное во франшизном договоре вознаграждение.

Хотя термин «франчайзинг» (franchising) в его современном значении обязан своим происхождением США, он широко употребляется и в других странах мира. В национальном праве многих из них просто не существует эквивалентных франчайзингу терминов. В зависимости от контекста, в котором используется этот термин, франчайзинг может означать как способ коммерческой деятельности, так и особую разновидность предпринимательского договора, а также характер правоотношения из договора. Во франкоязычных странах наряду с «франчайзингом»

нередко употребляются термины «contrats de franchise, contrats de franchissage», которые дословно означают договор франшизы (франчайзинга). Все эти термины используются в настоящей работе как синонимы, когда речь идет о договоре сторон по франчайзингу.

Сторона, предоставляющая по договору права пользования («франшизу»), по-английски именуется франчайзер (franchisor) с ударением на втором слоге, а сторона, приобретающая франшизу, — франчайзи (franchisee) с ударением на последнем слоге. По-французски стороны именуются соответственно franchiseur (франшизёр) и franchise (франшизе) с ударением в обоих случаях на последнем слоге.

Нередко для обозначения сторон по франчайзингу используются и другие термины. Вместо «франчайзер» говорят, например, «головное предприятие», «фирма», вместо «франчайзи» — «оператор», «лицензиат», «дилер», «филиал», «концессионер». Эти термины неточны, потому что ими могут обозначаться участники и других, помимо франчайзинга, договорных отношений. Поэтому в настоящей работе используются только оригинальные термины — «франчайзер» и «франчайзи», за исключением случаев, когда приводятся цитаты из нормативных документов или исследований других авторов, в которых франчайзер и франчайзи именуются по-иному,

В экономическом плане франчайзинг — эффективный способ кооперации крупных и мелких предприятий. Возникающие между ними отношения цементируются глубокой экономической заинтересованностью друг в друге корпорации-правообладателя и предприятия-пользователя. Ключевое значение для правообладателя приобретает то обстоятельство, что пользователь является независимым субъектом рыночных отношений, самостоятельным предпринимателем, владельцем собственного бизнеса. Осуществляя франчайзинговую (франшизную) деятельность, он выступает в обороте от своего имени, принимает обязательства и несет ответственность собственным имуществом. Это заставляет его полностью «выкладываться». Участие собственного капитала пользователя во франшизном бизнесе — лучшая гарантия для правообладателя, что обязательства пользователя будут им успешно выполнены. Фирма-правообладатель отдает себе отчет в том, что, организуй она собственную, фирменную сбытовую сеть, такая сеть, возможно, была бы не столь эффективной, как франшизная, потому что служащие не несут ответственности за свои действия собственным имуществом. Их профессиональные промахи грозят им максимум увольнением, тогда как предприниматель — участник сбытовой франшизной сети — разоряется.

Очень важно и то, что создание франшизной сети позволяет фирме-правообладателю существенно снизить издержки обращения,

в частности, избежать весьма капиталоемких затрат на организацию и содержание собственных, фирменных сбытовых служб. Высвободившиеся средства он может направить на расширение и модернизацию своего производства. Особенно эффективной для правообладателя оказывается франшизная сбытовая сеть, когда ему предстоит действовать в незнакомых условиях, например за рубежом, осваивать удаленные рынки, а в роли пользователей выступают местные предприниматели, которым больше доверяют и которые хорошо знакомы с потребностями, привычками, вкусами и традициями местных покупателей, заказчиков, клиентов. Они могут подбирать и приобретать у фирмы-правообладателя наиболее ходовые и пользующиеся спросом на локальном рынке модификации товаров, доводить их до уровня местных требований либо сами производить такие товары (услуги) по лицензии и с помощью фирмы-правообладателя.

Чем успешнее ведет свой бизнес пользователь, тем больше выигрывает и правообладатель, и не только за счет возрастания размеров причитающегося ему вознаграждения, но и потому, что его товар, его имя, торговая марка и другая фирменная символика продолжают завоевывать рынок уже усилиями пользователя. Собственнический статус пользователя и его ответственность своим имуществом делают франшизную сеть стабильной и гибко реагирующей на запросы потребителей. Зависимость пользователя от предоставленных ему исключительных прав и принятые им на себя обязательства придерживаться в своей деятельности стандартов и качества не ниже, чем у фирмы-правообладателя, позволяют последней контролировать франшизную сеть до такой степени, как если бы это была ее собственная, фирменная сбытовая сеть.

Но и пользователь в неменьшей степени заинтересован в совместной деятельности с фирмой. Ему не надо отвоевывать себе место под рыночным солнцем в ожесточенной борьбе с конкурентами. Вступая под сень и опеку общепризнанного рыночного «гранда» (правообладателя), пользователь оказывается защищенным от конкуренции. На отведенной ему «заповедной» территории он надежно прикрыт фирменным именем правообладателя, его торговой маркой, обеспечен коммерческим искусством и опытом своего «опекуна», который как бы говорит «подопечному», «поступай, как я, и преуспеешь».

В результате выполнения фирмой-правообладателем своих обязательств перед пользователем последний располагает такими возможностями для деятельности, которые недоступны другим начинающим предпринимателям. К тому же услуги, которые правообладатель оказывает пользователю, обычно предоставляются им по щадящим це-

нам (например, продукция правообладателя продается пользователям по оптовым ценам либо даже по себестоимости, иногда со скидками) Полный набор таких услуг планируется и осуществляется правообладателем таким образом, чтобы позволить пользователю достичь той же или даже более значительной степени успеха, которой добилась сама фирма-правообладатель Понятно, почему франчайзинг в международной литературе характеризуется еще и как система льготного предпринимательства либо сотрудничества сторон на договорно-предпринимательской основе² Франчайзинг — едва ли не единственный вид предпринимательства, побуждающий крупный капитал заботиться о развитии малого и среднего бизнеса, брать его под свое крыло, опекать, создавать условия для его процветания

Благоприятный предпринимательский климат, создаваемый для пользователей, делает их бизнес гораздо более устойчивым и надежным Статистика наглядно подтверждает живучесть предприятий, присоединившихся к франшизной сети, по сравнению с иными предприятиями Так, через 1 год выживают 97% франшизных предприятий и 62% — других, через 5 лет — 92% франшизных и 23% иных, через 10 лет — 90% франшизных и 18% прочих³

От франчайзинга объективно выигрывает и третья заинтересованная сторона — рядовой потребитель, заказчик, клиент, которым товары и услуги предлагаются не на единообразных условиях фирменной торговли и сервиса, а на индивидуальных условиях множества независимых франшизных заведений Франчайзинг защищает франшизную сеть от конкуренции «извне», со стороны «чужих» Однако он не запрещает пользователю посредством более благоприятных условий торговли или обслуживания привлекать к себе потребителей из других франшизных территорий Поэтому потребитель всегда может найти у кого-то из пользователей товар подешевле и услугу доступнее при гарантированно высоком фирменном качестве товара и уровне обслуживания

От развития франчайзинга выигрывает и общество в целом Франчайзинг становится сферой притяжения для многих людей, располагающих свободными, хотя и скромными сбережениями или иными финансовыми средствами и мечтающих основать собственный не-большой бизнес, благо франчайзинг дает им возможность опереться на сильных и опытных рыночных партнеров Современные процессы социально-экономического развития в странах с рыночной экономикой заметно увеличивают число таких потенциальных участников

² Мендельсон М Руководство по франчайзингу (пер с англ) М Сиблс Интернешнл, Лтд , 1995 С 9-10

³ Аргументы и факты М , 1998, №9, с 7

франшизных отношений. Среди них высвобождающиеся работники отраслей экономики, сворачивающихся в результате научно-технического прогресса или конверсии ВПК, отставные военнослужащие, уволенные в ходе сокращения вооруженных сил, пенсионеры, домохозяйки, выпускники учебных заведений, не сумевшие устроиться по специальности, иммигранты и др. Найдя свое призвание во франчайзинге, они существенно пополняют прослойку мелких предпринимателей-собственников, укрепляя тем самым социальную опору современного государства — средний класс общества.

Все эти особые качества франчайзинга делают очевидной необходимость его интенсивного развития в России

Франчайзинговая деятельность в России только начала появляться. При этом, поскольку понятие франчайзинга не получило прямого отражения в нормативных актах, а ГК РФ содержит нормы о договоре коммерческой концессии, то сейчас в нашей стране зачастую под франчайзингом понимаются самые разные договоры. Это, например, т.н. дистрибьютерские договоры, дилерские договоры, которые также, кстати, не поименованы в законодательстве РФ. Одни отождествляют с франчайзингом коммерческую концессию, в то время как другие утверждают, что договор коммерческой концессии, как он представлен в ГК РФ, не является договором франчайзинга в общепринятом в международном сообществе понятии, хотя он и имеет с ним некоторые общие черты. Иногда отношения франчайзинга оформляются путем заключения смешанного договора, который соединяет в себе отдельные элементы лицензионных, авторских договоров, договоров поставки и других. Тем не менее можно сделать вывод, что в России наблюдается интерес к франчайзингу, и не только теоретический, хотя на практике его иногда воспринимают как некую экзотику

Однако первые шаги по развитию франчайзинга в России уже сделаны. Еще в период существования СССР (с 1972 г.) по договору с корпорацией «Пепсико» ряд советских предприятий производили прохладительные напитки («Пепси-Колу» и «Фанту») из сиропов и концентратов корпорации в соответствии со стандартами и под ее торговой маркой. В постсоветский период (в начале 1990-х годов) пионером развития франчайзинга в России стала научно-производственная фирма «Дока» во главе с известным российским предпринимателем В. Довганем⁴. «Дока» разрабатывала и производила оборудование для

⁴ Перу В. Довганя принадлежит одна из первых и пока еще немногих популяризаторских работ по франчайзингу, на которую есть ссылки и в данной монографии (*Довгань В. Франчайзинг: путь к расширению бизнеса* М. Дока-Пресс, 1994).

переработки сельхозпродукции (мини-пекарни, пиццерии, линии по производству чипсов), которое на условиях франчайзинга предоставлялось начинающим предпринимателям. Тем самым под маркой «Дока-пицца» и «Дока-хлеб» в России, а также в странах СНГ, развивался малый, в том числе семейный бизнес.

Позднее возникли и успешно действуют франшизные сети российских компаний, такие как «Русское бистро», «Русская трапеза», «Золотой цыпленок» (сеть закусочных быстрого обслуживания), «Хлебное дело», «Партнер» (детское питание), «Синий кристалл» (прачечные), «Модный трикотаж» (розничная торговля), «IC» (электронные программные продукты) и некоторые другие.

Активно действуют в России и первые иностранные франчайзеры. Помимо упоминавшейся «Пепсико» свои франшизные сети создали, в частности, такие известные корпорации, как «Кока-Кола» (более 10 компаний франчайзи в разных городах России), «Баскин Роббинс» (тоже порядка 10 франчайзи), «Пицца-Хат», «Рибок», «Компьютерленд», и ряд других. Объявила о намерении создать франшизный бизнес в России всемирно известная корпорация «Батя» (обувь и аксессуары). Голландская торговая сеть «Спар» планировала открыть в России к лету 2003 г. 30 магазинов для торговли продовольственными товарами на условиях франчайзинга. А вот знаменитый «Макдоналдс», деятельность которого была приведена в качестве классического примера современного франчайзинга, в России не отвечает главному отличительному признаку франшизного предприятия - полной финансовой и юридической независимости от правообладателя, в данном случае от своего заокеанского прародителя. «Макдоналдс» в России — это совместное российско-американское предприятие (80% акционерного капитала у американской стороны), которому принадлежат все фирменные рестораны в России.

Безусловно, российскому франчайзингу пока еще далеко до американских или западно-европейских масштабов, однако для его дальнейшего развития в России открываются совершенно необозримые перспективы. По сравнению с переуплотненными зарубежными рынками потребительских товаров, услуг, товарных знаков и лицензированной торгово-сетевой розницы российский рынок с его огромными размерами и многомиллионным населением представляет для франчайзинга подлинную целину

Как и во всем мире, развитие франчайзинга в России поощряется снизу, со стороны общественности и деловых кругов. Уже несколько лет как создана и действует Российская ассоциация франчайзинга (РАФ). Ею принят, в частности, Этический кодекс РАФ и подготовлен проект Федерального закона «О внесении изменений

и дополнений в главу 54 Гражданского кодекса Российской Федерации», призванные привести нормы главы 54 в соответствие с понятиями и терминами франчайзинга.

В предлагаемой читателю монографии исследуется правовая природа франчайзинга за рубежом и коммерческой концессии в нашей стране, приводятся отличия договора франчайзинга от других видов предпринимательских договоров, анализируются общие условия франшизного соглашения, рассматриваются основные положения правового регулирования франчайзинга в зарубежных странах и коммерческой концессии в России. Объективное состояние развития отношений франчайзинга в других странах и в нашей стране побудило авторов по-разному подойти к рассмотрению этих двух договорных форм.

Если как метод ведения предпринимательской деятельности франчайзинг (коммерческая концессия) в России уже сделал первые шаги, то как правовой феномен он мало известен российскому предпринимателю. Но без знания правовых основ регулирования, соответствующих данному феномену, его дальнейшее распространение невозможно. Поэтому в предлагаемой книге детально проанализировано и прокомментировано российское законодательство о франчайзинге, в частности, гл. 54 ГК РФ, регулирующая договор коммерческой концессии. Кроме того, рассмотрены некоторые другие положения гражданского законодательства РФ, которые широко используются в договорной практике франчайзинга (нормы о промышленной и интеллектуальной собственности, о лицензионных договорах и др.). Анализ законодательства выдержан практически в прикладном ключе, что позволит российским предпринимателям, заинтересовавшимся этим новым для нас видом бизнеса, пользоваться книгой в известной мере как юридическим путеводителем по франчайзингу.

В какой мере нормы договора коммерческой концессии могут быть использованы при регулировании отношений франчайзинга, каково соотношение франчайзинга и коммерческой концессии, какова их правовая природа, что представляет собой правовая база для развития соответствующих отношений в России, насколько она адекватна экономическим целям франчайзинга, каково «качество» этой правовой основы и каковы пути и способы ее дальнейшего совершенствования, какие юридические особенности договора коммерческой концессии должны учитывать предприниматели, желающие вступить в эти отношения, – попытка ответить на эти и другие вопросы содержится в одной из глав.

Несколько иной подход был осуществлен в тех главах монографии, которые посвящены регулированию франчайзинга за рубежом. Поскольку российское законодательство о франчайзинге следовало в основном западным правовым образцам, то авторы сочли целесообразным познакомить российского читателя прежде всего с общей концепцией франчайзинга на Западе, с его правовыми основами, с тем местом, которое он занимает как в системе предпринимательских, так и гражданско-правовых, договорно-обязательственных отношений.

Вместе с тем авторы считают необходимым показать, что отношения франчайзинга отнюдь не всегда исполнены гармонии и полного взаимодоверия сторон, как это может показаться с первого взгляда, что франчайзинг, хотя он и построен на взаимозависимости и взаимодополняемости сторон, не свободен от рисков, противоречий и конфликтов. Хотя франчайзи — фигура необходимая для франчайзера, а франчайзинг принято характеризовать как льготное предпринимательство, франчайзера ни в коем случае нельзя рассматривать как мецената или бескорыстного благодетеля, а франчайзинг — как благотворительность. Хотя у сторон франшизного соглашения имеется определенный общий интерес, каждая из них преследует прежде всего свои собственные цели. В процессе их осуществления стороны могут конфликтовать, что часто имеет место на практике.

В предлагаемой книге проблемы взаимоотношений франчайзера и франчайзи рассматриваются достаточно подробно на примере стран с давно существующими и высокоразвитыми отношениями франчайзинга (прежде всего в США). Возможно, эти проблемы станут для нас актуальными еще не скоро, но с развитием коммерческой концессии (франчайзинга) в России они в том или ином виде неизбежно проявятся. О них полезно знать и нашему законодателю, потому что зарубежный опыт регулирования франчайзинга позволяет уже сейчас предупредить некоторые проблемы, с которыми может столкнуться в будущем российский законодатель.

Монография написана научными сотрудниками Института государства и права РАН С.А. Сосной (главы 1—3) и Е.Н. Васильевой (глава 4, комментарий к главе 54 ГК РФ).

Авторы выражают глубокую признательность Е.В. Смирновой за разрешение использовать выполненный ею перевод с английского языка «Регламента Комиссии (ЕС) № 4087/88» и «Европейского этического кодекса франчайзинга».

ПОНЯТИЕ и ИСТОЧНИКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГА ЗА РУБЕЖОМ

I

§ 1. Происхождение и эволюция современного франчайзинга

В своем современном облике франчайзинг зародился в США во второй половине XIX в., после завершения Гражданской войны. Считается, что первой «чистый» франчайзинг в 1863 г. начала практиковать фирма изобретателя знаменитых швейных машинок Й. Зингера. Она стала взимать плату с розничных продавцов зингеровских изделий за предоставляемое им исключительное право сбывать продукцию и обслуживать покупателей на отведенной для каждого из них территории США. Другой вехой в развитии современного франчайзинга стал 1898 г., когда корпорация «Дженерал Моторс» стала привлекать независимые дилерские фирмы для сбыта своих автомобилей на территории, закрепленной за каждой из них. Дилеры должны были вложить собственный капитал, чтобы обеспечить высокий уровень обслуживания покупателей и тем самым поддерживать имидж фирмы-производителя. Кроме того, они обязывались не продавать на закрепленной за ними территории автомобили других производителей. Тем самым «Дженерал Моторс» расширила свою распределительно-сбытовую (дистрибьюторскую) сеть способом, не требующим затрат собственного капитала. В 1899 г. франчайзинг стала практиковать корпорация «Кока-Кола».

Позднее, уже в начале XX в., франчайзинг в США проник в сферу розничной торговли товарами массового спроса. В частности, на его основе впервые была организована общенациональная сеть универсамов "Вулворт". Затем франчайзинг утвердился в сферах бытового обслуживания, досуга, развлечений. Возникли новые общенациональные сети и "цепочки" киосков по продаже мороженого "Баскинс Роббинс", химчисток ковровых изделий, танцевальных залов А. Мюрре и другие.

Заметное ускорение в развитии франчайзинга в США пришлось на послевоенные годы, начиная с 1950-х. Толчком к быстрому росту наиболее популярных и распространенных форм франчайзинга в США послужили массовая автомобилизация населения, строительство густой сети высококачественных межштатных автомагистралей, возникновение постоянных мощных миграционных и туристических потоков, что потребовало создания адекватного дорожного хозяйства, авторемонтных и заправочных систем, организации индустрии отдыха, быта, размещения, питания и обслуживания десятков миллионов людей «на колесах». Именно в 1950-е годы возникли всемирно известные «империи» общепита, объединяемые такими мощными франчайзерами, как «Макдоналдс», «Кентакки Фрайд Чикенс», «Севен-ап», «Вимпи», несколько позднее — «Пицца-Хат» и другие сети и «цепи» ресторанов, кафе, закусочных быстрого обслуживания. В гостиничном бизнесе широкую известность получили такие «киты» франчайзинга, как «Хилтон», «Шератон», «Холидей-инн».

Но настоящий бум в развитии франчайзинга наступил в 70—80-е годы XX в. и позднее, когда антитрестовское законодательство США существенно пересмотрело свои позиции по отношению к этой новой разновидности бизнеса. Так, в 1988 г. в США насчитывалось 3 тысячи компаний-франчайзеров примерно в 45 отраслях экономики, объединявших 416878 «точек» — франчайзи⁵. Ныне число «франшизированных» отраслей превысило 60.

Среди этих «точек» — бензозаправочные станции, автомастерские и автошколы, пункты проката разнообразной техники, универсальные и специализированные магазины, ремонтно-строительные предприятия, сервисные, маркетинговые и консалтинговые агентства для предпринимателей, лечебно-восстановительные и оздоровительные центры, салоны моды и косметических услуг, аптеки, центры профориентации и переподготовки рабочей силы, частные службы трудоустройства и сыскные бюро, агентства по оказанию услуг на дому, группы и центры дошкольного воспитания, агентства путешествий, химчистки и прачечные, риэлтерские агентства, охранные бюро, пункты по оказанию компьютерных услуг, ремонту бытовой, электрической и электронной аппаратуры, магазины полуоптовой торговли и многие, многие другие. Все они действуют под фирменным наименованием или коммерческим обозначением одного из флагманов своей отрасли, выступающего в роли центра франшизного сообщества.

По оценкам Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, в 1990 г. франчайзинг составлял примерно треть объема розничной торговли в США⁶. Ожидалось, что к концу столетия эта цифра возрастет до половины объема. Франчайзинг обеспечивает 13% национального богатства США в валовом национальном продукте — это в 3 раза больше, чем торговля автомобилями. Как работодатель франчайзинг предоставляет свыше 7 млн. рабочих мест⁷.

Естественно, что США в лице своих транснациональных корпораций стали крупнейшим экспортером франчайзинга как одного из наиболее перспективных методов предпринимательства. «Кока-Кола», «Пепсико», «Компьютерленд», те же «Макдоналдс», «Пицца-Хат», «Хилтон», «Шератон» и многие другие американские корпорации-франчайзеры подбирают за границей местных предпринимателей-франчайзи, обеспечивают их передовыми технологиями, обучают современным приемам ведения бизнеса и маркетинга, помогая тем самым становлению местного национального предпринимательства и удостаиваясь благосклонного отношения местных властей. На 1994 г. более 350 американских фирм и их франчайзи владели более чем 32 000 торговых предприятий в других странах⁸. Возникновение гигантских международных франчайзинговых сообществ отвечает современной тенденции к интернационализации и глобализации национальных экономик и в свою очередь усиливает эту тенденцию.

Позднее в роли франчайзеров начинают выступать уже и местные, национальные крупные компании. За пределами США франчайзинг по понятным причинам получил наибольшее распространение в Канаде: в 1986 г. в этой стране насчитывалось 1440 компаний-франчайзеров (из них 240 — американские), объединявших более 60 000 франчайзи⁹. К концу века на долю франчайзинга приходилось 40% объема розничной торговли в Канаде. В ряде других стран статистика насчитывала: в Японии (1988 г.) 619 франчайзеров и 102 397 франчайзи; во Франции (1991 г.) 600 и 33 000 соответственно; в Великобритании (1990 г.) 379 и 18 620; в Испании (1989 г.) 200 и 20 000¹⁰; в ФРГ (Западная Германия, 1989 г.) 180 и 9000; в Италии (1989 г.) 271 и 8432.

⁶ Franchising in the US economy P 13—14.

⁷ Довгань В Франчайзинг* путь к расширению бизнеса. М * Дока-Пресс, 1994, с 15

⁸ Там же, с. 17.

⁹ Franchising in the US economy, p. 17.

¹⁰ Franchising in Europe Cassel. L—N.Y., 1992 P. 1—5

В таких странах, как Голландия и Финляндия, франчайзинг объединяет многие сельскохозяйственные кооперативы с оборотом в миллиарды долларов. В Австралии свыше 90% торговли на предприятиях быстрого обслуживания осуществляется на условиях франчайзинга.

Учитывая, что бурный рост франчайзинга в Европе, Японии, Австралии и в других странах продолжается (так, с начала 1970-х и до конца 1980-х годов количество европейских франчайзеров ежегодно возрастало на 10%), можно утверждать, что к настоящему времени приведенные выше цифры существенно возросли¹¹.

Феномен быстрого, порой лавинообразного развития франчайзинга вызвал в международной литературе характерные комментарии о «вегетативном размножении»¹² и даже о «клонировании»¹³ франшизного бизнеса. Оба термина, заимствованные из биологии, обозначают различные способы размножения живых организмов и призваны подчеркнуть высочайшую степень подобия франчайзи франчайзеру, их максимальное «родство».

В последние десятилетия не только американские, но и европейские, японские, канадские, австралийские франчайзеры интенсивно развивали свои франшизные сети уже за пределами своих государств, в частности в странах третьего мира. Среди обстоятельств, способствовавших этой экспансии, исследователи выделяют четыре главных¹⁴.

Во-первых, франчайзинг получил в последние 30 лет широкое признание как несложный, доступный, практичный способ организации бизнеса в зарубежных странах даже с учетом значительных начальных затрат на него.

Во-вторых, иностранные товары и услуги ныне становятся зачастую хорошо известными за пределами страны их происхождения, благодаря, в частности, рекламированию, таким образом, существует практически готовый рынок для их продажи, так как потребители уже получили информацию об этих товарах и услугах.

¹¹ Так, к началу XX в. в Великобритании число франшизных сетей превысило 600, на долю которых приходилось треть розничной торговли в стране. {*Maitland L. Franchising. A practical guide for franchisors and franchisees. Chalford, 2000. P. 15, 17*}. В Австралии в 2002 г. число франшизных сетей достигло 747, сосредоточивших в своих руках не менее существенную часть розничной торговли.

¹² *Стэнворт Дж., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе. М.: Аудит, 1986, с. 71.*

¹³ *Adams J. N. No deduction or set-off clauses / The Modern law review, 1994. T. 57, N 6, p. 960.*

¹⁴ *Garnet Pol FJ. Franchise agreements with the European community. London, 1997, N 4, p. 6.*

В-третьих, национальные рынки франчайзеров могут быть настолько насыщены, что побуждает их искать возможности сбыта своих товаров за границей. Наконец, в-четвертых, международный франчайзинг несет экономическое развитие странам третьего мира так же, как и бывшим странам с государственной экономикой. В результате действия перечисленных и ряда других факторов франчайзинг, как отмечалось, ныне получил распространение более чем в 80 странах мира. Его быстрое развитие вширь, несомненно, будет продолжаться и впредь, прежде всего за счет еще не освоенных им гигантских товарных рынков, возникших после распада СССР и мирового социалистического лагеря, а также перехода на рыночные методы хозяйствования таких стран, как КНР, Вьетнам и ряда других.

В этой связи обращает на себя внимание еще одно перспективное свойство франчайзинга. Будучи по своему происхождению и сфере действия частнопредпринимательским феноменом, он в последние годы находит растущее применение и в государственном секторе экономики, в том числе в некоторых отраслях, которые традиционно относятся к естественным монополиям. При этом франчайзинг может использоваться и как средство демонополизации отрасли и постепенной приватизации государственной собственности. Так, в Великобритании более двух десятков компаний — операторов грузовых железнодорожных перевозок, получив у Британской государственной железнодорожной корпорации (франчайзера) ее символику и товарный знак («Бритиш рейл»), арендуют на основе франчайзинга рельсовые пути, станции и подвижной состав и эксплуатируют их. Договор франчайзинга заключен на 7 лет, после чего право на эксплуатацию данного участка железных дорог *по тендеру вновь будет оспариваться компаниями-операторами*.

Из этого примера явствует, что отношения франчайзинга в принципе могут устанавливаться при любой форме собственности франчайзера: частной, муниципальной, государственной и др. Обязательным условием является только способность франчайзера обеспечить франчайзи всем необходимым набором франшизных услуг. Выход франчайзинга за пределы его традиционных областей применения, безусловно, повлечет за собой диверсификацию и обогащение его предпринимательских методов.

В соответствии с функциональным назначением и особенностями организации предпринимательской деятельности различается несколько разновидностей франчайзинга. Единого мнения о таких разновидностях нет, что отражает как своеобразие франчайзинга в той или иной стране, так и субъективные представления о нем различных специалистов. Так, известный российский предприниматель

В Довгань выделяет 3 разновидности франчайзинга товарный, производственный и деловой. Первый подразумевает, что франчайзи покупает у компании-производителя право на продажу товаров с ее торговой маркой. Прототипом товарного франчайзинга стал автомобильный и бензиновый бизнес США начала XX в., когда независимые дистрибьюторы приняли на себя функции по организации сбыта автомобилей и содержания сети бензоколонок.

Производственный франчайзинг относительно широко представлен в сфере производства безалкогольных напитков, когда предприятия по разливу и упаковке напитков выступают в роли франчайзи по отношению к производителям концентратов напитков.

Наиболее популярен деловой франчайзинг, при котором франчайзер уступает частным лицам или другим компаниям лицензию на право открытия магазинов, киосков, павильонов для продажи покупателям продуктов или оказания услуг под фирменным наименованием франчайзера.

Английский автор Л. Мейтланд обосновывает деление франчайзинга на отдельные разновидности в зависимости от возможностей и намерений франчайзи. По этим критериям он выделяет личный (индивидуальный) франчайзинг, деловой франчайзинг (правда, понимаемый по-иному, чем у В. Довганя) и инвестиционный франчайзинг. Первый (job franchise) типичен для индивидуальных лиц, стремящихся в одиночку создать и вести очень скромное франшизное дело по продаже товаров или оказанию услуг непосредственно у себя на дому или с использованием транспортного средства. Подобный франчайзинг требует минимального оборудования, товарных запасов, приобретения транспорта и обходится франчайзи в общей сложности в скромную сумму 5 тыс. Ф.с. (фунтов стерлингов, примерно 8 тыс. долл. США). Доходы от такого франчайзинга обычно тоже скромны и могут быть сопоставимы с заработком служащего на аналогичных должностях. Иными словами, предприятие просто покупает себя.

Деловой франчайзинг (business franchise), по Л. Мейтланду, — это типично семейный или иной родственно-групповой бизнес, более существенное и дорогостоящее предприятие по продаже товаров или оказанию услуг с использованием торгового помещения типа магазина или офиса. Стоимость такого предприятия от 30 до 100 тыс. Ф.с., включая недвижимость, установки, приспособления, оборудование, машины, запасы товаров и прочую значительную по стоимости собственность. Естественно, финансовые поступления от такого франшизного бизнеса должны быть гораздо больше, чем от личного (индивидуального) франчайзинга.

Наконец, т.н инвестиционная франшиза (франчайзинг) приобретает коммерческой организацией, стремящейся к получению долгосрочных процентов на вложенный ею капитал, а не просто регулярных доходов. Для этой цели компания зачастую набирает команду менеджеров для организации продажи товаров или оказания услуг. Инвестиции в такого рода франчайзинг превышают 300 тыс.Ф.е. В условиях Великобритании, например, за такие деньги можно купить франшизу у «Макдоналдса»¹⁵.

По нашему мнению, более правильной представляется классификация франчайзинга, в основе которой лежат не родовые признаки продаваемых товаров (автомобили, напитки и т.д.) или стоимость франшизы, а характер производственно-технологических и юридических отношений между франчайзером и франчайзи. По этому признаку французский автор Ф. Бесси тоже выделяет три разновидности франчайзинга: сервисный, распределительный (сбытовой, торговый) и производственный (или промышленный)¹⁶. Такое деление более обосновано, особенно если учесть, что в Европе для каждой из таких разновидностей существует официальное определение, выработанное Судом Европейского союза.

Так, согласно Решению Суда № 161 от 28.01.1986 г., под сервисным франчайзингом понимают договор, по которому франчайзи, действуя в соответствии с указаниями франчайзера, предоставляет услуги под фирменным обозначением и знаком обслуживания франчайзера. Производственный франчайзинг, по определению Суда, — это договор, по которому франчайзи, действуя в соответствии с указаниями франчайзера, сам изготавливает продукцию, которую он продает под торговой маркой франчайзера. Торговый франшизный договор — это договор, по которому франчайзи ограничивается сбытом определенной продукции в торговом заведении, имеющем фирменное обозначение франчайзера. Позднее главный исполнительный орган Европейского союза - Комиссия ЕС сформулировала на основе этих определений собственные, более развернутые, нормативные определения отдельных видов франчайзинга. Они рассматриваются ниже.

Наибольшее распространение в мире получили торговый и сервисный франчайзинг, причем очень часто тот и другой применяют в комбинированном виде, поскольку оказание услуг обычно сопровождается

¹⁵ *Maaland L. Franchising A practical guide for franchisors and franchisees* Chalford, 2000 P 14-15

¹⁶ *Bessis Ph. Le contrat de franchrissage* Montchretien Pans 1986 p 109.

поставкой необходимых для них товаров (материалов, сырья, компонентов, запчастей и тп), так же, как продажа изделий, особенно технически сложных, требует послепродажного их обслуживания. Производственный франчайзинг практикуется реже и стоит несколько особняком от других разновидностей франчайзинга. Симптоматично, что Комиссия ЕС в Регламенте № 4087/88, выполняющем роль закона о франчайзинге в странах ЕС, не включила производственный франчайзинг в число регулируемых Регламентом франшизных договоров.

Объясняется это тем, что франчайзи при производственном франчайзинге не занимает промежуточного положения между изготовителями продукции и ее потребителями (покупателями, клиентами). Он сам — полноценный, независимый изготовитель продукции. Таким образом, производственный франчайзинг — это отношения двух изготовителей продукции и товаров, когда один из них предоставляет другому лицензии на использование при производстве товаров, а также предоставляет патенты и/или технические знания и опыт (ноу-хау), соединенные с лицензией на торговую марку. К производственному франчайзингу не следует относить предпродажную «доводку» или адаптацию товаров франчайзера, производимую с учетом местных условий эксплуатации или индивидуальных запросов потребителей (например, дооборудование автомобилей, сельскохозяйственной или иной техники по заказам покупателей). Это — сервисный (или торговый) франчайзинг.

Для торгового и сервисного франчайзинга характерны «вертикальные» отношения сторон по франшизному договору, когда франчайзер, сосредоточивший в своих руках изготовление продукции, выступает в роли верхнего звена технологической цепочки, а группа франчайзи, занимающихся распределением или сбытом продукции (а при необходимости и ее послепродажным обслуживанием), образует нижние звенья цепочки. Различаются четыре типичные «связки» — комбинации сторон по подобному франшизному договору, причем такие комбинации определенным образом соотносятся с этапными периодами истории франчайзинга.

Так, первая из них характерна для начального периода развития франчайзинга, для отношений типа «изготовитель продукции — розничный торговец». Впервые, как отмечалось, подобные комбинации возникли в автомобильной промышленности США между крупными автомобилестроительными корпорациями и независимыми дилерами, принявшими на себя предпродажную подготовку автомобилей, снабжение запчастями, оформление продаваемых машин в учреждениях регистрации и учета и таким образом освободившими

франчайзеров от рутинных забот, связанных со сбытом и эксплуатацией продукции. Позже, в 1930-е годы, по этому же принципу («изготовитель продукции—розничный распространитель») нефтяные компании стали организовывать автозаправочные сети.

Вторая разновидность «вертикальных» франшизных «связок» возникает между изготовителем продукции и ее оптовым распространителем (дистрибьютором). Ближайший пример ~ это отношения между уже упоминавшимися изготовителями сиропов и концентратов безалкогольных напитков и оптовыми распространителями, которым уступается право бутилирования и дальнейшего продвижения продукции на рынках.

Третья разновидность отношений возникает, таким образом, между оптовиком-дистрибьютором и розничными продавцами. Оптовик организует розничную франшизную сеть для доведения продукции до конечного потребителя, что позволяет ему максимально загрузить складские помещения, оптимально использовать транспортные средства, распределительное оборудование и другие принадлежащие ему инфраструктурные объекты. В роли розничников—франчайзи в такой «связке» в США, например, выступали разъездные торговцы, владельцы аптек, скобяных лавок и др.

Наконец, четвертая разновидность франшизных отношений ~ это отношения между двумя розничными распространителями (торговцами), один из которых выступает в роли франчайзера, предоставляющего своему контрагенту-франчайзи фирменное наименование, торговую марку или иные средства индивидуализации. Типичными франчайзерами в такого рода «связках» считаются уже упоминавшиеся флагманы индустрии питания — «Макдоналдс», «Пицца Хат», «Кентакки Фрайд Чикенс» и другие лидеры международных франшизных «империй» общепита. Франчайзи в таких связках представлены независимыми держателями разбросанных по всему миру одноименных ресторанов, закусочных, кафе, гостиниц, мотелей и т.п. Так, франшизная система транснациональной корпорации «Макдоналдс» состоит из более чем 20 тысяч предприятий, размещенных во многих странах мира. В 1986 г. каждый из 56 крупнейших франчайзеров США располагал франшизной сетью численностью 1000 и более предприятий—франчайзи¹⁷.

Быстрое распространение франчайзинга объясняется его гибкостью и пластичностью, как всякого мелкого бизнеса (к тому же защищенного и подкрепленного фирменным именем и торговой маркой

¹⁷ Мендельсон М. Указ еоч, с. 27.

франчайзера), способностью быстро приспосабливаться к различной предпринимательской и правовой среде, к меняющимся условиям рынка и конъюнктуры. Франшизные звенья легко встраиваются не только в «вертикальные» технологические структуры франчайзера, но и в территориальные («горизонтальные») структуры сообщества, организуясь на локальном, региональном, национальном и транснациональном уровнях. В частности, что касается международного франчайзинга, то можно выделить несколько его организационных форм и способов распространения.

Так, основой для развития франшизной сети за рубежом может послужить собственная фирменная сбытовая сеть иностранной компании, постепенно преобразуемая во франшизную за счет вовлечения в нее местных, национальных франчайзи. Другой разновидностью является тн прямой франчайзинг, когда франчайзер, не имея за рубежом собственных, фирменных сбытовых звеньев, непосредственно организует в другой стране франшизную сеть из местных франчайзи, снабжая каждого из них товарами или предоставляя услуги для дальнейшего продвижения к конечному потребителю. Но для международного (и даже для межрегионального) франчайзинга прямые отношения «франчайзер—франчайзи» не характерны. Обычно между ними стоит промежуточная, связующая фигура, в роли которой может выступать, например, дочерняя компания франчайзера, действующая в другой стране, которой франчайзер передает права по формированию франшизной сети.

Зарубежный франчайзер может также действовать на принадлежащей ему франшизной территории непосредственно через свой филиал, обслуживая через него местных франчайзи. Филиал может заключать франшизные договоры от имени франчайзера. Заключать франшизные соглашения, но уже от собственного имени, может и дочерняя компания зарубежного франчайзера, если последний уполномочил ее выступать в роли правообладателя. В этом случае создаваемые ею франшизные сети становятся субфраншизными, а сама дочерняя компания иногда именуется субфранчайзером («вторичным» франчайзером) либо «главным», «старшим» франчайзи. По договору субфраншизы «главный» франчайзи предоставляет собственным франчайзи все те исключительные права или часть прав, которые были предоставлены ему самому «первичным» франчайзером.

Субфранчайзинг находит широкое применение не только в международных франшизных отношениях. Франчайзеры прибегают к нему и в любых других случаях, когда по тем или иным соображениям для них перспективнее осваивать новые рынки или укреплять потенциал уже освоенных рынков, используя опорную фигуру субфранчайзера, создавая через его посредство «двухъярусную» франшизную сеть.

В роли субфранчайзера, помимо дочерней компании, может выступать и совершенно независимое лицо, которому франчайзер предоставляет исключительную лицензию на открытие в данной стране собственных торговых точек либо создание субфраншизной сети, либо на организацию одновременно того и другого «Главный» франчайзи выступает в этом случае в роли франчайзера во исполнение всех целей и намерений последнего.

Одним из популярных способов развития франчайзинга является учреждение фигуры т.н. зонального распространителя (area developer) ~- лица, которому франчайзер предоставляет право открывать в отведенной для него зоне и по согласованному графику как собственные, так и субфраншизные торговые точки. Исключительные права распространителя во многом сходны с правами «главного» франчайзи. Но распространитель, согласно различным оценкам, встречающимся в литературе, является собственником и оператором зонального «куста» торговых точек, для чего он получает от франчайзера т.н. генеральную лицензию. Его услуги оплачиваются либо за счет специальных взносов франчайзи, входящих в зону ответственности распространителя, либо за счет отчислений франчайзера из получаемых им поступлений от франчайзи. От распространителя требуется организовать «эксплуатацию» выделенной для него территории в качестве франчайзи либо провести субфраншизные операции.

Выбор франчайзером той или иной схемы развития франшизной сети за рубежом зависит от ряда финансово-экономических факторов (в том числе не в последнюю очередь от особенностей налогообложения в чужой и в своей стране), уровня развития рыночных отношений, местных культурных традиций, обычаев и др.

В некоторых странах практикуются собственные, отличные модификации франчайзинга. В Италии, например, различается франчайзинг двух разновидностей: «исключительный» и «неисключительный» (иными словами, ограниченный и неограниченный). В первом случае франчайзи может продавать только продукцию франчайзера и никакую другую. Во втором — он свободен в выборе и приобретении на продажу любой другой, наряду с франшизной продукцией при условии, что она не конкурирует с продукцией франчайзера. Такое деление дало основание некоторым специалистам считать, что в Италии существует «собственно» франчайзинг и «не совсем» франчайзинг, представляющий собой некую договорную форму с отдельными «элементами» франчайзинга¹⁸.

¹⁸ Baldi R Le droit de la distribution commerciale dans e' Europe communautaire. Kluwer Braxelles, 1989, p 139

Там же в Италии и ряде других стран выделяют разновидности франчайзинга, одна из которых характеризуется прямым участием франчайзера в капиталовложениях франчайзи (и именуется в Италии «компроприета»), тогда как другая разновидность («кондиреционе») таким участием не сопровождается. В организационном плане в Италии выделяется и т.н. «локальный» франчайзинг, который предполагает размещение части структур франчайзера непосредственно в производственных помещениях франчайзи.

В литературе франчайзинг иногда дифференцируется и по характеру франшизной деятельности франчайзи, согласно чему формулировка *«франчайзинг на рабочем месте»* означает, что франшизная деятельность осуществляется лично и непосредственно самим франчайзи. Формулировка *«франчайзинг как предприятие»* означает, что сам франчайзи непосредственно такой деятельностью не занимается, а является владельцем франшизного предприятия с наемным персоналом. *«Множественный франчайзинг»* — понятие, означающее, что франчайзи управляет не одной, а несколькими «точками». *«Мобильный франчайзинг»* — когда франчайзи осуществляет франшизную деятельность с помощью транспортных средств (выезжает к потребителям и клиентам, развозит товары, принимает и доставляет заказы и т.п.).

В зависимости от объема и вида исключительных прав, предоставляемых франчайзером франчайзи, можно условно выделить две основные разновидности франчайзинга. Для одной из них характерны относительно простые и традиционные франшизные формы. Речь идет о договорах, в соответствии с которыми франчайзи пользуются обычно лишь торговой маркой франчайзера для перепродажи товаров, купленных ими у франчайзера. Эта простейшая разновидность франчайзинга тесно примыкает к различным категориям обычных т.н. исключительных торгово-распределительных договоров (о которых речь пойдет ниже).

Другая, высшая и распространенная разновидность франчайзинга, несет в себе его наиболее современные отличительные признаки как специфического коммерческого договора и нового, оригинального типа предпринимательской деятельности. В США эта разновидность получила наименование «бизнес-формат франчайзинга» (business-format franchising). На русский язык этот термин можно перевести как франчайзинг делового формата, или как полноформатный, комплексный франчайзинг. В нашем дальнейшем изложении этот тип франчайзинга будет ради краткости обозначаться аббревиатурой его американского наименования - БФФ (бизнес-формат франчайзинг).

В международной литературе БФФ характеризуется как франчайзинг второго поколения¹⁹.

Суммируя вклад БФФ в развитие предпринимательства, авторы одного из исследований, назвавшие его методом «вегетативного размножения» бизнеса, отметили, что преуспевающие предприятия-франчайзеры осуществляют его путем дублирования схемы организации их бизнеса и восприятия лучшего опыта²⁰. Таким образом, БФФ служит эффективным инструментом распространения в предпринимательской среде достижений научно-технического прогресса, передовых приемов организации маркетинговой и рыночной деятельности. Преимущества БФФ для потенциальных франчайзи очевидны. В результате, как свидетельствует Комитет по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, бизнес-формат франчайзинг развивается относительно более высокими темпами, чем франчайзинг первого поколения, хотя различия между ними иногда малоразличимы²¹.

Франшизные отношения не замыкаются только на условиях соглашения между франчайзером и франчайзи. Определенную роль играют связи, зависимости и даже атмосфера отношений между участниками франшизной сети. Сама такая сеть, как отмечалось, понятие достаточно условное. У франчайзера может быть несколько франчайзи в географически далекой от него крупной стране и даже на континенте, которые знают лишь границы своих обширных территорий, знакомы только с местным представителем франчайзера и, возможно, никогда не видели друг друга. Но есть франшизные сети с десятками, если не с сотнями франчайзи на территории одной небольшой страны, которые тесно соседствуют друг с другом, размещаются франчайзером едва ли не в каждом квартале города и знакомы не только между собой, но знают в лицо своих покупателей, заказчиков, клиентов. По общему правилу, франчайзи ведут подробный реестр своей клиентуры, обязаны своевременно вносить изменения в такой реестр и предоставлять соответствующие сведения по первому требованию франчайзера.

Франшизная сеть не всегда бывает «сплошной», состоящей из одних только франчайзи. В практике США, например, франчайзеры непосредственно встраивают во франшизную сеть свои собственные фирменные торгово-розничные или сервисные звенья. Так, статистика

¹⁹ Стэнворт Дж., Смит Б. Франчайзинг в малом бизнесе (пер. с англ.). М.-Аудит, 1996, с. 15.

²⁰ Там же, с. 71.

²¹ Franchising in the US economy, p. 6.

свидетельствует, что в 1987 г из почти полумиллиона франшизных заведений США 95952 (или более 20%) принадлежали самим франчайзерам. За этим средним показателем кроются крупные различия в отдельных отраслях франшизного бизнеса. Например, по данным на 1986 г, в сетях универсальных магазинов доля собственных предприятий франчайзеров достигала 58%, в ресторанном франчайзинге – 30%, тогда как в сфере благоустройства и отделки жилья — всего 4%, а в автогрузовом дилерском франчайзинге собственные предприятия франчайзеров вообще отсутствовали²². Феномен прямого участия франчайзера во франшизной сети не находит однозначной оценки среди специалистов. Высказываются, в частности, разные суждения, вплоть до того, что тенденция к подобному участию отражает стремление некоторых франчайзеров заполучить в свою собственность франшизное заведение после того как оно стало работать рентабельно, разорвав под каким-либо предлогом франшизное соглашение²³. Обычно такие попытки влекут за собой существенные юридические осложнения.

Независимо от территориальных размеров франшизной сети, ее структуры, числа и состава участников и других особенностей существуют известные принципы и нормы отношений между франчайзером и «сетью», равно как и между самими франчайзи. Источником таких принципов и норм служат не только законодательство о франчайзинге и антимонопольное законодательство, но и в значительной степени общие этические начала и обычаи договорно-обязательственного права, воплощенные в таких традиционных понятиях, как «справедливость», «добрые намерения», «честная конкуренция», «добросовестная торговая практика» и т.п.

Высшей обязанностью всех участников франшизной сети является поддержание ее «общего единства и репутации». Эта стандартная фраза, присутствующая практически в каждом франшизном соглашении, образует одно из его существенных условий и расшифровывается, прежде всего, как обязанность франчайзи постоянно поддерживать авторитет фирменного наименования и торговой марки, которые являются общими для всех участников сети, и, в частности, оберегать права промышленной и интеллектуальной собственности франчайзера.

Во внутренних взаимоотношениях участников франшизной сети франчайзер часто стремится выйти за рамки формальных условий

²² *Hadfield G. K. Problematic relations franchising and the law of incomplete contracts/Stanford law review, Stanford (California), 1990. T. 42, N. 4, p. 939.*

²³ Там же С. 936-937.

индивидуальных соглашений, придать таким взаимоотношениям атмосферу лояльности, общности интересов, солидарности, соблюдения неписанных принципов корпоративной этики, духа партнерства и сотрудничества. С этой целью он практикует встречи участников франшизной сети, совместные информационно-инструктивные мероприятия, обмен опытом, ознакомление с фирменными новинками и достижениями.

§ 2. Сравнительная характеристика нормативных актов о франчайзинге

В современном мире есть несколько географических регионов, в которых существует отдельное законодательство, принятое специально для регулирования франчайзинга. В каждом из регионов оно отличается историей происхождения, источниковой базой законодательной и правоприменительной деятельности и другими особенностями. В настоящей работе рассматриваются только три основных образца такого законодательства: американское (США), европейское (стран ЕЭС) и российское²⁴.

Первый регион мира — Соединенные Штаты Америки и Канада — крупнейший по массе материальных и человеческих ресурсов, вовлеченных в отношения франчайзинга. Хотя современный франчайзинг в его простейших формах зародился в США более столетия назад, в стране нет всеобщей единообразной законодательной системы регулирования отношений франчайзинга. Существующее законодательное регулирование имеет фрагментарный характер, ограничено отраслевыми или территориальными рамками²⁵. На федеральном уровне, например, действуют два отраслевых закона о франчайзинге. Первый — закон 1956 г. об автомобильном дилерском франчайзинге (Automobile Dealer Franchise Act of 1956) имеет также второе наименование — Federal Automobile Dealer Day — in — Court Act²⁶. Закон регулирует отношения автомобильных корпораций и дилеров — розничных торговцев автомобилями.

Второй отраслевой федеральный франшизный законодательный акт — закон 1978 г. (с поправками 1994 г.) о нефтесбытовой рыночной

²⁴ Специальные законодательные или регламентарные акты о франчайзинге приняты также в Японии, КНР, Австралии и некоторых других странах.

²⁵ Hadfield G. K. Указ. соч. С. 936-937.

²⁶ USA Laws 15 US Code of Federal regulations Sections 1221-1225 Washington, 1956.

практике (Petroleum Marketing Practices Act of 1978) - более объемный и сложен по структуре, чем упомянутый первый федеральный закон. Он регулирует производственно-коммерческую деятельность мощнейшей сферы американского франшизного транспортного сервиса - сотен тысяч автоколонок и заправочных станций, снабжаемых крупнейшими нефтяными корпорациями — франчайзерами («Экссон», «Шелл», «Мобил», «Тексако» и др.)²⁷ Оба федеральных закона были призваны уравновесить возможности франчайзи с возможностями франчайзера на двух критических, с точки зрения американского законодателя, этапах их отношений в преддоговорный период, когда франчайзер сообщает потенциальному франчайзи информацию о своем франшизном бизнесе и его состоянии, и при досрочном прекращении франчайзером франшизного соглашения.

Оба упомянутых федеральных закона обладают такой особенностью, что, во-первых, устанавливают между сторонами франшизные отношения простейшего дилерского, торгового или сервисного типа и, во-вторых, служат законодательной моделью для штатов США в указанных сферах франшизных отношений.

На федеральном уровне время от времени предпринимаются попытки создать единообразную законодательную базу для франчайзинга в США. Так, в Конгрессе США уже много лет лежат без движения несколько очень значительных законопроектов о франчайзинге. Среди них, например, проекты федеральных законов о распределительном франчайзинге (1967 г.), о справедливых франшизных отношениях (1969 г.), о справедливой франшизной практике (1992 г.) и ряд других.

Многочисленное и разнородное по форме законодательство о франчайзинге принято не менее чем в половине штатов. Но реально в соответствии с франшизным законодательством в США заключается примерно только треть франшизных соглашений. Так происходит не только потому, что в другой половине штатов франшизного законодательства нет вообще, но и по той причине, что часть законодательства, относящегося к франчайзингу, регулирует не собственно франшизные, а «дофраншизные» (преддоговорные) отношения будущих сторон. В определенной мере сужает законодательную базу и несоответствие норм франшизного законодательства в разных штатах. Их законодательные акты не имеют в качестве основной цели дать юридическое определение франчайзинга как такового, как особой формы договорных предпринимательских отношений с четким формулированием предмета и требований к форме договора, его юридических признаков,

²⁷ USA Laws 15 US Code of Federal regulations Sections 2801-2806, 1978

прав и обязанностей сторон, их обязательств и ответственности, обязательных условий договора и других вопросов. Кодифицированное законодательство стран континентальной правовой семьи в этом отношении заметно отличается. Оно четко формулирует разные виды гражданских договоров, их предмет и обязательные условия. Такого подхода придерживается и глава 54 ГК РФ, регулирующая отношения сторон по договору франчайзинга.

Главная цель франшизного законодательства штатов США, как и обоих упомянутых федеральных законов, заключается, прежде всего, в том, чтобы ответить на наиболее настоятельные запросы судебной практики, дать в руки американских судов средства разрешения тех вопросов франшизных отношений, которые оказались наиболее конфликтными и уязвимыми с точки зрения интересов сторон франчайзинга, в частности, особо уязвимыми для франчайзи. Подобными слабо гарантированными, «критическими» узлами франшизных отношений считаются, во-первых, момент преддоговорной передачи потенциальным франчайзером необходимой информации потенциальному франчайзи накануне заключения ими франшизного соглашения и, во-вторых, основания и последствия досрочного расторжения франчайзером франшизного соглашения или невозобновления им соглашения по истечении срока его действия. Есть и некоторые другие, недостаточно обеспеченные законодательными или судебными гарантиями аспекты франшизных отношений, но они не рассматриваются как фатальные для одной из сторон.

Именно на этих двух упомянутых наиболее «болевых точках» франшизных отношений концентрирует свое внимание американское законодательство о франчайзинге. Как следствие, основным содержанием или предметом закона становится группа норм, гарантирующих сообщение франчайзером франчайзи предельно полной и достоверной информации о качестве франшизного опыта франчайзера, подлинности его рыночной репутации, надежности средств индивидуализации, а также норм, формулирующих критерии добросовестного использования правовых оснований, позволяющих франчайзеру досрочно расторгнуть франшизное соглашение без юридических последствий для себя или отказаться от возобновления соглашения по истечении срока его действия, либо ограничивать свободу франчайзи на продажу франшизы (пакета франшизных прав), когда франчайзи считает такую продажу необходимой.

Подобная законодательная практика приводит к тому, что само определение франчайзинга как вида предпринимательского договора, а также других его ключевых понятий (франчайзера, франчайзи, франшизы и т.п.) играет в законе как бы вспомогательную (несамостоятельную) роль

и нередко не соответствует аналогичным понятиям других законодательных актов о франчайзинге. Другая характерная черта законодательства о франчайзинге, как и всего американского законодательства в целом, лишняя раз подтверждающая судебное, прецедентное происхождение общего права, — это огромный удельный вес в законах о франчайзинге норм процессуального права.

Но еще важнее другое: некоторые необходимые условия франшизного соглашения вообще не получают отражения в таких законодательных актах. Это, например, вопросы внедоговорной ответственности сторон, разграничения ответственности между ними по законным искам конечных потребителей продукции и услуг и ряд других. Ответы на эти вопросы суды должны искать в общем договорном праве и в судебных прецедентах.

Не затрагивая пока по существу регулирование франчайзинга по законодательству США, назовем несколько наиболее типичных разновидностей законодательных актов, которые, как считает правовая теория США, затрагивают любого, кто занимается франчайзингом. Это прежде всего статуты двух типов: 1) о регистрации и/или раскрытии франшизной информации и 2) о собственно франшизных отношениях. Помимо них, в регулировании отношений франчайзинга задействованы законы о предложении благоприятных деловых возможностей (*business opportunities acts*), о дилерских отношениях, распределении товаров и услуг, о торговых представителях²⁸. Все они, как и другие нормы общего торгового законодательства, могут в той или иной степени распространяться на франчайзинг.

Первый из перечисленных видов законодательных актов в штатах собственно франшизных отношений не регулирует, хотя без использования этих актов такие отношения не могут возникнуть. Это — законы об обязательном преддоговорном («дофраншизном») раскрытии и/или регистрации информации (*pre-sale disclosure and (or) registration acts*), которую франчайзер должен предоставить франчайзи. Такие законы приняты в 18 штатах, из них четыре (Арканзас, Флорида, Миссисипи и Орегон) — требуют только преддоговорного сообщения информации без ее регистрации. Таким подходом упомянутая четверка копирует федеральные нормы о раскрытии информации, особенностью которых является то, что они излагаются не в федеральном законе, а в Постановлении (№ 436 от 1978 г.) Федеральной торговой комиссии США (ФТК) — авторитетного и полномочного

²⁸ *Holmes D L. Overview of state and federal franchising regulations 1999* <http://www.dksno.com/papers/mtproppapers/franchisregs.html>

федерального административного органа, регулирующего и контролирующего межштатную торговлю в США.

Другая группа законов штатов также имеет целью упорядочить, контролировать и гарантировать франчайзи исчерпывающий и достоверный характер информации, для чего от лица, предоставляющего такую информацию, требуется ее предварительная регистрация по специальной унифицированной форме. Но в отличие от 18 упомянутых законов, законодательные акты этой второй группы распространяются не только на франчайзинг, но и на все иные виды т.н. дистрибутивных (распределительных) договоров, в соответствии с которыми одна сторона предлагает другой стороне сотрудничать с ней в качестве посредника с целью доведения до конечного потребителя продукции или услуг, производимых продавцом. Такого рода договоры с посредником (франчайзи, дилером, розничным торговцем, торговым агентом или иным дистрибьютором) чрезвычайно широко распространены в США (как и в других странах с развитым рынком) и регулируются упомянутыми законами о предложении благоприятных деловых возможностей (*business opportunities acts*)²⁹. Подобные законы приняты в половине штатов США, в том числе в некоторых из тех, в которых действуют франшизные законы типа *pre-sale disclosure acts*.

Еще одна разновидность франшизного законодательства штатов представлена т.н. специальными законами об отношениях в промышленности (*special industry laws*). Это — фрагменты консолидированного торгово-промышленного законодательства штатов, посвященные отдельным сторонам франшизных отношений в наиболее традиционных для США сферах франчайзинга — автомобильной и бензозаправочной. Прототипом подобных специальных законов служат два упоминавшихся федеральных акта, причем в штатах на их основе иногда принимаются законодательные нормы более широкого отраслевого спектра. Так, в штате Техас отдельными специальными законоположениями регулируются автомобильный франчайзинг, франчайзинг сельхозтехники и оборудования, автозаправочный франчайзинг, дилерская продажа малотоннажных судов. В Нью-Джерси к перечисленным законодательным положениям добавляются нормы, регулирующие вопросы франшизного производства алкогольных напитков. Подобное специальное законодательство об отношениях в промышленности принято и в ряде других штатов. Отдельные стороны франшизных отношений

²⁹ Такое сотрудничество принципиально отличается от франчайзинга тем, что не предусматривает передачу посреднику средств индивидуализации **фирмы**-обладателя «деловых возможностей».

регулируются также многочисленными законами о борьбе против обманов, мошенничества и нечестной торговой практики

Наконец, особую группу актов франшизного законодательства в США образуют законы, содержащие положения о «справедливых» или «добросовестных» обязательствах сторон франшизного соглашения. Впервые элементы «справедливого» франчайзинга были сформулированы в *федеральных законах об автомобильном дилерском франчайзинге* и о нефтесбытовой рыночной практике. Как говорилось, они касались ограничений права франчайзера досрочно прекращать франшизные соглашения и права не возобновлять соглашения с истекшим сроком действия.

Первым принял такой закон штат Делавэр. Позже в других штатах были приняты законы «О франшизных инвестициях» (Гавайи), «О защите франшизных инвестиций» (Вашингтон), «О франшизной практике» (Нью-Джерси и Айова), «О справедливых дилерских отношениях» (Висконсин). На рубеже 1990-х годов подобные законодательные акты действовали уже в 17 штатах США. В самые последние годы были подготовлены законы «О франшизных отношениях» (Массачусетс), «О справедливой франшизной практике» (Нью-Йорк). Ныне уже более 20 штатов приняли законодательные акты о справедливых франшизных отношениях.

Разумеется, положения о «справедливости» и «добросовестности» возникли в этих законах не сами по себе и не впервые. Принципы «честных и добросовестных деловых отношений» заложены в Единообразном торговом кодексе (ЕТК) США, и в законодательство о франчайзинге они проникли в самом разном виде: от провозглашения их в качестве своего рода презумпции, которой должны придерживаться стороны франшизного соглашения во всей совокупности своих взаимоотношений, до их конкретного приложения к каждому из основных условий соглашения (например, включению в закон исчерпывающего перечня обстоятельств, при наличии которых франчайзер вправе досрочно расторгнуть соглашение или отказать франчайзи в его возобновлении, ограничении требований к срокам действия франшизного соглашения, запрещений ряда действий, которые не являются необходимыми для исполнения условий соглашения, введения минимальных сроков предварительного уведомления одной из сторон другой стороны о намерении досрочно прекратить соглашение или отказаться от его возобновления, вменения в обязанности франчайзеров выкупить у франчайзи то или иное оборудование по истечении срока действия франшизы либо возместить часть стоимости франшизы и др.).

Существует определенная тенденция к расширению законодательного установленных условий франшизного соглашения, к которым

применяются принципы «справедливости» и «добросовестности». Одним из наиболее показательных актов такого рода и, как утверждается в специальной литературе, «самым полным в США по охвату франшизных отношений», хотя и весьма «противоречивым» и «проблемным», стал закон 1992 г «О франшизной практике», принятый в штате Айова³⁰. В многочисленных судебных делах, связанных с толкованием новых положений этого закона, ставился даже вопрос о его конституционности.

Законодательными актами перечисленных видов так или иначе «перекрываются» франшизные отношения практически во всех 50 штатах США. Следует вместе с тем учитывать три особенности этого законодательства: во-первых, оно регулирует не весь комплекс таких отношений (и даже не охватывает основные из них), причем соотношение урегулированных и неурегулированных отношений в разных штатах не отличается симметричностью; во-вторых, на франшизные отношения часто распространяются положения других законов штатов, не имеющих специального франчайзингового назначения; в-третьих, часть франшизных законов штатов, в отличие от двух упоминавшихся федеральных законов, предусматривает условия франшизных соглашений типа бизнес-формат франчайзинга.

Говоря об общей роли законодательной (статутной) составляющей в правовом регулировании франчайзинга в США, некоторые американские исследователи утверждают, что законодательство (как федеральное, так и в штатах) все же оказывает минимальное воздействие на такое регулирование. Ядром «правовой структуры» франчайзинга, по их мнению, по-прежнему остается договор (соглашение), причем даже в тех его положениях, которые в наибольшей степени регулируются и контролируются законом³¹. Иными словами, условия франшизного соглашения в основном определяются волей сторон, исходя из общих положений договорного права.

Второй регион мира, в котором действует отдельное, специальное законодательство о франчайзинге, — Западная Европа, точнее, группа европейских государств, образующих Европейское экономическое сообщество (ЕЭС), ныне именуемое также Европейским союзом (ЕС). В него входят 15 наиболее экономически развитых стран Западной Европы, в том числе крупнейшие из них — ФРГ, Великобритания, Франция, Италия³².

³⁰ *Wiechorek D* The Iowa Franchise Law 1995 Amendment and Some Proposals for 1996/*Franchise Law Journal*, 1995 T. 15, N 43.

³¹ *Hadfield G K*. Указ. соч., с. 939

³² В настоящей работе не рассматривается законодательство о франчайзинге в группе восточно-европейских стран, ныне оформляющих свое членство в ЕЭС.

Своеобразие законодательного регулирования франчайзинга в ЕЭС состоит в том, что оно осуществляется не национальным законодательством каждой из стран ЕЭС, которого ни в одной из них попросту не существует, а единым для ЕЭС «наднациональным» законодательным актом о франчайзинге — Регламентом № 4087/88 Европейской комиссии (ЕК) ЕЭС от 30 11 88 г.³³ До этой даты в Европе вообще не существовало никаких отдельных, специальных правовых актов о франчайзинге, если не считать Решения суда ЕЭС 1986 г по одному из дел о франчайзинге, послужившего концептуальной основой Регламента № 4087/88. Собственных, национальных законодательных актов о франчайзинге не существует поныне также ни в одном из прочих государств Западной Европы.

Чтобы уяснить особенности законодательства ЕЭС о франчайзинге, необходимо хотя бы очень кратко коснуться юридической природы как самого Регламента № 4087/88, так и принявшего его органа — Комиссии ЕЭС (Европейской комиссии). Регламент № 4087/88 не является законом в традиционном понимании этого слова, как не является законодательным органом сама Комиссия ЕЭС. Европейская комиссия — исполнительный орган ЕЭС, принимающий свои решения во исполнение директив (постановлений) органа политического руководства ЕЭС в лице Совета ЕЭС. В разных сферах ее деятельности полномочия Еврокомиссии неодинаковы. Но в одной из главных сфер — контроле за соблюдением участниками ЕЭС положений Римского договора 1957 г о свободе конкуренции — Еврокомиссия уполномочена Советом ЕЭС принимать обязывающие решения для участников общего рынка.³⁴ Регламенты и решения Комиссии ЕС (КЕС), направленные на предотвращение, выявление и устранение нарушений в этой области, имеют, скорее, административный характер. Комиссия ЕС не обладает судебной юрисдикцией в отношении выявленных нарушителей антимонопольного законодательства, но может налагать на них существенные штрафы. Такой юрисдикцией наделен упомянутый Суд ЕС.

Решения Европейской комиссии, принимаемые в отношении франшизных соглашений, обязательны для государственной администрации,

³³ Полный перевод текста Регламента № 4087/88 приводится в Приложении к настоящей монографии. Оригинальный текст Регламента на английском языке см. *European Community Law after 1992. A practical guide for lawyers outside the Common Market* Kluwer Deventer, 1993 P 493-550.

³⁴ *European Community Law after 1992. A practical guide for lawyers outside the Common Market* Deventer, 1993 P 15-16.

судов и субъектов франчайзинга всех стран ЕЭС. Но они распространяются не на все франшизные соглашения, а только на действующие в рамках общего рынка ЕЭС, иными словами, на соглашения, стороны которых зарегистрированы или действуют в разных странах ЕЭС. Соглашение между франчайзером и франчайзи, действующими внутри одной страны, не подпадает под действие Регламента № 4087/88. Если соглашение заключено между сторонами, одна из которых находится в какой-либо из стран ЕЭС, а другая - за пределами ЕЭС, то такое соглашение в зависимости от условий соглашения тоже может подпадать под действие Регламента № 4087/88. С учетом этих оговорок Регламент по сути является актом прямого действия в странах ЕЭС. Вместе с тем он остается первым международно-правовым законодательным документом о франчайзинге вообще.

Реальная роль Регламента № 4087/88 постоянно возрастает. Введение в ЕЭС полной свободы перемещения товаров (в тч. промышленной и интеллектуальной собственности), услуг, рабочей силы и капиталов объективно усиливает роль «коммунитарного права» наднациональных правовых норм ЕЭС. Как следствие, Регламент № 4087/88, не имеющий под собой альтернативных национальных законодательных актов о франчайзинге в странах-членах ЕЭС, будет неизбежно распространять свои положения и на «внутренний» франчайзинг стран-членов ЕЭС. Это тем более очевидно, что суды стран-членов ЕЭС при вынесении решений по делам о франчайзинге обязаны придерживаться основополагающего постановления Суда ЕС 1986 г, которое, как отмечалось, легло в основу норм Регламента № 4087/88.

Принятие Регламента № 4087/88 Европейской комиссией вовсе не имело в виду урегулирование прежде всего франшизных отношений как таковых и установление законодательных основ франшизного соглашения в системе гражданско-договорного права, как это предусмотрено, например, главой 54 Гражданского кодекса РФ. И даже франчайзинговое законодательство США глубже затрагивает договорную основу франшизных отношений, хотя и оно, как отмечалось, имеет сравнительно ограниченную цель: «расшить» наиболее узкие, уязвимые места американского франчайзинга. Тем не менее Регламент № 4087/88, на наш взгляд, объективно играет более заметную роль в развитии франчайзинга, чем аналогичное законодательство США, где более давнюю и, главное, самостоятельную роль в регулировании франчайзинга выполняет судебная практика. Чтобы оценить значение Регламента ЕЭС для развития франчайзинга в Европе, необходимо сделать еще одно отступление, связанное с особой ролью КЕС в осуществлении контроля над соблюдением правил конкуренции на общем рынке ЕЭС.

Антимонопольная статья 81(1) Римского договора о создании ЕЭС³³ запрещает как несовместимые с правилами общего рынка ЕЭС любые договоры и соглашения между предприятиями либо решения, принимаемые объединениями предприятий, равно как и согласованные практические действия, которые могут воздействовать на торговлю между государствами-членами ЕЭС таким образом, что имеют своим результатом предотвращение, ограничение или создание помех свободе конкуренции внутри общего рынка ЕЭС.

Таковыми ограничениями, помехами или полным предотвращением конкуренции статья 81 (1) Римского договора считает действия любых договаривающихся сторон, которые в открытой или скрытой форме преследуют: прямую или косвенную фиксацию (предварительное согласование) закупочных или сбытовых цен; ограничение или контроль производства, рынка или источников поставок товаров и услуг; применение неодинаковых условий к однотипным (эквивалентным) сделкам с третьими сторонами, что создает для последних неблагоприятную ситуацию; обусловливание заключения договоров принятием другой стороной дополнительных обязательств, которые в силу их природы не вытекают из предмета договора.

Любые соглашения, решения или практика, имеющие своим результатом перечисленные действия, автоматически считаются ничтожными.

Франчайзинг, как и другие виды исключительных (эксклюзивных) договоров, допускающих согласованные ограничения свободы рыночных действий сторон, равно как и определенные антиконкурентные действия в отношении третьих лиц, в принципе подпадает под запретительные положения статьи 81(1).

Вместе с тем в статье 81 еще в одном пункте (3) говорится, что из этих запретительных положений могут допускаться исключения (изъятия). Чтобы подпасть под эти изъятия и считаться законными, соглашения (или категории соглашений) между предприятиями, решения (или категории решений), принимаемые объединениями предприятий, а также согласованные практические действия (или категории таких согласованных действий) должны отвечать ряду условий; во-первых, вносить вклад в улучшение производства или распределение товаров

³³ В результате изменений и дополнений, внесенных в текст Римского договора по Амстердамскому договору от 01.05 1999 г, нумерация статей Римского договора была изменена. Как следствие, антимонопольные статьи Римского договора (85 и 86) получили новые номера — 81 и 82. В дальнейшем изложении мы будем пользоваться новой нумерацией этих статей.

либо в ускорение технического или экономического прогресса, обеспечивая в то же время потребителям справедливую долю конечных выгод, и во-вторых, не налагать на предприятия таких согласованных ограничений, которые не обязательны для достижения указанных целей, а также не предоставлять предприятиям возможности для устранения конкуренции в отношении существенной части соответствующей продукции.

По самой своей природе франчайзинг лучше, чем другие виды эксклюзивных предпринимательских договоров, соответствует требованиям п. 3 ст. 81. Лицензии на изобретения, а также на ноу-хау, предоставляемые франчайзером, позволяют приобщить к техническому прогрессу и наиболее передовым и современным маркетинговым технологиям массу мелких и мельчайших предпринимателей, которые сами по себе, без льготного комплексного франчайзинга, никогда не смогли бы войти в мир эффективного бизнеса. Разумеется, выигрывает от франчайзинга и тот самый конечный потребитель, о котором говорится в ст. 81 (3) Римского договора, получающий возможность пользоваться самой современной системой производства и распределения, позволяющей снижать издержки и, соответственно, цены на товары и тарифы на услуги.

К общим условиям ст. 81 (3) Римского договора Регламент № 4087/88 добавляет ряд собственных, более конкретных требований к франчайзингу, к которым мы вернемся ниже, без удовлетворения которых франшизное соглашение не может быть изъято из сферы действия антимонопольных положений ст. 81 (1), а его участники — претендовать на преимущества бесконкурентной деятельности.

Ряд таких конкретных условий включаются в соглашение в императивном (обязательном) порядке, другие — в диспозитивном (по усмотрению сторон); одни из них прямо или косвенно благоприятствуют франчайзи, другие — франчайзеру; без соблюдения одних — соглашение не может быть изъято из антимонопольных положений ст. 81 (1), без соблюдения других — уже изъятое соглашение может быть лишено права на изъятие.

Постановлением № 19/65 от 02.03.65 г. Совет ЕЭС уполномочил КЕС определять, какие из двусторонних эксклюзивных договоров, имеющих своей целью предоставление прав на распределение или закупки товаров либо включающих ограничения на передачу или использование прав интеллектуальной собственности, отвечают перечисленным требованиям ст. 81 (3). В случае, если КЕС обнаруживает такие договоры (или категории таких договоров), она вправе издавать специальные правовые акты о применении к таким договорам положений ст. 81 (3), т.е. об изъятии их из антимонопольной статьи 81 Римского договора. Подобные изъятия могут осуществляться актами

Комиссии как применительно к индивидуальным договорам, так и в групповом порядке - «блоками» (block exemption).

Формальным поводом для открытия Комиссией ЕС процедуры рассмотрения в индивидуальном порядке возможности применения ст. 81 (3) к конкретному соглашению является уведомление (обращение к ней) со стороны заинтересованного лица или лиц. Как индивидуальные, так и «блочные» изъятия предоставляются на определенный период.

Во исполнение ст. 81(1) Римского договора Регламент № 4087/88 предоставил изъятие из антимонопольной ст. 81 (1) любым франшизным соглашениям, предусматривающим одно или несколько ограничений конкуренции из числа тех, которые специально перечислены в Регламенте. Тем самым субъекты франшизных отношений удостоились бесконкурентного режима в отличие от других коммерсантов, осуществляющих однопрофильную торгово-распределительную или сервисную деятельность в соответствии с жесткими антимонопольными нормами законодательства ЕЭС.

Субфраншизные соглашения, отвечающие условиям ст. 81 (3) и Регламента 4087/88, также подлежат изъятию из антимонопольного законодательства.

В Регламенте устанавливается, что соглашения, которые не подпадают автоматически под изъятие в силу того, что содержат положения, не позволяющие в выраженной форме отнести их к категории изъятых либо неизъятых в соответствии с Регламентом, могут тем не менее рассматриваться в общем как обладающие правом на применение к ним ст. 81 (3) Римского договора. КЕС может быстро изучить конкретное соглашение на предмет такого применения. Таким образом, Регламент в данном случае толкует ст 81 (3) в пользу заинтересованного лица. Но изъятие возможно только тогда, когда конкретное соглашение доведено до КЕС, и Комиссия в течение установленного периода не возразила против применения изъятия к такому соглашению.

Вместе с тем, руководствуясь полномочиями, предоставленными ей Постановлением Совета ЕЭС № 19/69 1965 г., КЕС закрепила за собой в Регламенте № 4087/88 право лишать франшизное соглашение преимуществ, полученных им по Регламенту, когда она обнаруживает в конкретном случае, что изъятое соглашение тем не менее оказывает на рынок воздействие, несовместимое с условиями ст. 81 (3) Римского договора. КЕС принимает такое решение, руководствуясь собственными административными полномочиями, накопленной ею практикой и постановлениями Суда ЕС.

Перечень ограничительных обязательств сторон франшизного соглашения, зафиксированный в Регламенте № 4087/88 и дающий

соглашению право на изъятие из антимонопольных положений ст 81 (3) Римского договора, не является исчерпывающим. В Регламенте говорится, что изъятия могут быть применены также к франшизным соглашениям, ограничительные положения которых частично отвечают перечисленным в Регламенте, а частично выходят за рамки этих положений. Но такое изъятие возможно при условии, если Комиссия ЕС будет своевременно уведомлена о подобных соглашениях и в течение 6 месяцев после получения уведомления она не выдвинет возражения против изъятия. Но КЕС может выступить и против изъятия. Решение против она принимает в случае, если с просьбой о таком решении к ней обращается государство-член ЕС при условии, что просьба обосновывается соображениями, связанными с конкурентными положениями Римского договора, и если при этом соблюдены правила оформления и подачи просьбы в КЕС, предусмотренные в Регламенте № 4087/88.

Вдохновляясь решениями Суда ЕС, КЕС еще до принятия Регламента № 4087/88 вынесла несколько индивидуальных постановлений об изъятии из сферы действия антимонопольной ст 81 Римского договора соглашений, заключенных известными франчайзерами: «Кампари-Милан», «Ив Роше», «Компьютерленд», «Шарль Журдон», «Сервис Мастер Лтд», а также фирмой «Pronuptia», которая еще неоднократно будет упоминаться на страницах нашей монографии. В этом ряду особого упоминания заслуживает дело «Кампари-Милан». И не только потому, что оно стало хронологически первым в процедурах КЕС по изъятию франчайзинга из сферы действия антимонопольного законодательства (поступило на рассмотрение КЕС в 1977 г.). Куда важнее то, что «Кампари» продает лицензии на производство продукции (аперитивов и спиртных напитков) под своим фирменным наименованием, т.е. практикует франчайзинг производственного, промышленного типа³⁶.

Решение КЕС стало прецедентом, тем более важным, что принятый впоследствии Регламент № 4087/88 исключил производственный франчайзинг из сферы своего действия. Тем не менее, когда по истечении периода индивидуального изъятия фирма «Кампари-Милан» обратилась к КЕС с просьбой о возобновлении изъятия, Комиссия разъяснила, что, поскольку фирма внесла требуемые изменения в заключенные ею франшизные соглашения, она больше не подпадает под антимонопольные положения ст. 81 (1) Римского договора. А вообще в Регламенте № 4087/88 говорится, что определенные виды производственных франшизных соглашений смогут удостоиться «блочного» изъятия по иным основаниям, если будут соответствовать необходимым условиям.

³⁶ *Garnet-Pol FJ* Указ соч., с 18

Помимо изъятий франчайзинга Комиссия ЕС еще до принятия Регламента № 4087/88 осуществила групповые изъятия из антимонопольной статьи 81 еще нескольких видов двусторонних исключительных договоров, предусматривающих передачу прав на эксклюзивное распределение или эксклюзивную закупку товаров, а также ограничение прав использования промышленной собственности. В частности, изъятия были произведены для имеющих небольшое экономическое значение соглашений между мелкими и средними предприятиями, исключительных агентских договоров между принципалом и торговым агентом, разного рода соглашений о кооперации (КЕС различает до 16 их разновидностей), субдоговоров, по которым субпоставщик (субподрядчик) поставяет товары или услуги от имени главного поставщика (подрядчика), лицензионных соглашений об использовании патентов на изобретения. Думается, что российскому законодателью, пекущемуся о процветании малого бизнеса в России, было бы полезно присмотреться к этому опыту освобождения отдельных категорий договоров от запретов антимонопольного законодательства.

После вынесения Европейским судом в 1986 г. принципиального решения о том, что франчайзинг в силу заложенного в его природе позитивного экономического потенциала не представляет угрозы свободе рыночной конкуренции, Европейская комиссия пришла к выводу, что франшизные соглашения вполне соответствуют критериям ст. 81 (3) Римского договора и также могут претендовать на групповое (блочное) изъятие из сферы действия ст. 81 (1). Как следствие, ею был принят Регламент № 4087/88, который так и именуется «О применении ст. 81(3) Римского договора к некоторым категориям франшизных договоров». В Регламенте было указано, что любые франшизные соглашения, заключенные до вступления в силу Регламента № 4087/88 (т.е. до 30.11.88 г.), тоже вправе претендовать на изъятие из антимонопольной ст. 81 Римского договора при условии, что они будут приведены в соответствие с положениями Регламента № 4087/88.

В отличие от других, более традиционных видов предпринимательских договоров, изъятых Еврокомиссией из антимонопольных положений ст. 81, франчайзинг не имел в Европе ни законодательной базы, ни накопил значительного опыта судебной практики, не был, наконец, достаточно известен в правовой теории и предпринимательском сообществе. Вот почему КЕС, прежде чем разъяснить мотивы изъятия франчайзинга из сферы антимонопольного законодательства и обосновать, почему она не рассматривает ограничения конкуренции, допускаемые франчайзингом, как совместимые с критериями ст. 81 (3), должна была для начала сформулировать хотя бы основные признаки

франшизного соглашения, дать свою трактовку ряда ключевых понятий франчайзинга, определить принципы взаимоотношений, на которые обязаны опираться франчайзер и франчайзи.

Таким образом, Регламент № 4087/88, хотя это и не входило в его основную задачу, тем не менее зафиксировал в нормативном порядке некоторые из основных гражданско-правовых положений франшизного договора, включая его определение. К слову, это — первое в Европе официальное нормативное определение франшизного (и субфраншизного) соглашения, а также определение таких ключевых понятий, как «франшиза», «франчайзер», «франчайзи», «франшизные товары», «франшизное помещение» и ряда других. Тем самым Регламент № 4087/88 обеспечил единообразное толкование и применение всеми регулирующими органами ЕЭС упомянутых ключевых понятий франчайзинга и во многом расчистил путь его массовому распространению в ЕЭС. Важно также отметить, что те положения франчайзинга, которые закреплены в Регламенте № 4087/88 (подробнее они будут проанализированы ниже), предусматривают его развитие в наиболее современных, высших формах. Франчайзинг в трактовке Регламента № 4087/88 — это франчайзинг комплексного, «делового» бизнес-формата франчайзинга. Любые другие соглашения, содержащие в себе признаки франчайзинга других разновидностей, не отвечающие требованиям Регламента № 4087/88, в силу чего не подлежат изъятию из антимонопольной ст. 81 (1) Римского договора и, как следствие, могут быть признаны недействительными как нарушающие свободу конкуренции на общем рынке ЕЭС.

В Регламенте говорится, в частности, что его действие распространяется на франшизные соглашения, предусматривающие розничную торговлю товарами или оказание услуг конечным потребителям либо комбинацию обоих этих видов деятельности, включая переработку или адаптацию товаров для удовлетворения особых потребностей их потребителей, а также на субфраншизные соглашения, предусматривающие подобные продажи или услуги. Вместе с тем за пределами действия Регламента остаются «оптовые» франшизные соглашения, под которыми следует понимать такие договоры, в которых в роли франчайзера выступает не изготовитель продукции, а оптовый торговец такой продукцией, продающий ее франчайзи для дальнейшего сбыта конечным потребителям. КЕС объяснила такую евокхпозицию в отношении «оптового» франчайзинга «недостатком опыта» в данной области.

Не распространяются, как отмечалось, положения Регламента № 4087/88 и на производственный франчайзинг, хотя отдельные исключения для подобных франшизных соглашений имели место.

Вместе с тем допускается, что некоторые из таких соглашений могут подпадать под «блочные» изъятия КЕС других видов, если будут отвечать условиям ст. 81 (3) Римского договора. Для уточнения того, какое именно соглашение следует считать производственным, Регламент дает и его определение, приводившееся нами выше.

Регламент № 4087/88, как говорилось, вступил в действие 01.01.1989 г. и *оставался в силе до 31.12.1999 г.* Незадолго до истечения срока его действия, а именно 22.12.1999 г., Европейская комиссия приняла новый Регламент № 2790/1999, в котором подтверждалось, что антимонопольные положения ст. 81(1) не применяются к т.н. вертикальным соглашениям или к согласованным рыночным действиям, когда имеются два или более предприятий, каждое из которых действует в целях соглашения, будучи на разных уровнях производственной или распределительной цепочки, покупая, продавая или перепродавая определенные товары или услуги. Регламент № 4087/88 был отнесен к нормативным документам, регулирующим одну из разновидностей такого рода вертикальных соглашений, вследствие чего было установлено, что предусмотренные им изъятия продолжают действовать в отношении франшизных соглашений, заключенных на 31.05.2000 г., а соглашения, заключенные после этой даты, должны отвечать уже требованиям Регламента № 2790/1999. Новый документ будет действовать до 31.05.2010 г. Поскольку этот документ не внес существенных изменений в Регламент № 4087/88, последний по-прежнему можно считать основополагающим международно-правовым актом европейского франчайзинга. Он неоднократно используется в нашей работе³⁷.

Как уже говорилось, помимо Регламента № 4087/88 в Западной Европе больше не существует никаких иных законодательных актов о франчайзинге — ни национальных, ни международно-правовых. Единственным исключением является Франция, где 31.12.89 г. был принят закон, требующий «предпродажного раскрытия информации»³⁸. Как явствует из самого его наименования, закон по своему назначению и содержанию напоминает упоминавшееся выше Постановление ФТК США 1978 г. и ряда аналогичных законодательных актов в штатах США, предусматривающих обязанность лица, предлагающего другому лицу возможности делового сотрудничества (в форме, например, лицензии на право пользования торговой маркой, патента на изобретение либо иных средств индивидуализации),

³⁷ Official Journal of the European Communities, London, 29.12.1999.

³⁸ Основные положения закона рассматриваются в § 3 главы 3.

предварительно сообщить этому второму лицу полную и достоверную информацию о своем предпринимательском статусе и рыночной репутации

И хотя без соблюдения требований упомянутого французского закона 1989 г ни одно франшизное соглашение в стране не может быть заключено, сам закон не следует относить к актам собственно франчайзингового законодательства во-первых, он имеет гораздо более широкое назначение (регулирует все виды договоров, требующих предварительного раскрытия информации) и, во-вторых, относится к преддоговорным (а в нашем случае — к дофраншизным) отношениям сторон, которые вовсе не обязательно завершаются заключением сторонами франшизного соглашения

Третий регион мира — Российская Федерация, в которой принято специальное, отдельное законодательство о франчайзинге, и некоторые другие постсоветские независимые государства, формирующие свое гражданское законодательство по образцу российского (Белоруссия, Украина, Казахстан, Киргизия и др.)³⁹ Подробной характеристике российского законодательства о франчайзинге и его основных положениях посвящена отдельная, заключительная глава настоящей монографии. Здесь же хотелось бы отметить только три из основных отличительных черт российского законодательства о франчайзинге. Во-первых, оно имеет целью ввести в российское договорное право совершенно новый для него вид предпринимательского договора и во исполнение этой цели дает, как представляется, наиболее полное и качественное из всех существующих понятие и определение франшизного соглашения. Во-вторых, и это уже относится к негативным чертам российского законодательства, глава 54 ГК РФ, регулирующая отношения франчайзинга в России, ошибочно именуется «Договор коммерческой концессии», хотя по своему содержанию и условиям в главе 54 говорится именно о франчайзинге, а не о его исторически первоначальной и одной из низших форм, каковой является коммерческая концессия.

В-третьих, в отличие от многих стран, в которых франшизные отношения получили широкое развитие при полном отсутствии специального франчайзингового законодательства, в России картина прямо противоположная. Есть достаточно добротная законодательная

³⁹ Так, Гражданский кодекс Литвы 2000 г по сути воспроизвел основные положения главы 54 ГК РФ. В ГК Белоруссии 1998 г коммерческая концессия именуется «комплексной предпринимательской лицензией». В Казахстане в 2002 г был принят специальный закон об «интегрированной предпринимательской лицензии (франшизе)»

база франчайзинга (хотя и нуждающаяся в неизбежных корректировках и, вероятно, в конкретизации в виде специального федерального закона о франчайзинге), но сколько-нибудь развитых франшизных отношений в стране по сути еще нет Глава 54 ГК — одна из нескольких глав Кодекса, которая по большому счету не работает Деятельность в России отдельных крупных иностранных франчайзеров («Макдоналдс», «Пепси-Кола», «Компьютерденд», «Баскин-Роббинс») и ряда других — это несерьезно для страны, жизненно нуждающейся в создании мощного отряда высокотехнологичных, конкурентоспособных, обладающих мировым рыночным признанием отечественных корпораций—франчайзеров и наличии хорошо развитого обширного социального слоя национального малого бизнеса и мельчайшего предпринимательского класса российских франчайзи, развивающегося при поддержке отечественных франчайзеров

Помимо названных стран отдельное законодательство о франчайзинге имеют некоторые государства Южной Америки (в частности, страны Андского пакта), применение антимонопольных норм к франчайзингу регулируется отдельным законом в Японии

Несложный подсчет показывает, что из более чем 80 государств мира, развивающих франчайзинг, едва ли три десятка имеют специальное законодательство о нем Причем из этой последней цифры 15 стран приходится на ЕЭС, пользующихся единым, общим для них всех Регламентом № 4087/88, который к тому же регулирует только те франшизные соглашения, которые действуют на общем рынке ЕЭС, и не регулирует прямо «внутренний» франчайзинг в каждой из стран ЕЭС Напомним, что и в США специальным законодательством о франчайзинге регулируется всего лишь треть франшизных соглашений Возникает вполне логичный вопрос а нуждается ли франчайзинг вообще в собственном законодательстве и в отдельном законодательном регулировании?

Ответить на него однозначно положительно или отрицательно невозможно по целому ряду причин Известно, что в странах англосаксонского и англо-американского права закон вообще не первенствует в системе источников права, хотя его значение со временем возрастает Это общее утверждение можно в принципе отнести и к законодательным актам о франчайзинге Тем не менее Законодательное собрание американского штата Нью-Джерси, излагая мотивы, побудившие его принять местный закон о франшизной практике в 1977 г, отметило, что поскольку распределение и сбыт посредством франшизных соглашений оказывают столь существенное влияние на экономику штата в целом и его благосостояние, то представляется необходимым в общественных интересах законодательно

определить отношения и ответственность франчайзеров и франчайзи в соответствии с такими соглашениями⁴⁰ С другой стороны, в Конгрессе США, как уже упоминалось, много лет лежат без движения несколько очень важных федеральных законопроектов о франчайзинге

Затруднения с принятием законодательства нередко пытаются объяснить спецификой, усложненным характером франшизных отношений, расплывчатостью их границ В одном из американских исследований, например, говорится, что франшизные отношения настолько многообразны и разноречивы, что очень сложно воплотить их в точных законодательных формулах и определениях⁴¹ В европейской правовой теории, безусловно признающей закон как главный источник права, тоже иногда отмечается, что крайне трудно выработать законодательное определение франчайзинга как в силу широчайшей гаммы форм, в которых он реализуется, так и в силу характерных особенностей, которые он приобретает в каждой отдельной стране⁴² Наконец, существует точка зрения, которая прямо связывает достоинства франчайзинга с отсутствием широкой законодательной базы его регулирования либо с фрагментарностью или пробелами такой базы, как это имеет место, например в США В известном докладе Комитета по малому бизнесу Конгресса США прямо утверждается, что до определенной степени нечеткий подход к определению франшизных отношений сообщает франчайзингу то самое качество динамизма, которое облегчает его применение в условиях непрерывно растущего ассортимента продукции и услуг В результате сама концепция франчайзинга развивается с каждым новым случаем его применения, а также в многочисленных интерпретациях и решениях, ежегодно вводимых в действие со стороны распорядительных учреждений, федеральных судов и судов штатов⁴³

Таким образом, вопрос о необходимости четких законодательных критериев франчайзинга остается спорным и противоречивым Сохраняясь потенциально способной к расширению, говорится далее в упомянутом докладе, современная законодательная трактовка критериев франчайзинга тем не менее тяготеет к консерватизму, что на практике приводит к исключению из категории франшизных множества договорных предпринимательских структур, обладающих многими

⁴⁰ Business Franchise guide New-Jersey 1999

⁴¹ Hadfeld G K Указ соч , с 131

⁴² Baldi R Указ соч , с 131

⁴³ Franchising in the US economy p 5

франшизными признаками. Вместе с тем, как утверждают критики, такой подход позволяет большому числу предпринимательских сообществ игнорировать требования о предпродажном раскрытии информации, а также избегать регулирования, которое требуется именно для франчайзинга. По-настоящему полное распространение законодательных критериев франчайзинга могло бы, как полагают, способствовать, помимо прочего, включению в отношения франчайзинга десятков тысяч независимых торговых агентов и уполномоченных дилеров в сферах страхования капитала и оптовых рынков, что позволило бы легко охватить франчайзингом более половины розничной торговли в США⁴⁴.

Неоднозначно оценивается необходимость законодательного регулирования франчайзинга и в Европе. Так, один из авторов в одной части своего исследования говорит, что отсутствие отдельного, специального законодательства о франчайзинге служит едва ли не основным источником возникающей вокруг него путаницы. Из этого мнения можно понять, что автор расценивает как недостаток отсутствие законодательства. Но несколькими страницами ниже утверждает, что наиболее успешный период развития франчайзинга в ЕЭС приходится на период до принятия Регламента № 4087/88 и, возможно, как считает он, именно из-за полного отсутствия в то время всякого регулирования и вытекающей из такого отсутствия гибкости всей системы франчайзинга⁴⁵.

Нельзя отрицать, что успешное развитие франчайзинга вполне возможно и в отсутствие отдельного и доброкачественного законодательства о нем. Важны конкретные правовые условия каждой страны. Известно, что за рубежом (исключая постсоциалистические страны) франчайзинг родился не на пустом месте. До его появления в западном мире сложилось чрезвычайно богатое и развитое договорное право с его универсальными принципами, вековыми традициями и торговыми обычаями, с мощной судебной практикой, с изощренными методами аналогий, допущений и привязок. Эти и другие правовые механизмы позволяют достаточно успешно регулировать франшизные отношения и без специального законодательства. Образцы такого регулирования будут показаны на примере отдельных стран в последующих главах монографии. Но, что касается России и ряда других стран, начинающих развитие рыночных отношений и их регулирование

⁴⁴ Franchising in the US economy, p. 5

⁴⁵ *Garnet-Pol F J* Указ еош С 9, 17-18

практически с нуля, то принятие в них специального законодательства о франчайзинге безусловно необходимо. И чем совершеннее такое законодательство (не касаясь экономических и других условий этих стран), тем больше шансов на развитие этого нового и многообещающего вида предпринимательской деятельности.

Помимо специального законодательства (которого, как отмечалось, во многих странах попросту не существует) при регулировании франчайзинга интенсивно используются нормы многих других отраслей и подотраслей национального права, а также международного права. В Руководстве по международным франшизным соглашениям, подготовленном Международным институтом по унификации частного права (UNIDROIT), подчеркивается, что франчайзинг способен успешно функционировать только при наличии окружающей его «здоровой правовой коммерческой среды». Такую среду, помимо собственно франшизного законодательства, должны, в частности, создавать общее договорное законодательство, законодательство об агентских отношениях и других распределительных договорах, законодательство о лизинге, залоговое законодательство, инвестиционное законодательство, законодательство об интеллектуальной собственности, законодательство о конкуренции и справедливой торговой практике, законодательство о компаниях и корпоративных отношениях, законодательство о собственности, налоговое законодательство, законодательство о защите прав потребителей и ответственности изготовителей продукции, законодательство о страховании, трудовое законодательство, законодательство о передаче технологии, законодательство о контроле над валютным обменом и торговых тарифах, законодательство о совместных предприятиях и ряд других отраслей законодательства⁴⁶.

Совершенно очевидно, что создание общей коммерческо-правовой среды франчайзинга в России необходимо в такой же степени, как и развитие специального законодательства о франчайзинге.

§ 3. Законодательное определение франшизного соглашения

Если в Европе принято по сути единственное определение франшизного соглашения по Регламенту № 4087/88 КЕС, то в США существует несколько видов таких определений в соответствии с законодательством разных уровней и назначения согласно федеральным законам об «отраслевом» франчайзинге, согласно законодательным актам о франчайзинге в штатах США, в соответствии с Постановлением ФТК

⁴⁶ Веб сайт UNIDROIT в Интернете

№ 436; согласно некоторым «непрофильным» законам штатов. В таких определениях порой встречаются очень существенные расхождения. Речь, по сути, идет о разных трактовках франчайзинга различными законодательными источниками в США.

Разнообразие законодательных определений франшизного соглашения вызвано по меньшей мере двумя существенными причинами. Одна из них связана с многоликостью предпринимательских отношений, которые относят к франчайзингу. Итальянский автор Р. Бальди свидетельствует, что трудности в выработке определения франчайзинга обусловлены очень широкой гаммой различных форм, в которых он реализуется на практике⁴⁷. Торговый (распределительный, сбытовой), сервисный, производственный франчайзинг — это по сути разные формы кооперации и разделения труда, имеющие подчас различное экономическое содержание и организационные формы в разных отраслях торговли, услуг и производства. Еще более важна другая причина — наличие множества близких франчайзингу, пограничных, иногда «псевдофраншизных» договорных форм, которые делают зыбкими и нечеткими присущие франчайзингу критерии и признаки. Авторы доклада Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США отмечали по этому поводу, что в США существуют многочисленные «альтернативные предпринимательские формы, не укладывающиеся в общее определение франчайзинга»⁴⁸. Наибольшие трудности возникают в отношении торгового и сервисного франчайзинга, но именно они как раз и преобладают среди его различных разновидностей.

Например, в соответствии с федеральным законом США об автомобильном дилерском франчайзинге «франшиза» означает заключаемое между любым изготовителем автомобилей, занимающимся коммерческой деятельностью, и любым автомобильным дилером письменное соглашение (или договор), назначение которого состоит в том, чтобы установить юридические права и обязанности сторон такого соглашения (или договора)⁴⁹. Строго говоря, в этом определении нет ничего от франчайзинга. Речь идет об обычном дилерском договоре, который законодатель по каким-то соображениям назвал «франшизой» (franchise). Для американского законодательства, независимо от того, что именно конкретный законодательный акт понимает под франчайзингом, вообще характерно употребление термина «франшиза» взамен

⁴⁷ Baldi R Указоч , с 131

⁴⁸ Franchising in the US economy, p 3

⁴⁹ Automobile Dealer Franchise Act. USA Laws 15 US Code of Federal regulations Sections 1221-1225. Washington, 1956

«франшизного соглашения». Но под этими терминами подразумеваются существенно разные понятия. Поэтому в зависимости от контекста, в котором законодательный акт употребляет термин «франшиза», его приходится переводить на русский язык либо буквально («франшиза»), либо как «франшизное соглашение».

Важно сделать и еще одну оговорку. Разграничивать дилерский договор с франшизным соглашением, как это делаем мы, тем более противопоставлять их, можно лишь достаточно условно. В американском законодательстве они нередко отождествляются. Например, в законодательстве штата Техас франчайзинг средств автотранспорта определяется как договор «между дилером, выступающим в роли франчайзи, и изготовителем либо дистрибьютором, выступающим в роли франчайзера». Подобные формулировки обычно встречаются в тех разделах консолидированного законодательства штатов о промышленных отношениях (Special Industrial Relations Acts), которые посвящены отраслевым видам франчайзинга: торговля фермерским или сельскохозяйственным оборудованием, малотоннажными судами, автотехникой, моторным топливом, средствами охраны и сигнализации, некоторыми видами пищевых продуктов и т.п.

Подробнее о соотношении дилерского договора (и понятия дилера) и франшизного соглашения (и понятия франчайзи) будет сказано в главе 2 монографии.

О каком-то подобии франчайзинга уже можно судить по определению федерального закона о нефтесбытовой рыночной практике 1978 г., хотя, как видно из его названия, сам термин «франчайзинг» ни в каком виде не присутствует⁵⁰. Тем не менее закон дает определение франшизы (т.е. франшизного соглашения), подразумевая под ним любой договор, согласно которому розничный продавец или дистрибьютор (в зависимости от конкретного случая) получает разрешение на торговое помещение, каковое он обязан использовать с целью продажи, отправки или распределения моторного топлива под торговой маркой, принадлежащей или контролируемой переработчиком сырой нефти, либо переработчиком, который снабжает моторным топливом дистрибьютора, дающего разрешение на занятие торгового помещения. Указывается, что для целей закона под торговой маркой понимается как сама торговая марка, так и любое коммерческое наименование (trade name), знак обслуживания или иной идентификационный символ либо наименование.

⁵⁰ Petroleum Marketing Practices Act. USA Laws 15. US Code of Federal regulations. Sections 2801-2806, 1978.

О том, что закон имеет отношение к франчайзингу, свидетельствуют наличие в нем условия о торговой марке (хотя это не специфический признак франчайзинга), а также норма, согласно которой переработчики нефтесырья (или дистрибьюторы) рассматриваются как франчайзеры, тогда как различные продавцы моторного топлива (или дистрибьюторы, выступающие в роли последних) - как франчайзи. А обязанности и ответственность сторон подобного договора, возникающие и реализуемые в процессе маркетинга и распределения моторного топлива, характеризуются в законе как франшизные отношения. Подобного рода определения и признаки франшизного соглашения воспроизводятся в законодательстве ряда штатов США, регулирующих торговлю нефтепродуктами.

Ни один из обоих упомянутых федеральных законов не предусматривает никаких обязанностей франчайзера по оказанию помощи и поддержки франчайзи (дилера).

Следующая группа законодательных определений франшизного соглашения в США отличается от предыдущих тем, что они имеют, во-первых, универсальный характер, т.е. распространяются на все виды франчайзинга и, во-вторых, — и это важно подчеркнуть — включают в соглашение уже подлинно франшизные признаки; широкий набор исключительных прав на средства индивидуализации (и, прежде всего, на фирменное наименование), право пользования которыми одна сторона предоставляет другой. Так, в соответствии с законом штата Гавайи о франшизных инвестициях, франшизное соглашение представляет собой устный или письменный договор либо соглашение, по которому одно лицо предоставляет другому лицу лицензию на использование своего фирменного наименования, торговой марки, знака обслуживания, логотипа или родственных этим коммерческим символам других знаков отличия, преследуя общность интересов сторон в осуществлении предпринимательской деятельности, заключающейся в предложении, продаже или распределении товаров или услуг посредством оптовой или розничной торговли, лизинга оборудования или иным способом, и при этом франчайзи обязуется по соглашению уплачивать франшизную плату.

Помимо отмеченных новых качественных черт приведенного определения франшизного соглашения в нем поясняется, что соглашение может заключаться как в письменной, так и в устной форме, а также вводится в законодательный оборот понятие «общность интересов сторон», которое предполагает иной, отличный от отношений простой купли-продажи и более высокий тип отношений сторон по соглашению. Кроме того, в определении впервые упоминается

о франшизной птате Все это уже гораздо ближе к франчайзингу, но и в данном определении еще недостает ряда существенных признаков подлинно современного комплексного франчайзинга типа БФФ

Законодательные определения, подобные гавайскому, сформулированы в законодательстве еще нескольких штатов США Некоторые из них добавляют к уже перечисленным новые условия франшизного соглашения Так, в Миннесоте соглашение может иметь не только выраженное, но и подразумеваемое содержание, может заключаться на определенный или неопределенный срок, между двумя или большим числом лиц Но эти нормы не специфичны для франчайзинга Это — общие положения договорного права, которые могут использоваться или не использоваться по усмотрению сторон в случае молчания закона

Законы ряда штатов с учетом особенностей местного предпринимательства вводят оговорку о том, что приведенное в законе определение франшизного соглашения распространяется на некоторые виды предпринимательских сделок (и дают их исчерпывающий перечень), которые не соответствуют или не совсем соответствуют приведенному определению, но по закону считаются франшизными Законы ряда других штатов, тоже исходя из местных условий, напротив, исключают из числа франшизных некоторые (перечисленные в законе) виды договоров, которые формально соответствуют данному в законе определению франшизного договора И в том, и в другом случае основаниями для таких оговорок могут служить самые разные соображения например, предельные (максимальные или минимальные) суммы цен на товары франчайзера или объемы товарооборота между сторонами, либо наличие или отсутствие в данном штате домицилия одной из сторон, либо осуществление сторонами какого-либо особо выделяемого законом вида профессиональной деятельности и тд

Особенности американского толкования франчайзинга не позволяют поставить точку на этом последнем, скажем так, гавайском типе законодательного определения франшизного соглашения В ряде штатов США приняты как бы альтернативные законодательству о франчайзинге законодательные акты о дилерской торговле В одном из таких законов — «О справедливой дилерской торговле» штата Висконсин — говорится, например, что «дилерство» (dealership) ЛТО устный или письменный договор (соглашение), заключаемый в выраженном или подразумеваемом виде между двумя или большим числом лиц, в соответствии с которым одно из лиц предоставляет другому право продавать или распределять товары или услуги либо использовать фирменное наименование, торговую марку, знак обслуживания, логотип, рекламу, либо иные коммерческие символы, преследуя при этом

общность интересов сторон в осуществлении предпринимательской деятельности, которая заключается в предложении, продаже или распределении товаров или услуг посредством оптовой или розничной торговли, предоставления в аренду или иным способом

Даже самое пристрастное сопоставление этого определения дилерского договора с приводившимся выше определением франшизного соглашения по версии гавайского законодательства не позволяет выявить каких-либо заметных различий между ними. Правда, гавайский закон в разъяснениях используемых терминов и понятии характеризует стороны соглашения как франчайзи и франчайзера, а закон Висконсина — как лиц, одно из которых получает право на ведение дилерской торговли с использованием перечисленных в определении средств индивидуализации, а другое лицо (*grantor*) предоставляет право на ведение такой торговли.

Означает ли все сказанное, что законодательство США ставит знак равенства между торговым (или сервисным) франшизным соглашением и дилерской торговлей (сервисом), между франшизными и дилерскими отношениями? В принципе на этот вопрос можно ответить положительно, если только иметь в виду франчайзинг того уровня (или «качества»), определения которого приводились выше.

Но если говорить о «полноформатном» франчайзинге (БФФ), то по отношению к нему законодательство США не допускает никакого отождествления с дилерскими отношениями. А франчайзинг этого более высокого типа, как уже отмечалось, преобладает в структуре торговых и сервисных франшизных отношений в США. Что же касается франчайзинга производственного (промышленного) типа, то он вообще не имеет никаких генетических корней в дилерских отношениях. Это — явление самостоятельного порядка.

На федеральном уровне определение франчайзинга типа БФФ, правда, только его торговой и сервисной разновидностей, содержится в Постановлении ФТК № 436. Как уже отмечалось, Постановление № 436 по своей правовой природе относится, скорее, к категории административно-распорядительных актов и в отсутствие специализированного и унифицированного федерального законодательства о франчайзинге не только играет роль руководящего нормативного документа при регулировании межштатных франшизных отношений, но фактически выступает и в роли федерального закона при разработке отдельными штатами США собственного, «внутриштатного» законодательства о франчайзинге.

Федеральная торговая комиссия полномочна контролировать соблюдение норм Постановления № 436, для чего ей предоставлены

права, которых не имеют частные участники франшизных отношений. Так, она вправе возбуждать в судах иски против нарушителей Постановления, налагать штрафы, выносить решения о компенсации вреда, причиненного потребителям франшизной продукции.

Согласно Постановлению № 436 «франшиза» означает любые длительные коммерческие отношения, возникающие по любому соглашению, в соответствии с которым:

1. (А) Франчайзи предлагает, продает или сбывает другому лицу (но не франчайзеру) товары или услуги, которые.

- идентифицированы торговой маркой, знаком обслуживания, фирменным наименованием, рекламой или иным коммерческим символом, определяющим фирму-франчайзера; или
- отвечают стандартам качества, прямо или косвенно предписанным франчайзером; или
- поставляются франчайзером; или
- поставляются третьим лицом (поставщиком), с которым франчайзи ведет дело и который прямо или косвенно рекомендован франчайзером и связан с ним

(Б) Франчайзер:

- осуществляет или имеет полномочия осуществлять тщательный контроль за методами работы франчайзи, включая организацию предприятия, рекламные мероприятия, маркетинг, деловые связи; или
- обеспечивает франчайзи розничными торговыми точками или обслуживает его расчетные операции по торговле указанными товарами или услугами; или
- обеспечивает помещения предприятия-франчайзи автоматами для продажи мелких товаров, стеллажами или другим инвентарем, используемым франчайзи, когда последний предлагает, продает или сбывает товары или услуги от имени франчайзера; или
- предоставляет франчайзи услуги лица, способного обеспечить его розничными точками, помещениями или другими услугами, перечисленными выше.

2. Франчайзи при условии приобретения права на франшизную деятельность или на открытие деятельности в рамках франшизной системы обязан произвести оплату или взять на себя обязательство произвести оплату франчайзеру или его филиалу. Конкретно в Постановлении ФТК указывалось, что франчайзи обязывается уплатить

франчайзеру минимум 500 долл. США в течение первых 6 месяцев своей деятельности⁵¹.

Приведенное определение франшизного соглашения («франшизы»), которое по форме, скорее, напоминает его описание, отличается рядом принципиальных особенностей от всех ранее рассмотренных определений франчайзинга по законодательству США. Во-первых, оно характеризует франшизные отношения как длительные или продолжительные (хотя и не указывает конкретных сроков их действия); во-вторых, требует от франчайзи соблюдения стандартов деятельности, прямо предписываемых франчайзером; в-третьих, предоставляет франчайзеру право устанавливать тщательный контроль за деятельностью франчайзи по соглашению, что свойственно за небольшими исключениями одним лишь отношениям франчайзинга; в-четвертых, обязывает франчайзера в процессе контроля за операциями франчайзи оказывать ему существенную помощь в их организации в сферах расчетного обслуживания, маркетинга, рекламирования и др.; в-пятых, устанавливает пороговую ставку франшизной платы в течение первого полугодия действия соглашения. Такая же начальная сумма платежей установлена и в законодательстве некоторых штатов США.

Отмеченные особенности, хотя и недостаточно развернутые и детальные, подтверждают, что Постановление № 436 предусматривает франшизные отношения высшего, комплексного типа. В соответствии с ним в США работают многочисленные франшизные торговые и сервисные сети регионального (межштатного), национального и международного масштабов. Но в ряде штатов США существует и собственное законодательство о франчайзинге типа БФФ.

Один из таких актов — калифорнийский закон «О франшизных отношениях» 1970 г., ставший в числе первых в ряду законодательных актов штатов в этой области, устанавливает, что «франшиза» означает договор или соглашение между двумя или большим числом лиц, в соответствии с которым:

- предприятие-франчайзи получает право заниматься предпринимательством, предлагая, продавая товары или оказывая услуги согласно плану по маркетингу или по системе (подчеркнуто С.С); разработанной в существенной степени предприятием-франчайзером;
- предпринимательская деятельность предприятия-франчайзи осуществляется в соответствии с таким планом либо система в существенной степени ассоциируется с торговой маркой франчайзера,

⁵¹ Текст Постановления № 436 приводится по: Мендельсон М. Указ. соч., с. 22.

знаком обслуживания, логотипом, рекламой или другим символом, определяющим предприятие-франчайзера или его филиал,

- предприятие франчайзи должно выплатить, прямо или косвенно, компенсацию франчайзеру⁵²

Приведенное определение почти дословно воспроизведено в законе штата Вашингтон 1972 г «О защите франшизных инвестиций», где говорится, что франчайзи осуществляет свои операции в соответствии с планом по маркетингу, который в его существенной части предписан или предложен франчайзером, и что такой план представляет собой систему ведения бизнеса и может включать одно или несколько из числа следующих мероприятий а) ценовые спецификации, специальные системы цен или планы ценовых скидок, б) оборудование для продажи или демонстрации товаров либо приспособления для ведения торговли, в) технологические установки для производства операций по сбыту, г) материалы для распространения или регламентирования продукции либо сотрудничество в рекламной деятельности, д) операционное, управленческое, техническое или финансовое руководство либо помощь Перечисленные мероприятия типичны для франчайзинга типа БФФ И вполне закономерно, что цитируемый закон штата Вашингтон содержит норму, исключаящую из сферы его действия дилерские франшизные соглашения по транспортным средствам

Некоторые законодательные акты штатов США содержат также определение субфраншизного соглашения («subfranchise»), причем в некоторых вариантах такого определения оно именуется несколько по-иному, а именно как «зональное франшизное соглашение» («area franchise») Несколько различаются при этом и сами формулировки таких определений Так, по законодательству штатов Гавайи, Миннесота и ряда других зональное франшизное соглашение представляет собой любой договор или соглашение, согласно которому субфранчайзеру за вознаграждение, которое он выплачивает франчайзеру полностью или частично, предоставляется право продавать франшизы от имени франчайзера или за франчайзера либо вести переговоры о продаже франшиз И, говорится далее, что, если в законе особо не оговорено иное, то «франшизное соглашение» подразумевает и «зональное франшизное соглашение»

Что касается собственно субфраншизного соглашения, то, например, в законодательстве штата Вашингтон оно определяется как устное или письменное соглашение, положительно выраженное или

⁵² Мендельсон М Указ соч С 21—22

подразумеваемое, в соответствии с которым лицом прямо или косвенно уплачивается или дается согласие выплачивать франчайзеру плату за право предоставлять, продавать или вести переговоры о продаже франшизы. Отсутствие в данном случае в определении существенно важной оговорки о праве субфранчайзера продавать франшизу «от имени франчайзера или за него» заставляет предположить, что по данному закону субфранчайзер пользуется таким правом по своему усмотрению, без согласия франчайзера. Что само по себе практически маловероятно. Скорее всего, имеет место небрежность законодателя при формулировании определения субфраншизного соглашения,

В странах Европейского экономического сообщества действует определение франчайзинга, сформулированное в Регламенте КЕС № 4087/88. Согласно ему, франшизное соглашение - это договор, по которому одно предприятие, франчайзер, в обмен на прямое или косвенное вознаграждение предоставляет другому предприятию, франчайзи, право использовать франшизу для продвижения на рынке определенных товаров и/или услуг и, как минимум, включает обязанности, подразумевающие:

- использование общего наименования или магазинной вывески и единообразное оформление указанных в соглашении помещений и/или транспортных средств;
- » сообщение франчайзером франчайзи информации, содержащей ноу-хау;
- * предоставление франчайзером франчайзи текущей коммерческой или технической помощи в течение всего срока действия соглашения.

И хотя ст. 2 (а) Регламента предусматривает возможность предоставления франчайзи «части франшизы», последние два условия, которые «как минимум» должны включаться в соглашение, свидетельствуют о том, что Регламент № 4087/88 ориентирует развитие франчайзинга в ЕЭС на его высшие, комплексные формы (БФФ). Разумеется, на территории государств-участников общего рынка никто не препятствует сторонам заключать соглашения иного франшизного типа, но если такое соглашение не будет отвечать указанным минимальным условиям, а также ряду других требований Регламента № 4087/88, то оно, как отмечалось, не будет подлежать изъятию из антимонопольных положений Римского договора со всеми вытекающими из этого последствиями.

Но однозначная трактовка франчайзинга как соглашения типа БФФ — не единственное отличие определения, содержащегося в Регламенте № 4087/88, от определений американского законодательства. Другая особенность Регламента заключается в том, что он четко разграничивает понятия франшизного соглашения, с одной стороны, и самой франшизы, с другой. Последняя, как разъясняется в Регламенте, означает пакет прав на объекты промышленной или интеллектуальной собственности, такие как товарные знаки, фирменные наименования, магазинные вывески, полезные модели, дизайн, иные объекты авторского права или патенты, которые должны использоваться с целью розничной продажи товаров или оказания услуг конечным потребителям.

Четкое отграничение понятия франшизы как пакета прав промышленной или интеллектуальной собственности наполняет смыслом часто используемые в законодательстве и в правовой литературе термины «купить», «продать», «вернуть», «выкупить», «наследовать» франшизу. Это значит, соответственно, купить, продать, вернуть, выкупить, унаследовать исключительные и неисключительные права, образующие франшизу, в том их наборе и объеме, которые установлены в конкретном франшизном соглашении.

Вместе с тем нелишне уточнить, что все эти термины используются в известной степени условно. При «купле» франшизы со стороны франчайзи (те «продажи» ее франчайзером) или при «продаже» (или передаче в наследство) франшизы со стороны франчайзи третьему лицу не происходит окончательного отчуждения прав франчайзера на его промышленную или интеллектуальную собственность. Франшизное соглашение не предполагает передачи титула собственника таких прав. В противном случае это — уже не франшизное соглашение, ибо новый титулодержатель — это не франчайзи. Франчайзи — это всегда только пользователь прав, которые он «купил» в составе франшизы на определенный или неопределенный срок, но в принципе временно.

Регламент № 4087/88 дает определение и субфраншизного соглашения, которое он, в отличие от американского законодательства, именует *master-franchise agreement*. Оно повторяет определение франшизного соглашения, но в его завершающей части говорится не о праве франчайзи использовать франшизу с целью продвижения на рынке товаров и услуг франчайзера, а о праве использовать ее «для заключения франшизных соглашений с третьими лицами, франчайзи».

Таким образом, по Регламенту № 4087/88, как и по законодательству США, субфранчайзер сам не занимается непосредственной франшизной деятельностью, те не совмещает обязанностей:

франчайзи и субфранчайзера Он — франчайзер, но только «вторичный», «производный» («зональный», «кустовой» и тп)

В национальном законодательстве отдельных европейских стран (в тч ЕЭС) изредка встречаются собственные определения франчайзинга, принятые «по случаю», когда необходимо указать, что франшизные соглашения не имеют никакого отношения к предмету данного закона Такие определения крайне несовершенны и непригодны к регулированию собственно франшизных отношений Некоторые из них будут приведены в главе 3 монографии, посвященной регулированию франчайзинга в отдельных странах

В заключение необходимо отметить, что при всем значении законодательных определений франчайзинга истолкование содержания конкретного франшизного соглашения в конечном счете исходит из его условий Договор — основа отношений сторон Оценка франчайзинга прежде всего с договорных позиций особенно характерна для стран общего права⁵³ Важно подчеркнуть и то, что при всех различиях законодательных определений и трактовок франчайзинга франшизное соглашение неизменно и повсеместно рассматривается как предпринимательский договор с присущими такому договору признаками профессиональным коммерческим статусом сторон, наличием основной цели — извлечения прибыли, рисковым характером договора В законодательстве нет единообразия только в отношении последнего из признаков предпринимательского договора — требования его обязательной регистрации

§ 4. Судебная практика в области франчайзинга

Франчайзинг развивается в странах с разными правовыми системами, в которых суды играют неодинаковую роль в формулировании общих условий договорно-предпринимательской деятельности В США, Великобритании и других странах общего права судебный прецедент остается самостоятельным источником права, а суды играли и продолжают играть определяющую роль как в формулировании общей концепции франчайзинга, так и при решении спорных вопросов по конкретным судебным делам Правотворческую функцию выполняют высшие судебные органы, тогда как суды низших инстанций, принимая решения по аналогичным делам, следуют установленным ими прецедентам Эта роль судов тем более очевидна, что в странах общего права (за исключением США) практически полностью отсутствуют

⁵³ *Hadfeld G K* Указ соч , с 970

статутные (законодательные) нормы по франчайзингу. И даже в США, *где* такое законодательство существует, оно в целом играет вспомогательную, не основную роль по сравнению с судебной практикой.

Современная концепция франчайзинга в США была сформулирована во многом в результате решений федеральных судов. В частности, в результате серии решений Федерального апелляционного суда США, принятых в 1964-1965 гг по делу «Carvel Ice Cream Corporation», лицензия на право пользования торговой маркой была признана в качестве центрального элемента франшизных отношений, в связи с чем Суд пришел к заключению, что ограничения действий франчайзи по договору не являются навязыванием ему условий франчайзера, а преследуют цель необходимой защиты его торговой марки³⁴.

Другие существенные для франчайзинга решения были приняты Верховным судом США по делам *Business Electronic Corp v Sharp Electronic Corp*, 1988, *Monsanto Co v Spray-Rite Service Corp*, 1984, *SylvaniaTV Inc v GTE Sylvania Inc*, 1977.

В других многочисленных судебных решениях, если и не содержались полные, исчерпывающие определения франчайзинга, то прояснялись и оттачивались его отдельные концептуальные положения, существенные элементы, критерии. В частности, значительное влияние на формулирование концепции франчайзинга и уточнение его критериев оказали судебные решения, связанные с применением к франчайзингу положений антимонопольного законодательства. К их характеристике мы еще вернемся.

Тем не менее для судебной практики США характерен широкий разброс суждений о правовой природе франчайзинга, послуживших причиной и в свою очередь явившихся следствием неоднозначного толкования франчайзинга влиятельной правовой доктриной и законодательством США. Как следствие, в судебных определениях к франчайзингу нередко относят договоры, которые судебная практика континентальной Европы таковыми не считает. Это могут быть и договоры о простой селективной торговле, и эксклюзивные соглашения о распределении товаров без предоставления специальной лицензии. Так, суды США неоднократно квалифицировали в качестве франчайзинга обычные эксклюзивные соглашения о праве распределения товаров (*White Motor v United States*, 1963, *United States v Arnold Schwinn and Co*, 1967)³⁵. Разнообразные дилерские договоры тоже часто оцениваются судами как франшизные.

³⁴ Franchising in the US economy, p. 9

³⁵ *Garnet-Pol F J* Указ соч., с. 11

Соглашения типа БФФ американская судебная практика рассматривает, как правило, тоже как франчайзинг. Столь широкий диапазон отношений, которые могут быть истолкованы судом как франшизные, еще раз свидетельствует об аморфности и расплывчатости самого понятия франчайзинга в США. Такой подход вполне соответствует официальной позиции органов исполнительной власти. Так, Министерство финансов США различает два типа «франчайзинга» (кавычки поставлены в цитируемом источнике — *Прим С С*) первый — товарный и торгово-посреднический, предусматривающий торгово-сбытовые отношения независимых поставщика и дилера, при которых дилер в определенной степени идентифицирует себя с рыночным образом поставщика, и второй — БФФ, «характеризующийся продолжительными деловыми отношениями между франчайзером и франчайзи, включающими не только товары, услуги и торговую марку, но и полноформатный набор предпринимательского сотрудничества, а также стратегию маркетинга и планирование, операционные учебные материалы и стандарты, контроль качества и продолжительные двусторонние связи»⁵⁶

Иногда суды просто избегают вынесения в отношении франчайзинга каких-либо юридически определенных решений, называя его особым методом (или способом) предпринимательской (либо диетрибьюторской) деятельности, но признавая при этом, что он не относится «ни к одной из общераспространенных категорий договоров» (как, например, это имеет место в английской судебной практике по франчайзингу)

Самостоятельную и очень существенную роль в формировании концепции франчайзинга в странах общего права играет антимонопольная практика судов. Предусмотренные франшизным соглашением совместные согласованные и скоординированные действия франчайзера и франчайзи на рынке не могут не затрагивать основополагающего принципа свободы конкуренции. По этой причине франчайзинг с момента своего возникновения оказался в фокусе внимания антимонопольного законодательства и многих судебных прецедентов. По сути само существование франчайзинга стало возможным лишь после того, как по отношению к нему были существенно смягчены либо совсем сняты требования антимонопольного законодательства.

США — классический пример страны, в которой правовые нормы⁰ франчайзинге складывались, проходя через узкие фильтры антимонопольного законодательства и судебных решений.

⁵⁶ *Hadfield G K* Указ соч., с 932

До 1978 г развитие франчайзинга в США существенно тормозилось прежде всего в связи с сомнениями в его «чистоте» с точки зрения антитрестовского законодательства. В серии крупных судебных дел под удар попадали, как правило, наиболее современные разновидности франшизных соглашений. В решении по первому из таких дел (*Standard Oil v United States*, 1949 г) Верховный суд США постановил, что истец именует франшизными соглашения о продаже своим контрагентам нефтепродуктов, причем на нужных для себя условиях. Таким образом, речь, по мнению Суда, идет о навязывании условий ограничивающих деятельность контрагентов, что запрещается антитрестовским законом Клейтона³⁷. За этим делом последовало второе - *United States v Richfield Oil Co*, 1951, по которому Федеральный апелляционный суд постановил, что франшизные соглашения, заключенные названной корпорацией, есть не что иное, как способ ограничения конкуренции. Оба упомянутых решения положили начало почти 30 летнему периоду сомнений в отношении совместимости франчайзинга с антитрестовским законодательством США и, следовательно, сомнений в его праве на существование в сфере нефтедобычи и торговли нефтепродуктами.

Отношение к франчайзингу по другим отраслям экономики оставалось неопределенным, но постепенно в нем тоже возобладал негативный подход, поскольку Федеральная торговая комиссия и антитрестовские подразделения Министерства юстиции США продолжали рассматривать франчайзинг как инструмент для привязывания одних предпринимательских структур к другим, что не могло не вызывать дисбаланса экономической мощи, и как следствие, требовало вмешательства антитрестовского законодательства. Сама ФТК собственной судебной[^] юрисдикцией не обладает, но вправе от имени США возбудить дело в суде в случае нарушения антитрестовского законодательства.

Изменение отношения к франчайзингу, хотя и не радикальное, произошло лишь в 1964-1965 гг в результате серии упомянутых судебных решений по делу *Carvel Ice Cream Corporation*. В нескольких отдельных постановлениях (подтвержденных со стороны ФТК) Федеральный апелляционный суд был вынужден признать, что ограничения прав франчайзи по соглашению следует рассматривать не как навязывание ему условий деятельности, а как разумно необходимое средство защиты торговой марки и доброй репутации франчайзера⁵⁸.

³⁷ *Franchising in the US economy* p 8. Это и другие упоминаемые судебные решения приводятся в упрощенном изложении.

⁵⁸ *Franchising in the US economy* p 9.

Таким образом, судебные и административные учреждения, от которых зависела участь франчайзинга, впервые взглянули на него с принципиально иных позиций. Решения по делу Carvel Ice Cream Corp- фактически позволили создать из законодательства о торговых марках своего рода щит против обвинений франчайзинга в том, что он используется для заключения незаконных с точки зрения антитрестовского законодательства предпринимательских сделок. Эти решения придали новый импульс развитию франчайзинга в конце 1960-х годов.

Но окончательно сломить негативное отношение к франчайзингу они еще не смогли. Более того, прокатившаяся по стране в те годы волна мошеннических «деловых» предложений со стороны многих франчайзеров и порожденных ими предпринимательских крахов вновь оживила критику франчайзинга со стороны ФТК и Министерства юстиции, реанимировала обвинения франчайзинга как механизма, позволяющего создавать систему дилеров — «невольников», подозрительную с точки зрения антитрестовского законодательства.

Несколько позже последовал и фактический отказ от решений по делу Carvel. В ряде новых судебных постановлений 1970 г, (в частности, по делу Siegel v. Chicken Delight) было определено, что торговая марка франчайзера — всего лишь свидетельство качества продукции, и как торговая марка должна быть отделена от других аспектов деятельности франчайзера⁵⁹. Поэтому, как было решено, она не может служить защитой от обвинений франчайзера в навязывании условий, ограничивающих деятельность франчайзи. Аналогичное по сути постановление приняла ФТК по отношению к одной из фирм-франчайзеров, обвинив ее, опять-таки, в нарушении антитрестовского законодательства. Эти действия положили в 1971—1975 гг. начало волне коллективных судебных исков со стороны франчайзи и послужили правовым основанием для развертывания в 1975—1978 гг. Федеральной торговой комиссией полномасштабного расследования коммерческой практики во всем франчайзинговом «секторе». Такое негативное отношение к франчайзингу со стороны федеральных регулирующих и судебных органов продолжалось до 1977 г. и существенно задержало его развитие.

Перелом в отношении к франчайзингу произошел в конце 1977 г., когда Верховный суд США, действуя в духе неоклассической экономической теории Чикагской школы, принял решение по делу Continental TV, Inc. v GTE Sylvania, Inc., 1977⁶⁰. Решение суда было посвящено

⁵⁹ Franchising in the US economy. P. 9-10

Current problems of law protecting competition. Krakow, 1994, p. 18.

не одному лишь франчайзингу Оно касалось всей сферы исключительных распределительных договоров, но сыграло решающую роль в судьбе франчайзинга Верховный суд провел различия между внутриотраслевыми ограничениями, сдерживающими конкуренцию, и теми ограничениями, которые свойственны только исключительным договорным системам (типа франчайзинга), и способны создавать конкуренцию между предприятиями, объединенными общей торговой маркой Франшизные ограничения, решил Суд, имеют целью защиту того, что именуется «гудвил», те комплекса «невидимых» ценностей фирмы, которые определяют рыночную стоимость ее имени репутацию и деловые связи, нематериальные элементы наименования, товарные знаки, клиентуру и тд Конкуренция между франчайзи, объединенными общей торговой маркой, способствует повышению безопасности и качества товаров, от чего выигрывает потребитель

Но суд не ограничился этими выводами и пошел дальше Он отверг саму идею, что антитрестовское законодательство должно во всех случаях запрещать ограничения самостоятельности независимых предпринимателей В решении Суда утверждалось, что такие ограничения законны, если они выгодны рынку⁶¹ Спустя 11 лет этот тезис был повторен в мотивировочной части Постановления Комиссии Европейского союза, исключившего франшизные соглашения из сферы действия антимонопольной ст 81 Римского договора о ЕЭС

Позиция Верховного суда США по делу *Sylvania* и ее воплощение в ходе других, связанных с франчайзингом важнейших судебных процессов 1979—1981 гг (в которых ответчиками, кстати говоря, выступали известные франчайзеры «Макдоналдс» и «Баскин-Роббинс»), создали прецедент для последующих судебных решений, определивших, что франшизные соглашения и содержащиеся в них требования к франчайзи сами по себе не являются незаконными ограничениями его деятельности, а представляют собой слагаемые способа осуществления предпринимательской деятельности, о которой следует судить по принципу разумности, учитывающему экономическое функционирование системы во всей ее полноте Решения Верховного суда освободили франчайзинг от жестко трактовавшейся антитрестовской доктрины, сдерживавшей его развитие почти 30 лет В результате в 1980-е и последующие годы франчайзинг в США стал стремительно развиваться

Освобождение франчайзинга сначала в США, затем позже — в Европе от ограничений антимонопольного законодательства произошло благодаря изменению концептуального подхода к нему Было признано,

⁶¹ Franchising in the US economy, p 10

что франшизное соглашение не направлено на создание «горизонтальных» распределительно-сбытовых структур, способных монополизировать рынок. Например, при создании трестов, картелей и тп рыночных объединений, имеющих целью манипулирование ценами, их поддержание на монопольно высоком либо, напротив, на демпинговом уровне, ценовую дискриминацию, навязывание договорных условий, бойкоты и тп. Франчайзинг, как отмечают исследователи, это «вертикальная» ассоциированная торгово-посредническая структура. «Вертикальная» — значит, что одно из технологических звеньев франчайзера, возглавляющего всю цепочку от производства до сбыта продукции, предоставляется им контрагенту, т.е. франчайзи. Признано, что вертикально структурированная система менее склонна к монополии. Это не монополия, а, скорее, разделение труда между франчайзером и франчайзи⁶². В соответствии с таким же подходом упомянутый Регламент КЕС № 2790/1999 установил, что антимонопольные положения ст. 81 (1) Римского договора не распространяются на соглашения или на согласованную коммерческую практику, если они заключаются между двумя или более предприятиями, каждое из которых действует на разных уровнях производственной или распределительной цепочки при закупке, продаже или перепродаже товаров или оказании услуг («вертикальное соглашение»).

Было вместе с тем установлено, что франчайзинг не относится и к т.н. «пирамидальным» торговым системам, при которых каждый новый участник системы, получая лицензию на право исключительной торговли, привлекает новых участников, которым передает свои лицензионные права на определенную территорию, а те в свою очередь передают их новым участникам и т.д. Рынок оказывается таким образом монополизированным участниками «пирамиды», имеющими единый (общий) источник исключительных прав.

Изменение отношения к франчайзингу в немалой степени объясняется и тем, что он является формой мелкого предпринимательства, малого бизнеса. Сколь бы крупной ни была франшизная сеть, она практически не создает угрозы свободе конкуренции на рынке какого-либо определенного товара или услуг, на которых эта сеть специализируется. Ограничения конкуренции имеют место в основном между Франчайзером и франчайзи, они остаются в пределах франшизной сети. Выигрыш, который получает франчайзи, участвуя в такой сети, как и макроэкономические и социальные выгоды (создание чрезвычайно

развитой и плотной торговой сети и обслуживания, вовлечение в предпринимательскую деятельность массы пенсионеров, безработных, женщин, поощрение индивидуальной трудовой деятельности и т.п.), которые получает от франчайзинга общество в целом, компенсируют ограничения конкуренции внутри франшизной сети

Эти два обстоятельства играют решающую роль при подходе к франчайзингу не только в США, но и в Европе

В странах континентально-правовой системы суды не играют самостоятельной нормотворческой роли. Тем не менее решения высших судебных органов и сборники их постановлений и разъяснений по актуальным вопросам судебной практики служат авторитетными руководящими источниками для судов низших инстанций при вынесении ими собственных постановлений по конкретным делам. В роли главного источника права для судов выступает закон. В отсутствие специального законодательства о франчайзинге суды опираются прежде всего на общее договорно-обязательственное законодательство, антимонопольное законодательство, законодательство об интеллектуальной собственности, о защите прав потребителей и на иные законодательные источники.

Определенным исключением из этого порядка является судебная практика по франчайзингу Европейского суда, распространяющаяся, правда, только на франчайзинг в рамках общего рынка ЕЭС. Особая роль Европейского суда заключается в том, что он — единственный среди судебных органов в континентальных странах ЕЭС, чьи решения имеют прецедентный характер⁶³. И хотя «внутренний» франчайзинг стран-членов ЕЭС по-прежнему находится в юрисдикции национальных судов этих стран, регулирование франшизных отношений в них несомненно испытывает растущее влияние решений Европейского суда.

Основополагающую роль в определении и обосновании правовой природы франчайзинга в Европе сыграло решение Суда ЕЭС по делу № 161/84 от 28.01.1986 г., известное как дело «Pronuptia». Оно давно стало хрестоматийным, множество раз использовалось в судебной практике по франчайзингу, вызвало к жизни обильные комментарии. Дело «Pronuptia» примечательно также тем, что было принято еще до появления «международного» акта ЕЭС о франчайзинге — Регламента № 4087/88 КЕС 1989 г. и в течение почти четырех лет служило по сути единственным руководящим документом по франчайзингу в ЕЭС. Его идеология и обобщающие положения легли в основу Регламента № 4087/88.

⁶³ European Community Law after 1992. A practical guide for lawyers outside the Common Market. Deventer, 1993, p. 18.

Предыстория Решения по делу № 161/84 такова. Германское отделение французской фирмы «Pronuptia de Pans SA» — законодателя мод в области свадебных нарядов и аксессуаров — предоставило три исключительных франшизы действующей в Гамбурге, Ольденбурге и Ганновере компании «Pronuptia Irmgard Schillgahs». Когда названная компания не выплатила отделению (носящему фирменное наименование «Pronuptia de Pans GmbH») причитающиеся ему франшизные платежи, отделение обратилось с иском в местный суд первой инстанции, который постановил иск удовлетворить и взыскать с франчайзи невыплаченную сумму. Тогда «Pronuptia Irmgard Schillgahs» подала апелляцию в Земельный суд Франкфурта-на-Майне, в которой утверждала, что заключенные ею соглашения с «Pronuptia de Pans GmbH» противоречат антимонопольной статье 81(1) Договора о ЕЭС и должны быть признаны недействительными. Земельный суд согласился с такими доводами. После чего апелляцию в Верховный суд ФРГ подал уже франчайзер, требуя, чтобы решение суда первой инстанции было оставлено в силе.

Верховный суд решил, что в апелляции затронуты вопросы права сообщества и попросил Суд ЕЭС ответить по существу на несколько сформулированных и поставленных перед ним вопросов, затрагивающих в том числе правовую природу франчайзинга. В то время в ЕЭС, как отмечалось, не существовало никаких нормативных документов ни о франчайзинге как таковом, ни о его статусе относительно антимонопольной ст. 81(1) Римского договора о ЕЭС. Но уже действовало Постановление КЕС № 67/67 от 23.03.1967 г. о групповом изъятии из антимонопольных положений на основании ст. 81 (3) некоторых категорий распределительных соглашений, содержащих ограничения свободы конкуренции. Франчайзинг среди них не упоминался. И, если бы Европейский суд, которому как высшему судебному органу ЕЭС предстояло вынести свое окончательное решение по делу «Pronuptia», последовал логике германского Земельного суда, то франчайзинг наверняка был бы объявлен противоречащим ст. 81(1) Римского договора, а уже существующие франшизные соглашения были бы признаны недействительными.

Но Суд ЕЭС не согласился с доводами упомянутого германского суда и тем самым внес едва ли не решающий вклад в положительное решение судьбы франчайзинга на общем рынке ЕЭС. Не касаясь здесь его суждений о соотношении франчайзинга и свободы конкуренции, приведем лишь несколько наиболее глубоких по смыслу разъяснений Судом относительно правовой природы франчайзинга.

Одна из концептуальных позиций Суда состояла в том, что франчайзинг следует рассматривать как договор *sui generis*, отличный как от традиционных торгово-посреднических договоров (агентских,

комиссионных и т.п.), так и от эксклюзивных распределительных договоров типа коммерческой концессии. Система распределительного франчайзинга, разъяснял, в частности, Суд, подразумевает, что предприятие-дистрибьютор (предприятие оптовой торговли — *Прим. С.С.*), обосновавшееся на данном рынке и выработавшее определенные предпринимательские методы, предоставляет независимым торговцам за плату право обосноваться на других рынках, используя фирменное наименование и коммерческие методы предприятия-дистрибьютора, приведшие его к успеху. Для такого предприятия (выступающего в данном случае в роли франчайзера. — *Прим. С.С.*) франчайзинг — это не столько даже способ распределения его товаров, сколько возможность извлекать финансовый доход из своих предпринимательских методов и опыта без дополнительной затраты собственного капитала. С другой стороны, такая система предоставляет независимым торговцам, не имеющим необходимых навыков и опыта торговли, возможность доступа к коммерческим методам, которые они не были бы в состоянии освоить без существенных усилий. Кроме того, система позволяет им с выгодой для себя использовать авторитет фирменного наименования франчайзера.

Франшизные соглашения о сбыте товаров отличаются в этом смысле от дилерских договоров или от соглашений, объединяющих одобренных розничных торговцев в избирательную (селективную) систему сбыта, которые не включают единого фирменного наименования, применения единых методов ведения дела или уплаты роялти в обмен на предоставляемые выгоды. В отличие от нее система, которая позволяет франчайзеру получать прибыль от собственного успеха, сама по себе не препятствует конкуренции.

В развитие этой своей позиции Суд ЕЭС признал, что франчайзер вправе, не опасаясь применения к нему антимонопольных положений ст. 81(1) Римского договора, осуществлять широкий круг действий, в том числе: защищать свое право на передаваемую франчайзи информацию, содержащую ноу-хау; принимать меры по охране фирменного наименования и торговой марки; налагать на франчайзи обязательства по использованию коммерческих методов и результативному применению ноу-хау франчайзера; запрещать франчайзи без своего согласия передавать бизнес третьим лицам, давать рекомендации по размещению франшизных помещений; указывать франчайзи других поставщиков товаров для франшизной торговли (но не посягая на право франчайзи приобретать такие товары у других франчайзи своей франшизной сети) и прибегать к иным ограничительным действиям. Суд отметил, что франчайзер имеет гораздо больше власти над фран-

чайзи, чем поставщик товаров над своими дистрибьюторами по любому другому договору об исключительном или неисключительном распределении товаров.

Вместе с тем Суд ЕЭС подчеркнул, что ни одно из названных им прав франчайзера не должно быть использовано для раздела рынка между франчайзером и франчайзи. Особенно это касается возможности проведения ими согласованной ценовой политики. Суд разъяснил, что франчайзер может только рекомендовать цены франчайзи.

§ 5. Доктринальные подходы к франчайзингу

Идентификация франчайзинга как отдельного, самостоятельного вида договора связана с определенными трудностями. Они обусловлены прежде всего нечеткостью и расплывчатостью правовых основ франчайзинга, недостаточной изученностью его юридической природы. Даже в США, по свидетельству Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, несмотря на все превосходные степени, которых удостоен франчайзинг в этой стране, он все еще остается для большинства американцев сравнительно малоизвестным феноменом. Существование множества близких франчайзингу, пограничных, иногда «псевдофраншизных» договорных форм делает зыбкими и нечеткими присущие франчайзингу критерии и признаки. Авторы упомянутого доклада Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США в этой связи отмечали, что в США существуют многочисленные «альтернативные предпринимательские формы, не укладывающиеся в общее определение франчайзинга»⁶⁴.

Столь же многочисленны и доктринальные определения франшизного соглашения. Зачастую они существенно различаются между собой по самому подходу и пониманию франшизных отношений, по полноте их охвата, используемой терминологии. Американский исследователь Дж. Хедфилд справедливо указывает, что само понимание предмета франчайзинга, излагаемое разными авторами,

Р Бальди свидетельствует, что трудности в выработке определения франчайзинга обусловлены очень широкой гаммой различных форм, в которых он реализуется на практике, и его особенностями, проявляющимися в каждой отдельной стране (*Baldi R. Указ соч. , с 131*) О непонятности для многих правовой концепции франчайзинга свидетельствуют и другие европейские источники (*Мендельсон М. Указ. соч., с 9*).

во многом зависит от того, с каких позиций их авторы оценивают франчайзинг — с позиций франчайзера или с позиций франчайзи⁶⁵⁾

Особое место среди них принадлежит определениям франчайзинга (франшизного договора, франшизной деятельности и тп понятий), выработанным многочисленными национальными, а также международными франчайзинговыми ассоциациями и федерациями. В 2002 г в мире их насчитывалось порядка 40, включая и Российскую ассоциацию франчайзинга. Из них два десятка входили в очень влиятельную Европейскую федерацию франчайзинга (ЕФФ).

Конечно, документы таких объединений не имеют силы нормативных актов. Но принимаемые ими уставы, хартии, кодексы деонтологии (этики) франшизных отношений явно выходят за рамки правовой теории, потому что обязывают членов таких организаций (объединяющих, как правило, франчайзеров) руководствоваться подобными документами. Так, Этический кодекс ЕФФ, давая собственное, причем достаточно качественное определение франшизного соглашения, устанавливает, что соглашение должно соответствовать национальному законодательству (стран ЕС), праву Европейского сообщества и настоящему Этическому кодексу (Прим С С). Тем самым Кодекс приобретает статус своеобразного квазиправового документа.

В других подобных документах тоже формулируются положения, в определенной степени обязывающие франчайзеров следовать им.

Не отвлекаясь на простое цитирование самых разных доктринальных определений франчайзинга⁶⁶⁾, выделим различия в общем акценте, который свойствен, с одной стороны, юристам континентальной школы права, и, с другой, юристам англо-американской школы. Первые в большей мере теоретизируют и склонны рассматривать франчайзинг как продукт развития европейского права в сфере торгово-распределительных, эксклюзивно-коммерческих отношений. Вторые отличаются более прагматическим подходом, ставя во главу угла прежде всего предпринимательскую ценность франчайзинга как комплексной договорной формы («бизнес-формат франчайзинг») и подчеркивая американские корни последнего.

Выявление правовой природы франчайзинга — это прежде всего задача его идентификации с позиций отнесения его к группе известных каузальных сделок или к самостоятельной (новой) группе договоров, анализ его договорной специфики на фоне общих, присущих

⁶⁵⁾ > *Hadfield G K* Указ соч С 958-960

⁶⁶⁾ См , например, *Baldi R* Указ соч С 131-139

другим «родственным» договорам черт и признаков. Возникающие при этом теоретические трудности связаны с близостью и, как следствие, с невольным отождествлением франчайзинга с двумя другими, причем разными группами предпринимательских договоров. Так, франчайзинг исторически первоначальных типов (прежде всего торгово-распределительный) по понятным причинам отождествляется с группой торгово-посреднических и эксклюзивных договоров на закупку или продажу товаров, С другой стороны, наиболее современные типы франчайзинга, в содержании которых нет регулирования отношений купли-продажи товаров, а есть, по существу, лишь предоставление и использование прав на объекты интеллектуальной собственности, отождествляются с чистым лицензионным соглашением.

Тем не менее обе эти группы «родственных» франчайзингу договоров следует оценивать с разных временных и содержательных критериев. Для этого требуется прежде всего разделить договоры первой группы на две подгруппы. Одни из них можно охарактеризовать как традиционные каузальные, другие — как новые, более современные по происхождению. Что касается традиционных договоров, то даже с учетом того факта, что суды, испытывающие недостаток практики по франчайзингу, нередко прибегают к аналогиям в судебных решениях с подобными традиционными торгово-посредническими договорами -договорами агентирования, комиссии, поручения и т.п., последние тем не менее достаточно четко отделяются от франчайзинга. Отношения, связывающие франчайзера и франчайзи, имеют принципиально отличный характер от отношений между принципалом и агентом или комитентом и комиссионером, либо доверителем и поверенным. Характеристике фигур франчайзера и франчайзи посвящен отдельный параграф монографии, и поэтому здесь мы ограничимся лишь утверждением, что между франчайзингом и упомянутыми видами договоров проходит четкая грань.

Сложнее отделить франчайзинг от подгруппы новых по происхождению торгово-распределительных договоров, тем более что характер современного производства и тенденции развития рынка усиливают сходство таких договоров с франчайзингом. Согласно им дистрибьютор становится не просто специализированным, профессиональным торговым посредником, но «встраивается» в технологический процесс производства, становится его нераздельной составной частью. Иначе невозможно организовать производство и сбыт многих современных технически сложных изделий, требующих индивидуальной предпродажной доводки, наладки, монтажа или сборки на месте и обучения персонала, а также послепродажного обслуживания,

заводского контроля, обеспечения сырьем, полуфабрикатами, запчастями, услугами и т.п.

Таким образом, лицо, принимающее на себя такие функции, это уже даже не посредник. Оно становится вертикально интегрированным звеном производственного процесса, участником современной технологической цепочки доведения товара от изготовителя до потребителя⁶⁷. Те же интересы производства требуют, чтобы договорные связи такого участника с изготовителем продукции строились на долговременной, стабильной основе, а поставки товаров осуществлялись по предварительно спланированным и скоординированным циклам. Подобная торгово-распределительная деятельность часто организуется по т.н. сетевому принципу, когда объединенные в группу (сеть, цепь) территориально рассредоточенные торгово-розничные предприятия снабжаются товарами из единого производящего или распределяющего центра.

Понятно, что фигура дистрибьютора далека от фигуры посредника и в правовом смысле. Посредник — это лицо, которое не совершает юридически значимых действий, а ограничивается лишь «подысканием» контрагента. Современный дистрибьютор сам является полноценным контрагентом, стороной в новом, отличном по своему предмету и содержанию, договоре.

Значительная часть таких новых по своей природе торгово-распределительных договоров известна в правовой теории как «неназванные» (*contractus innominatis*). Под ними подразумевается группа предпринимательских договоров, которые возникли в коммерческой деятельности предпринимательских организаций промышленно развитых стран и, не получив в большинстве из них прямого закрепления в законодательстве, были признаны под этим условным наименованием судебной практикой⁶⁸.

Среди «неназванных» договоров, к которым относится и франчайзинг⁶⁹, правовая теория различает прежде всего т.н. эксклюзивные (исключительные) договоры. Определение договора как исключительного указывает на то, что его стороны предоставляют друг другу (или одна из сторон предоставляет другой) некоторые особые,

⁶⁷ Baldi R Указ. соч., с. 12. в Регламенте № 2790/1999 от 01.06 2000 г. Комиссия ЕЭС квалифицирует подобного рода договоры как «вертикальные», относится к ним, в частности, и франчайзинг.

⁶⁸ Гражданское и торговое право капиталистических стран. М.: Высшая школа, 1983, с. 179.

⁶⁹ Ф Бесси говорит, что франчайзинг — это распределительная система, подчиняющаяся нормам, которые не присутствуют ни в одном законе Франции (*Bessis Ph* Указ. соч., с. 93).

исключительные права, которые ставят третьих лиц в неравное положение по отношению к ним. Исключительные права одновременно налагают на сторону ограничительные обязательства, соответствующие таким правам. Таким образом, имеет место взаимное ограничение гражданской правоспособности сторон.

Из всех категорий исключительных торгово-распределительных договоров наиболее близок к франчайзингу договор коммерческой концессии (*concession commerciale*). Договоры этой разновидности стали практиковаться в европейских странах лишь с первой половины XX века, когда широко развернувшаяся сетевая торговля поставила вопрос о необходимости создания новой промежуточной торгово-посреднической фигуры, которая могла бы принять на себя риски продажи третьим лицам товаров, поставляемых изготовителем. Традиционный торговый агент, не обладающий такими правами, перестал удовлетворять потребностям изготовителей.

Такой фигурой и стал концессионер по договору коммерческой концессии. В 1943 г. во Франции был принят закон о концессионной продаже товаров (*concession de vente*), в соответствии с которым изготовитель товаров (концедент) предоставлял независимому торговцу (концессионеру) исключительное право на продажу таких товаров, за что последний был обязан уплачивать изготовителю твердую плату, независимо от той платы, которую клиенты концессионера уплачивали ему за товары изготовителя, проданные им концессионером. При этом он (концессионер) принимал на себя полную ответственность за такую продажу. Исключительное право на продажу означало, что изготовитель обязывался поставлять свои товары только данному концессионеру, и никому больше. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что в Торговом кодексе Франции это исключительное право было обозначено термином «франшиза»⁷⁰. Между тем ни предмет договора, ни его содержание не включали условия об использовании при этом средств индивидуализации изготовителя, предоставление которых, как неоднократно подчеркивалось, является конституирующим признаком франшизного соглашения.

В 1961 г. в Бельгии был принят (а в 1971 г. обновлен) закон о коммерческой концессии. Последняя определялась в законе как любое соглашение, в силу которого концедент предоставляет одному или нескольким концессионерам право продавать от имени и за счет

⁷⁰ Code de Commerce Pans, 1995. Не отсюда ли пошло упрощенное до примитивности, лишенное всяких признаков франчайзинга, представление о нем как о «договоре реализации торговым предприятием изделия промышленного предприятия»⁷ (Англо-русский юридический словарь М. Рея, 1993, с. 204).

концессионера продукцию, изготовленную или распространяемую концедентом. Такое соглашение могло предусматривать: а) исключительную концессию на продажу товаров; б) концессию, согласно которой концессионер обязывался продавать на отведенной для него территории всю или почти всю продукцию, являющуюся предметом соглашения; в) концессию на продажу товаров, которая налагала на концессионера и связывала его существенными обязательствами, которые влекли суровые последствия для концессионера в случае расторжения им соглашения⁷¹. Как видно, ни одна из этих моделей концессионного договора тоже не была четко увязана с предоставлением концессионеру средств индивидуализации концедента.

Тем не менее договор коммерческой концессии несколько напоминает франшизное соглашение, особенно в случае, когда обе стороны такого договора принимают на себя определенные, взаимно ограничивающие их обязательства (с одной стороны, не продавать на концессионной территории товары, конкурирующие с товарами изготовителя, а с другой — не прибегать на этой территории к услугам других концессионеров или иных дистрибьюторов).

Коммерческие концессии и аналогичные им договорные формы получили чрезвычайно широкое распространение на рынках потребительских товаров, в том числе в экспортно-импортной торговле. Сам термин «коммерческая концессия» имеет хождение в немногих европейских странах (Франции, Бельгии, Швейцарии и некоторых других). В странах общего права эксклюзивным дистрибьюторским соглашениям соответствуют некоторые категории т.н. дилерских договоров. Сама фигура дилера, как отмечалось, тоже толкуется неоднозначно. В одном из американских справочников по франчайзингу говорится, например, что дилеры — это разрешенные (назначенные) розничные торговцы, которые продают продукцию изготовителей или поставщиков⁷². Обычно они осуществляют эту деятельность самостоятельно, продавая товар в качестве его собственников, но в отличие от франчайзи — от собственного имени и с незначительной помощью изготовителей, а также не уплачивают франшизных платежей или роялти. Однако в США некоторые законы штатов о франчайзинге (как и федеральный закон об автомобильном дилерском франчайзинге 1956 г.) называют в качестве стороны франшизного соглашения именно дилера, причем в том толковании этой фигуры, которое приводится выше. Несомненно, что

⁷¹ Приводится по: *Baldi R.* Указ. соч., с. 87.

⁷² Приводится по: *Holmes D.L.* Overview of state and federal franchising regulations. 1999, p. 6. <http://www.dksno.com/papers/intproppapers/franchisregs.html>.

в данном случае законодательное определение договора как франшизного имеет столь же мало оснований, как и определение по упомянутому французскому закону 1943 г. Когда такому дилеру (концессионеру) в выраженной или подразумеваемой форме предоставляется по договору право продавать товары под торговой маркой изготовителя или поставщика, статус концессионера (дилера) приближается к статусу франчайзи, каким он бывает у низших торгово-распределительных разновидностей франчайзинга

Близость коммерческой концессии к договору франчайзинга привела некоторых европейских исследователей к прямому отождествлению франчайзинга с коммерческой концессией. Так, преобладающая часть французских теоретиков франчайзинга склонна рассматривать его всего лишь как форму коммерческой концессии и считать даже, что наиболее развитый американский вариант франчайзинга есть не что иное, как разновидность все той же европейской коммерческой концессии, правда, с некоторыми местными, чисто американскими модификациями.⁷³ Такой же точки зрения на франчайзинг придерживаются и некоторые итальянские юристы, но в отличие от французов они все же признают самостоятельное существование франчайзинга, правда, «в узком смысле слова», понимая под ним только сервисный договор франшизы, поскольку традиционная коммерческая концессия не распространяется на оказание услуг, а ограничивается только сферой торговли.⁷⁴

Есть в итальянской теории и своеобразная компромиссная точка зрения, согласно которой франчайзинг может быть отождествлен с коммерческой концессией, но только не с обычной, традиционной, а с т.н. «агрегатной» или, выражаясь тем же образным языком, с концессией «в широком смысле слова». Сторонники этой точки зрения считают, что «агрегатная» концессия предусматривает все элементы франчайзинга: передачу средств индивидуализации, сотрудничество сторон, контрольные полномочия стороны, предоставляющей права.⁷⁵ Считается, что сервисный франчайзинг тоже охватывается понятием «агрегатной» концессии.

Другая часть континентальных теоретиков отстаивает «первородство» континентальной концепции франчайзинга, вообще не прибегая к понятию коммерческой концессии и оставаясь в рамках понятийного аппарата и терминологии франчайзинга. Они утверждают,

⁷³ Baldi R. Указ соч. С. 134, 140

⁷⁴ Там же, с. 135

⁷⁶ Там же, с. 136

в частности, что именно в Европе, а не в США франчайзинг трактуется вернее и полнее.

Приверженцы такого подхода опираются при этом на определение франчайзинга, выработанное Европейской федерацией франчайзинга, в одном из фрагментов которого говорится, что данный вид договора «представляет собой нечто большее, чем договор об исключительном лродаже *товаров или чем договор коммерческой концессии*, либо лицензионное соглашение, согласно которым стороны принимают на себя обязательства друг перед другом. Франчайзинг покоится на взаимном доверии, и обе стороны как в отношениях между собой, так и в отношениях с общественностью стремятся избегать недоразумений»⁷⁶. Считается, что именно такая трактовка франчайзинга предполагает полномасштабное сотрудничество сторон, сопровождаемое контролем франчайзера над действиями франчайзи⁷⁷. Иными словами, подразумевается, что европейская концепция четко понимает под франчайзингом только «бизнес-формат франчайзинг» (те. полноформатный, комплексный франчайзинг), тогда как в США распространен своеобразный структурированный подход к франчайзингу.

В подтверждение приводится аргумент, что в США термин «франчайзинг» обозначает две разновидности предпринимательских отношений: во-первых, «бизнес-формат» франчайзинг и, во-вторых, т.н. «товарный» франчайзинг. Первая разновидность якобы соответствует европейской версии франчайзинга как договора, по которому франчайзи перенимает предпринимательскую систему и методы франчайзера, использует его торговую марку и фирменное наименование. Вторая же разновидность соответствует договору, по которому франчайзи лишь продает товары, произведенные франчайзером или обозначенные его торговой маркой либо фирменным наименованием, не получая никакой помощи от франчайзера и не находясь под его контролем⁷⁸. В цитируемой работе подчеркивается, что «европейское» определение франчайзинга выражает идею *animus corporis* (духа сотрудничества), объединяющую стороны в договоре, тогда как «американское» определение делает упор на обязательство франчайзера «быть хозяином магазина»⁷⁹.

Столь вольное толкование американской правовой теорией понятия франчайзинга нередко приводит к тому, что к нему относят различные

⁷⁶ Baldi R. Указ. соч., с. 132.

⁷⁷ Garnet-Pol FJ. Указ. соч., с. 10

⁷⁸ Там же, с. 11

⁷⁹ Там же С. 10-11

договорные формы, которые по меркам европейской теории, тоже, как мы видели, не слишком скрупулезной при определении франчайзинга, вовсе им не являются. Так, в США под франчайзингом в одних случаях понимают простую систему селективного распределения товаров⁸⁰, в других к нему относят эксклюзивные соглашения о распределении товаров без предоставления лицензии. Иногда отдельные авторы характеризуют франчайзинг просто как «некую систему маркетинга». Эти доктринальные определения перекликаются с официальным определением франчайзинга Постановления № 436 Федеральной торговой комиссии США, в котором говорится о нем всего лишь как о «методе ведения бизнеса или методе распределения товаров»⁸¹ (хотя в том же Постановлении приводится полный перечень признаков франчайзинга модели БФФ).

Представляется, что теоретические разногласия по франчайзингу имеют своим источником недостаточно четкие представления о его особенностях и отличительных признаках по сравнению с близкими ему договорными формами, прежде всего с договором коммерческой концессии. Проблемы не существует, когда речь идет о «бизнес-формат франчайзинге». Несмотря на претензии некоторых авторов доказать, что «европейская» коммерческая концессия — это и есть «бизнес-формат франчайзинг», их нельзя считать обоснованными. Ни отдельные законодательные определения коммерческой концессии в Европе, ни преобладающие доктринальные представления не позволяют даже рядом поставить коммерческую концессию с «бизнес-формат франчайзингом». Последний предусматривает такой тип отношений сторон по договору, который не известен ни традиционной

⁸⁰ Селективная система подразумевает особые критерии отбора дистрибьюторов оправдывающие такой отбор в глазах антимонопольного законодательства, например, требованиями наличия у дистрибьютора уникальной, неповторимой профессиональной квалификации или специального, недоступного другим оборудования, или иных уникальных достоинств, позволяющих наилучшим образом обеспечивать престиж широко известной фирмы-изготовителя или ее торговой марки (*Буии М* Торговое право М Международные отношения, 1993 С 88-89) Есть и нормативные определения селективной торговли. Так, Регламент № 2790/1999 КЕС устанавливает, что селективная распределительная система — это такая система, когда поставщик берется продавать договорные товары или оказывать услуги только тем дистрибьюторам, которые отобраны на основе особых критериев, а те обязуются не продавать такие товары либо не оказывать такие услуги неразрешенным дистрибьюторам (*Official Journal of the European Communities*, 23 12/1999)

⁸¹ Приводится по *Garnet-Pol F J* Указ соч., с 11

коммерческой концессии, ни другим подобным ей эксклюзивным дистрибуторским договорам.

Это — по сути отношения опеки и контроля со стороны «старшего» над «младшим», первый из которых дает второму свое имя, ведет за собой и прокладывает ему путь в полной рисков стихии рынка и конкуренции, помогает стать на ноги и обрести полноценный предпринимательский статус. Именно поэтому термин «франчайзинг», как уже отмечалось, давно стал синонимом льготного предпринимательства. Коммерческая же концессия — это прежде всего отношения купли-продажи товаров, которые могут предусматривать также использование отдельных исключительных прав изготовителя или поставщика при последующей передаче товаров.

Говоря о различиях между этими договорными формами, следует еще раз отметить то обстоятельство, что сфера действия коммерческих концессий относительно узка; они применяются только в торговле. Отсутствует традиционная коммерческая концессия и в сфере обслуживания (сервиса). А сервисный франчайзинг, к слову, активно развивается, осваивает все новые отрасли индустрии обслуживания. Еще более существенное отличие франчайзинга состоит в том, что франчайзи может договориться с франчайзером о собственном производстве товаров по лицензии при содействии франчайзера. Таким образом, договор франшизы может иметь место не только в сфере распределения товаров, но и в сфере их производства. Производственная франшиза — это вообще иной тип и уровень отношений сторон.

Если к франчайзингу примыкает, причем как бы с одного фланга, договор коммерческой концессии и близкие ей договорные формы, то с «противоположного» фланга франчайзинг граничит с договорами другой из упоминавшихся выше групп — лицензионными соглашениями. Надо сказать, что всякий франшизный договор предусматривает предоставление франчайзером франчайзи в лицензионном порядке исключительных прав на средства индивидуализации. Иными словами, франчайзинг — это также и лицензионное соглашение (или несколько соглашений). Особенно близки к лицензионным соглашениям наиболее современные формы «бестоварного» (неторгового) франчайзинга, предусматривающие передачу франчайзи новых технологий, передовых методов производства, оригинальных систем организации бизнеса или иной профессиональной деятельности, других ноу-хау под фирменным наименованием франчайзера.

Вместе с тем очевидно, что далеко не всякое лицензионное соглашение — это франчайзинг. Оба этих вида соглашений имеют определенные отличия друг от друга. Но прежде чем сказать о них,

необходимо отграничить франчайзинг, в особенности его производственные формы, от еще одной группы современных договоров, связанных с оказанием одной стороной технического содействия другой стороне в выполнении какого-либо инвестиционного проекта. Зачастую они так и именуются – соглашения о техническом сотрудничестве (или договоры о передаче технологии), в том числе на лицензионной основе. По такому договору, как и при франчайзинге, одна из сторон обязуется произвести полное техническое оснащение (вплоть до строительства «под ключ» предприятия по производству продукции по технологиям и ноу-хау подрядчика), поставить необходимое сырье, компоненты, материалы и т.п., обучить и подготовить персонал заказчика. В договоре, однако, нет главного, что отличает франчайзинг, а именно нет франшизы как пакета исключительных прав на средства индивидуализации заказчика. Нет и тех специфических целей, которые ставят перед собой стороны по франчайзингу

Роль средств индивидуализации является, по мнению некоторых авторов, главным отличием франчайзинга и от лицензионного соглашения. Лицензиат в своей коммерческой деятельности может помимо лицензионных использовать и собственные средства индивидуализации, в особенности что касается лицензий на торговую марку и ноу-хау. Тогда как франчайзи такой возможности лишен⁸². Что касается обязанностей лицензиара, то он, как правило, не вмешивается в предпринимательскую деятельность лицензиата и не контролирует качество изготавливаемой последним продукции. В принципе, однако, лицензионное соглашение может предусматривать и такие права лицензиара. Но в целом, по нашему убеждению, права и обязанности лицензиара при всем их возможном сходстве с правами и обязанностями франчайзера не могут сравниться с последними по их многообразию, объему и полноте. Не говоря уже о том, что в лицензионных отношениях практически не существует феномена, аналогичного франшизной сети.

• К * *

Процесс становления франчайзинга как нового вида предпринимательского договора еще не завершен. Он сопряжен с качественными изменениями рынка, с его тенденциями к усложнению связей, трансграничноеTM, глобализации, интернационализации. Поэтому еще далеки от завершения правовые формы опосредования современных рыночных отношений. В частности, во многом

⁸² Garnet-Pol FJ. Указ. соч., с. 14.

по этим причинам еще не выкристаллизовались четкие и устойчивые правовые параметры франчайзинга

Тем не менее, несмотря на недостаточную четкость этих параметров, франчайзинг, несомненно, обрел свою собственную, отдельную и обширную нишу в системе современных договорно-обязательственных отношений. Этому обстоятельству не противоречит распространенное убеждение в том, что франчайзинг имеет смешанную, комбинированную правовую природу. Франшизный договор, говорит один из исследователей, независимо от того, является ли он дистрибуторским, сервисным или производственным, обладает гибридной природой, отражающей присутствие в нем черт, присущих другим видам коммерческих договоров. Эти схожие характеристики порой затрудняют идентификацию франшизного соглашения и договора и отграничение его от иных договоров⁸³

Так, в ФРГ, говорится в другом исследовании, несмотря на продолжающиеся теоретические споры о правовой природе и нормативном определении франчайзинга, сложилась тем не менее общая точка зрения, согласно которой франшизный договор представляет собой некую гибридную договорную форму, сочетающую в себе многочисленные элементы хорошо известных, законодательно оформленных договоров. Исходя из такого понимания, при оценке франшизных договоров должны четко применяться соответствующие каждому из них законодательные акты и правила⁸⁴. Один из первых российских франчайзеров В. Довгань также подтверждает, что юристы обычно рассматривают франчайзинг как гибридную форму, сочетающую в себе элементы лицензионного соглашения и дистрибуторского договора⁸⁵. Из-за различий в наборе и соотношении элементов разных договорных форм, меняющихся от одного франшизного договора к другому, о франчайзинге в литературе стали отзываться даже как о договоре-хамелеоне⁸⁶.

Важно вместе с тем подчеркнуть, что, соединяя в себе признаки нескольких различных договорных форм, франшизное соглашение никогда не поглощает ни одну из них в такой степени, чтобы его можно было целиком отождествить с какой-либо из них. Исследователи тоже подчеркивают это обстоятельство, хотя каждый из них представляет себе такие формы по-разному. Согласно, например, одной из точек зрения, франчайзинг охватывает следующие виды отношений

⁸³ *Gamet-Pol F J* Указ соч С 12-13

⁸⁴ *Franchising in Europe* Cassel L-N-Y, 1992 P 138-139

⁸⁵ *Довгань В* Указ соч, с 59

⁸⁶ *Garnet'-Pol F J* Указ соч, с 9

}) нанимателя и наемного работника; 2) распределения; 3) лицензиара и лицензиата; 4) агентирования; 5) продавца и покупателя. Но ни один из таких видов отношений не охватывается франчайзингом полностью⁸⁷. До какой степени во франшизном договоре проступают признаки других договорных форм, и каких именно — зависит от условий каждого конкретного договора.

Можно вполне согласиться с тем, что франчайзинг, как и всякий другой каузальный договор, несет в себе признаки (или элементы) других договорных форм. Но он все же не является простой механической смесью, совокупностью таких договорных элементов. Франчайзингу, в особенности его высшим разновидностям, свойственно системное соединение таких элементов. Как известно, система отличается от простой совокупности тем, что составляющие ее элементы придают ей новое качественное состояние, отличное от состояния отдельных элементов. Исключение хотя бы одного из них из системы превращает последнюю в простой набор таких элементов.

Взятые не по отдельности, а в совокупности элементы франчайзинга опосредуют новые по своей договорной природе, комплексные отношения взаимодействия сторон франшизного соглашения. Франчайзинг — это договор о сотрудничестве сторон, точнее, об особом, ранее не известном типе сотрудничества, недоступном в отдельности ни одной из присутствующих во франчайзинге договорных форм. Именно это новое, системное качество придает франшизному соглашению типологически полноценный и самостоятельный характер. Напомним, что Суд ЕЭС охарактеризовал франчайзинг как договор *sui generis*.

⁸⁷ Приводится по: *Garnet-Pol FJ*. Указ. соч., с. 13 Уместно в этой связи привести любопытное определение франчайзинга по молдавскому закону № 1335 от 01.10.1997. Согласно ему «франчайзинг представляет собой совокупность отношений аренды, лизинга, купли-продажи, подряда, представительства, совместного предприятия, предприятия с иностранными инвестициями», — Закон о франчайзинге (*Monitorul Oficial* № 82-83 от 11.12.1997). Напротив, австралийский Кодекс франшизного поведения, вступивший в силу 01.10.1998 г. и обязательный к исполнению всеми субъектами франшизных отношений (поскольку он принят Постановлением Правительства Федерации), уточняет понятие франчайзинга методом «исключения» других договорных отношений. В Кодексе, в частности, говорится, что не могут сами по себе рассматриваться как Франшизные: отношения нанимателя и наемного служащего; отношения коммерческого партнерства; отношения арендодателя и арендатора; отношения залогодателя и залогодержателя; отношения кредитора и должника; отношения между членами кооператива, созданного или зарегистрированного по австралийскому законодательству.

ФРАНШИЗНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

§ 1. Дофраншизный период отношений сторон

До заключения франшизного соглашения потенциальные стороны вступают в отношения друг с другом, которые имеют специфический характер и редко встречаются в преддоговорных отношениях сторон по другим видам предпринимательских договоров. В этот дофраншизный период франчайзер как инициатор и организатор франшизной сети должен суметь убедить потенциального франчайзи в преимуществах своей предпринимательской системы. Этого невозможно добиться без ознакомления франчайзи с рыночными достоинствами торговой марки и других средств индивидуализации франчайзера и без сообщения франчайзи в том или ином объеме конфиденциальной информации о предпринимательских методах франчайзера. При этом франчайзер подвергает себя рискам как в силу того, что не обремененный никакими обязательствами потенциальный франчайзи может разгласить коммерческие секреты франчайзера, так и по той причине, что потенциальный франчайзи может лично воспользоваться полученной информацией, отказавшись заключить франшизное соглашение.

Но ошибка в выборе франчайзи не станет для франчайзера роковой не только потому, что экономически он неизмеримо мощнее франчайзи (в особенности физического лица), но и потому, что, как правило, сам франчайзер, и только он один, решает, какую информацию и в каком объеме он может открыть потенциальному франчайзи. Такая ситуация деваает риски последнего неизмеримо выше. Как показывает богатая франшизная практика, успех или неуспех будущей предпринимательской деятельности франчайзи в очень большой, нередко в решающей степени зависит от результатов именно этого,

дофраншизного этапа отношений сторон, конкретнее, от полноты и достоверности сообщаемой франчайзером информации о своем экономическом потенциале и рыночных позициях, наконец, от добросовестности и доброй воли лояльности франчайзера. Конечно, в договорах других видов у сторон тоже случается диспаритет рисков, но там сторона, подвергая себя большим рискам, практически всегда находит достаточные легальные, гражданско-правовые и иные средства компенсации своих рисков.

Франчайзинг в этом отношении уникален именно в силу того значения, которое имеет для франчайзи преддоговорное сообщение ему информации франчайзером. Характер отношений франчайзинга таков, что если предпринимательская деятельность франчайзи оказалась неэффективной в результате сообщения ему франчайзером недостоверной или вводящей в заблуждение информации, у франчайзи по сути не оказывается законных способов опровергнуть обвинения франчайзера в неэффективности и предотвратить одностороннее прекращение франчайзером франшизного соглашения на основании таких обвинений. В этом случае франчайзи, вложивший во франшизный бизнес все свои средства, может их безвозвратно потерять.

Вот почему в законодательстве стран, в которых франчайзинг получил широкое распространение, уделяется большое внимание регулированию преддоговорных отношений франчайзера с потенциальным франчайзи. В некоторых из них принято отдельное законодательство, содержащее перечень и объем сведений, которые франчайзер в обязательном порядке должен раскрыть франчайзи до заключения ими франшизного соглашения⁸⁸. Есть судебная практика по рассмотрению такого рода дел. О значении преддоговорного этапа франчайзинга говорится в аналитических документах парламентских комитетов и комиссий по вопросам малого бизнеса⁸⁹, в хартиях и уставах национальных и международных федераций и ассоциаций франчайзинга⁹⁰ и, разумеется, в теоретических правовых исследованиях⁹¹.

Находит применение и договорный метод регулирования дофраншизных отношений сторон. О таких предварительных (или, как их еще называют, подготовительных, переходных, временных) договорах известно очень немного. Определенно можно сказать лишь то, что законодательство не предусматривает заключение таких договоров.

⁸ Подробнее об этих законодательных актах будет сказано в главе 3.

⁹ См. *Franchising in the US economy*, p. 28.

См. П. П. 3.3 и 3.4 Этического кодекса Европейской федерации Франчайзинга в Приложении.

⁹¹ См. *Bessis Ph* Указ соч. С. 57-61.

в обязательном порядке, и, следовательно, стороны могут поддерживать отношения неформально. Но в таком случае при возникновении у них претензий друг к другу в период после заключения франшизного (условно говоря, основного) соглашения, вытекающих из дофраншиз из того периода их отношения, у них не окажется достаточных оснований для доказательства своей правоты. По логике, в таком договоре должен быть заинтересован не только франчайзи, но и франчайзер, для которого важно добиться, чтобы франчайзи принял определенные формальные обязательства перед ним еще до заключения основного, франшизного соглашения.

Основой для заключения, исполнения и прекращения такого рода предварительных договоров служит общее договорно-обязательственное законодательство. Сам характер такого договора предопределяет, что он должен составляться в письменной форме. Из немногих доктринальных источников, затрагивающих проблему дофраншизных договоров, можно заключить, что существенными условиями такого договора является ознакомление потенциального франчайзи с определенной информацией о франчайзере и, в частности, о франшизной сети, к которой должен будет присоединиться будущий франчайзи (причем ни характер, ни объем такой информации в подавляющем большинстве стран законодательно не устанавливается), принятие со стороны франчайзи обязательства не разглашать сведения, составляющие коммерческую тайну франчайзера и не использовать полученную информацию за пределами сферы действия предварительного договора, а также для деятельности, конкурирующей с деятельностью франчайзера. К существенным условиям такого договора относится и обязательство уплатить франчайзеру определенную согласованную сумму в качестве неустойки в случае, если предполагаемый франчайзи откажется заключить основное (франшизное) соглашение. Из доктринальных источников вытекает, что такой предварительный договор не обязывает стороны заключать франшизное соглашение. При этом неустойка, которую обязывается уплатить бывший кандидат в франчайзи после «определенной отсрочки», рассматривается как своего рода плата за его «свободу выбора»⁹².

Несколько по-иному трактует характер дофраншизных отношений сторон Этический кодекс Европейской федерации франчайзинга (ЕФФ), положения которого имеют рекомендательное значение. Чтобы дать возможность будущим франчайзи осознанно подписать любые обязательные документы, говорится в Кодексе, им должно быть

⁹² См. *Bessis Ph* Указ соч С 59-60

сделано полное и точное сообщение всех сведений, имеющих значение для франшизных отношений, в течение разумного периода до составления этих обязательных документов. Если франчайзер навязывает потенциальному франчайзи предварительный договор, то должны быть соблюдены следующие принципы

- до подписания любого предварительного договора потенциальному франчайзи должна быть передана письменная информация о цели договора и о любом встречном удовлетворении (*consideration*), которое он обязан уплатить франчайзеру для покрытия фактических расходов последнего, понесенных им во время и в связи с преддоговорной стадией. Если стороны заключают франшизное соглашение, то встречное удовлетворение должно быть франчайзером возвращено или зачтено в качестве возможного вступительного взноса франчайзи,
- в предварительном договоре должен быть определен срок его действия, включая условия прекращения,
- франчайзер может устанавливать оговорку об отказе от конкуренции со стороны франчайзи и (или) пункты о секретности ноу-хау для защиты информации и единства франшизной сети

Таким образом, при различиях в толковании существенных и других условий предварительного (дофраншизного) соглашения его общие главные признаки заключаются, во-первых, в том, что оно не обязывает стороны заключать основное (франшизное) соглашение, во-вторых, в том, что оно не предопределяет предмета и других существенных условий основного соглашения. Предварительное соглашение формально фиксирует уровень отношений, достигнутых сторонами в дофраншизный период, и их взаимные обязательства, которые стороны могут посчитать исполненными без заключения франшизного соглашения.

§ 2. Стороны франшизного соглашения

Фигура франчайзера как одна из сторон франшизного соглашения не вызывает (в отличие от фигуры франчайзи) каких-либо глубоких теоретико-правовых вопросов. Хотя в отдельных исследованиях о франчайзинге встречаются допущения, что в принципе в роли франчайзера может выступать индивидуальное (физическое) лицо⁹³, на практике

Franchising in Europe Cassel L—N-Y, 1992 (см главу 8 Schultz A Germany p 134)

франчайзеры — это сплошь юридические лица. В разных странах они создаются (инкорпорируются) в соответствии с организационно-правовыми формами, предусмотренными национальным законодательством (как акционерные общества, компании с ограниченной ответственностью и т.д.)

В некоторых странах национальные федерации франчайзинга (или франчайзеров) предъявляют к своим членам особые «цензовые» требования, вводя для них собственные критерии «полноценного» франчайзера. Так, Британская ассоциация франчайзинга (БАФ) требует, чтобы франшизный «стаж» франчайзера насчитывал не менее двух лет при наличии у него не менее 4-х франчайзи, успешно действующих тоже в течение минимум двух лет. Франчайзеры, не отвечающие этим требованиям, относятся к разряду ассоциированных членов⁹⁴. Конечно, такие требования не имеют нормативного характера, но услуги, оказываемые Ассоциацией своим членам, и защита их цеховых интересов столь весомы для франчайзеров, что они стремятся соответствовать лучшим стандартам франчайзинга, установленным Европейской ассоциацией франчайзинга, в которую входит и БАФ.

По общему правилу, франчайзер — это крупная предпринимательская организация (нередко транснациональная корпорация)⁹⁵, обладающая мощными ресурсами интеллектуальной собственности, которые она использует для организации франшизного бизнеса, лицензионной передачи прав своим франчайзи, выступления в роли их эксклюзивного координатора, наставника, консультанта и контролера их текущих предпринимательских операций.

В рамках этого общего типа можно выделить три разновидности франчайзеров, различающихся по своей специализации и, как следствие, по характеру франшизной деятельности. Первая и наиболее традиционная разновидность — франчайзер-изготовитель, поставляющий своим франчайзи товары, сырье, материалы, оборудование и обеспечивающий их полным набором фирменного маркетингового обслуживания, методов и приемов сбыта. Вторая разновидность франчайзер-оптовик, выполняющий по отношению к своим франчайзи те же функции, что и франчайзер первой разновидности. Поставляя товары своим франчайзи, франчайзер-оптовик обозначает их

⁹⁴ Franchising in Europe (см. главу Mendelson M. Great Britain, p. 364)

⁹⁵ Львиная доля франшизного бизнеса принадлежит сверхмощным франчайзерам. Так, в США в 1986 г. на долю 56 франчайзеров (из общего их числа 2177), каждый из которых имел 1000 или более предприятий-франчайзи, приходилось 48% объема франшизных продаж и 49% новых предприятий-франчайзи (Мендельсон М. Указ соч., с. 27)

собственными средствами индивидуализации, вследствие чего внедоговорную ответственность перед конечными потребителями несет тоже он (если не доказана вина франчайзи), а не изготовитель товаров. Третья разновидность — франчайзер не продает своим франчайзи ни товаров, ни услуг. Он предоставляет им только нематериальные активы — объекты интеллектуальной собственности, включая свои средства индивидуализации. Используя их, франчайзи самостоятельно организуют дистрибуторскую деятельность, покупая товары у поставщиков, одобренных франчайзером, либо сами изготавливают товары и им предоставляют услуги по его лицензии.

Есть и еще одна разновидность, которую правильнее назвать еще одним типом франчайзера, т.к. в правовом отношении это — качественно отличная фигура. Речь идет о фигуре субфранчайзера, который в принципе может иметь те же три упомянутые разновидности. Субфранчайзер — это франчайзи, который по соглашению с франчайзером «рекрутирует» собственных франчайзи, предоставляя им все или часть полученных от франчайзера прав на средства индивидуализации и других прав интеллектуальной собственности⁹⁶. С этой целью субфранчайзеру выделяется более крупная территория для размещения своих франчайзи по собственному усмотрению. Эти франчайзи «второго ряда» не состоят ни в каких договорных отношениях с франчайзером, хотя в литературе отмечается, что франчайзер может (и это в его интересах) поддерживать неформальные отношения с «субфранчайзи» (в частности, знакомиться с ними, посещать их деловые встречи, учитывать их потребности и запросы и т.п.)⁹⁷. Отношения «субфранчайзи» с субфранчайзером регулируются в общем теми же положениями договорно-обязательственного права и судебной практики, что и отношения между субфранчайзером и франчайзером. Ниже мы еще неоднократно будем возвращаться к теме субфранчайзинга.

В некоторых странах законодательство именует франчайзером еще одну фигуру — т.н. франшизного брокера (*franchise broker*). Так, по определению Постановления № 436 ФТК США, это лицо, которое продает или предлагает к продаже франшизу, либо иным образом устраивает ее продажу. В этой роли может выступить как независимый торговый агент, так и субфранчайзер. В отношении субфранчайзера

⁹⁶ В нашем распоряжении нет данных, характеризующих реальный удельный вес субфранчайзинга в общих франшизных отношениях. В одном из источников содержалось упоминание (правда, сильно устаревшее) о том, что в США в 1970 г. субфранчайзеры составляли 4% от общего числа франчайзи (*Stanford law review, Stanford (California) 1990, N 4, p. 934*).

Мендельсон М. Указ соч., с. 161

вопросов не возникает. А вот брокера, если он всего лишь доверенное лицо франчайзера, вряд ли можно отождествлять с франчайзером. Он не является правообладателем, он просто посредник правообладателя. Тем не менее Постановление РФ 436 возлагает на франчайзера и на франшизного брокера индивидуальную и совместную ответственность за нарушение требований Постановления, касающихся поведения франчайзера в дофраншизный период его отношений с потенциальным франчайзи (в отношении подлежащей раскрытию информации, достоверности рекламируемых франчайзером будущих доходов франчайзи, полноты предоставляемых им франчайзи договорных документов, возмещения сумм, уплаченных франчайзи франчайзеру в дофраншизный период). Очевидно, что между брокером и покупателем франшизы не возникает собственно франшизных отношений.

В организационном плане франчайзер может осуществлять свою деятельность как непосредственно, заключая индивидуальное франшизное соглашение с каждым отдельным франчайзи своей сети (и создавая в случае необходимости свой филиал в качестве региональной базы для обслуживания франчайзи в данном регионе), так и через промежуточные звенья — дочерние компании и совместные предприятия с участием местных коммерческих организаций. Такой вариант действий часто используется в заграничных операциях франчайзера, когда его дочерняя компания или СП (совместное предприятие — предприятие, создаваемое франчайзером совместно с местным предпринимателем), обладая средствами индивидуализации франчайзера, в качестве его субфранчайзеров, предоставляют исключительные и иные права собственным, местным франчайзи. Функционирование промежуточных звеньев в соответствии с нормами местного, национального права дает ему как иностранному инвестору преимущества национального режима инвестиционной деятельности.

«На стороне» франчайзера нередко выступают группы третьих лиц, которые поддерживают разнообразные непосредственные отношения с франчайзи. Это — одобренные (или «указанные») франчайзером изготовители товаров, сырья, полуфабрикатов, оборудования (в том числе дочерние и иные родственные франчайзеру организации), поставляющие свою продукцию франчайзи, разного рода оптовые поставщики, подрядчики и субподрядчики, рекомендованные франчайзером, арендодатели, продавцы лизингового оборудования и др. Ни одно из таких лиц не является субъектом непосредственно франшизных отношений.

С некоторыми из них франчайзи могут даже не иметь договорных отношений (например, с одобрёнными франчайзером изготовителями или поставщиками продукции для франчайзи), а все возникающие в результате действий таких лиц конфликты с франчайзи и другие юридические последствия разрешаются франчайзером. С другой частью таких лиц франчайзи могут вступать в договорные отношения (например, по аренде земельного участка или помещения для реализации условий франшизы), но такие договоры тоже не затрагивают отношений между франчайзером и франчайзи, если только во франшизном договоре не предусмотрено иное.

Франчайзи, без сомнения, самая противоречивая фигура из всех участников франшизных отношений. В его статусе изначально заложены взаимоисключающие положения: полная предпринимательская и юридическая самостоятельность при необходимости руководствоваться указаниями франчайзера; рыночная свобода при наличии ограничительных обязательств; необходимость тесного сотрудничества с франчайзером и даже доверительных отношений с ним при наличии собственных интересов, нередко не совпадающих и даже противоречащих интересам франчайзера, и ряд других несовместимых положений. Они-то и обуславливают глубокие различия в подходах и оценке фигуры франчайзи.

Как следствие, многие трудности, с которыми сталкивается правовое регулирование франчайзинга, в особенности судебная практика, связаны прежде всего с идентификацией франчайзи как новой и оригинальной разновидности участников торгово-посреднических отношений. Эта тема уже частично затрагивалась выше при сравнении франчайзинга с другими видами договорно-обязательственных отношений. Но она нуждается в дополнении.

В сфере торгово-распределительных отношений, которая получила в современную эпоху гигантское развитие, заняты промежуточные, посреднические фигуры самых разных типов. В судебных решениях франчайзи нередко ошибочно отождествляется с некоторыми из таких фигур. Более того, судебные интерпретации франчайзи иногда вообще выходят за пределы круга таких фигур, когда, например, его квалифицируют в плоскости трудовых отношений как наемного служащего франчайзера. Чтобы правильно судить о месте франчайзи во всем многообразии этих торгово-распределительных фигур, необходимо четко представлять себе особенности каждой из них.

В современную эпоху существует два основных типа торговых посредников. Законодательство и правовая теория ЕЭС к первому

из таких типов относят традиционного торгового агента, ко второму — дистрибьютора⁹⁸. Помимо собственно торгового агента — стороны в договоре агентирования, к этому первому типу относятся еще несколько традиционных посреднических фигур: комиссионеры, поверенные, торговые представители и другие, а также различные гибридные фигуры, имеющие в разных странах собственные наименования. По сравнению с обычными наемными служащими торговых отделов фирм-изготовителей товаров все посреднические фигуры этого типа выступают как сторона в гражданско-договорных отношениях со своим принципалом, комитентом, доверителем и т.п. лицами — изготовителями или поставщиками товаров (или услуг).

Франчайзи, являющийся независимым предпринимателем, к этой категории посредников не относится. Тем не менее Комиссия ЕС, по-прежнему считающая актуальной проблему разграничения разных категорий подобных лиц, еще в 1962 г. приняла специальный документ, в котором установила несколько критериев такого разграничения. В частности, она указала, что посредник должен рассматриваться не как торговый агент, а как независимый дилер при условии, что по договору между ним и изготовителем товаров он обязывается:

- хранить на праве собственности существенный запас товаров, поставленных ему по договору с изготовителем;
- оказывать своим заказчикам (потребителям) услуги за свой счет;
- фактически устанавливать цены или определять условия продажи товаров (или оказания услуг) своим потребителям или заказчикам.

Но решающим критерием, позволяющим отделить независимого посредника от торгового агента, КЕС посчитала принятие или непринятие им на себя финансовых рисков, связанных с выполнением его договоров с потребителями, независимо от того, сформулированы они в условиях договора в выраженной форме или подразумеваются".

⁹⁸ *Clasen T.F, Gabou C.G.* EC regulation of agency and distribution arrangements. European community law after 1992. A Practical guide for lawyers outside the Common Market. Kluwer, Deventer, 1993. P. 168—172. При всех различиях между обоими этими типами посредников, стоит все же отметить, что торговый агент — это, по сути, тоже дистрибьютор, т.к. занимается распределением товаров («дистрибьютор» означает «распределитель»). Поэтому использование термина «дистрибьюторы» для обозначения второго основного типа посредников не слишком удачно, хотя и широко распространено.

⁹⁹ Приводится по: *Sehrmtthoff's export trade The law and practice of International trade* Graham a Trotman. London, 1980, p. 223.

При принятии посредником на себя таких рисков он считается независимым коммерсантом, в противном случае он — торговый агент

Таким образом, всем традиционным посредническим фигурам, относящимся к типу торгового агента, свойственно несколько принципиальных признаков, глубоко отличающих их от франчайзи. Во-первых, они осуществляют операции по продаже товаров, переданных им принципалом, комитентом, доверителем и тп лицами за счет и во многих случаях от имени этих лиц. Во-вторых, такие товары остаются собственностью этих лиц. В-третьих, торговый агент не несет ответственности перед принципалом за неуплату за товары со стороны покупателя (за **исключением** агента делькредере, который поручается перед принципалом за покупателя). В-четвертых, услуги торгового агента оплачиваются за счет комиссионных, которые обычно составляют определенный процент от суммы продаж агента. Правда, в некоторых случаях торговые агенты получают фиксированные комиссионные, вследствие чего законодательство ряда стран рассматривает их как наемных служащих¹⁰⁰

В то же время в договоре торгового агента с принципалом могут присутствовать положения, которые присущи, скорее, статусу независимых посредников. Это — договорные ограничения операций торговых агентов и комиссионеров рамками определенной территории или обязательством с их стороны не продавать товаров других изготовителей, конкурирующих с товарами их принципала или комитента. Это значит, что они осуществляют продажи на эксклюзивной (исключительной) основе.

Развитие производства и усложнение торгового оборота в современную эпоху вызвали к жизни, как подчеркивалось, принципиально новую торгово-посредническую фигуру, обладающую, в отличие от торгового агента, полной коммерческой и юридической самостоятельностью и призванную обеспечить успешное продвижение товаров от изготовителя к конечному потребителю¹⁰¹

¹⁰⁰ *Clasen TF, Gabou CG* Указ соч., с. 170

¹⁰¹ Вместе с тем значение традиционного посреднического звена, в особенности в современной международной торговле, по-прежнему, столь велико, что Совет ЕЭС издал в 1986 г. специальную Директиву (№ 86/653 от 18.12.1986 г.), обязывающую государства-члены ЕЭС привести свое национальное законодательство в соответствие с положениями Директивы с тем, чтобы добиться большей координации и унификации агентских посреднических отношений в рамках Сообщества (Текст Директивы о координации национального законодательства о торговых агентах, а также исчерпывающий комментарий положений Директивы^{Вb1} приводятся по *Leloup J M* Les agents commerciaux Statute juridiques Strategies professionnelles Delmas Pans, 1989)

Собирательное наименование этого нового типа торгового посредника — дистрибьютор¹⁰².

О собирательности можно говорить в том смысле, что как и фигура торгового агента, фигура дистрибьютора тоже охватывает несколько разновидностей торговых посредников: дилеров, концессионеров, оптовиков, маклеров и, наконец, франчайзи. От традиционных торговых агентов их всех отличает несколько существенных признаков. Во-первых, они покупают товары и затем продают их за свой счет и от своего имени. Это значит, что товары переходят в их собственность, и, продавая их, дистрибьюторы сами определяют цены и другие условия (если договор с изготовителем не предусматривает иного). Во-вторых, они принимают на себя все риски неуплаты за товары, которые они *продают третьим лицам*. В-третьих, *их выручку составляют не комиссионные*, как у торговых агентов, а разница между покупной ценой товаров, приобретенных у изготовителя, и той ценой, по которой они эти товары продают.

Во многих странах фигура дистрибьютора национальным правом не признавалась, а отношения между ним и изготовителем товаров сводились к отношениям обычных покупателя и продавца. Таким образом, к ним применялись общие нормы, регулирующие куплю-продажу товаров. Со временем, однако, по мере роста значения фигуры дистрибьютора национальное право стало менять отношение к ней. На дистрибьютора стали смотреть как на уникального в своем роде торгового посредника, который в отличие от обычного покупателя совершает вторяющиеся оптовые закупки у изготовителя товаров, принимая при этом на себя проведение различных маркетинговых и связанных с ними видов деятельности взамен изготовителя. Даже в тех странах, которые не создали специального законодательства для дистрибьюторов, деятельность последних зачастую регулируется отдельно, посредством применения к ним по аналогии норм об агентских отношениях.

Среди различных типов дистрибьюторов наиболее распространенным является дилер. Сам термин «дилер» (dealer), возникший в США, используется в различных странах как в его оригинальном виде, так и

¹⁰² Удовлетворительного терминологического эквивалента понятию дистрибьютора в русском языке, на наш взгляд, не существует «Распределитель», «распространитель», «сбытчик» (или «сбытовик»⁹) - все эти переводные термины, которые предлагает англо-русский словарь, не только не передают специфики этой новой для российской экономики и права фигуры, но имеют и некий негативный оттенок. И хотя слово «дистрибьютор» по-русски труднопроизносимо, мы решили остановить свой выбор на нем. Тем более что в нашей литературе уже встречается словообразование «дистрибутивная торговля».

в переводе на местные языки для обозначения эквивалентных ему категорий лиц, имеющих то общее, что систематически и профессионально занимаются дистрибьюторской торговлей, т.е. покупкой товаров у изготовителей и перепродажей их потребителям (или розничным торговцам) с целью получения прибыли. Вообще говоря, термин «дилер» означает несколько более широкое понятие, чем «дистрибьютор», потому что к дилерам традиционно относят еще и участников биржевого (валютного и фондового) рынка — биржевых дилеров, покупающих ценные бумаги у одних и тех же категории продавцов и продающих их одним и тем же категориям покупателей. Торговые же дилеры покупают товары из одного источника или из очень ограниченного числа источников, а продают их гораздо более широкому кругу покупателей¹⁰³. В такой трактовке понятие дилера утвердилось и в международной торговле.

Типичный дилер покупает товары непосредственно у изготовителя и продает их конечным потребителям либо розничным торговцам. Изготовитель при этом не является стороной в договоре на перепродажу товаров, и у него нет легальных возможностей контролировать цены и другие условия таких договоров. У дилеров, как правило, гораздо более широкие, чем у торговых агентов, технологические средства для продажи товаров и обслуживания покупателей. Они предоставляют гарантии на продаваемые товары и оказывают другие услуги в качестве разновидностей деятельности по продаже товаров.

Опять-таки, типичный дилер продает товары под своим собственным именем. Но нередко изготовитель уполномочивает его представлять себя (дилера) покупателям в качестве разрешенного («авторизованного») дилера изготовителя, что особенно характерно для селективной торговли. Современный дилер осуществляет предпринимательскую деятельность, как правило, на эксклюзивной основе. Это значит, что изготовитель товаров предоставляет ему по лицензии исключительное право продавать их под торговой маркой изготовителя. При этом обе стороны принимают на себя ограничительные обязательства: изготовитель обязуется не предоставлять такое право никаким другим лицам на отведенной для дилера территории, а дилер в свою очередь обязуется не продавать на этой территории других товаров, конкурирующих с товарами изготовителя. Дилерские сбытовые сети — это тоже реальность дистрибутивной торговли.

Дилер, пользующийся исключительным правом распространять товары изготовителя под его торговой маркой, — это уже несколько

¹⁰³ *Clasen TF, Gahou C G* Указ соч., с. 171

иная разновидность дистрибьютора В европейском (континентальном) праве эта разновидность именуется концессионером (по договору о коммерческой концессии) А в специальной литературе, посвященной франчайзингу и связанным с ним проблемами, романский термин «концессионер» переводится на английский язык как «дилер», и наоборот¹⁰⁴ Но эти фигуры, безусловно, не тождественны франчайзи И на это совершенно правильно указал Европейский суд в решении по делу «Pronuptia», подчеркнув, что франшизные соглашения о сбыте товаров отличаются от дилерства и иных договоров, которые объединяют получивших одобрение розничных торговцев в селективную систему сбыта без использования единого фирменного наименования и без применения единых методов ведения дела или уплаты роялти в обмен на предоставляемые выгоды Добавим к этому что дилер в принципе может и не обладать исключительными правами

Но недостаточно сказать, что франчаизи — это не дилер (либо, напротив, утверждать, что эти понятия — синонимы) Фигура дилера (концессионера) исторически предшествовала фигуре франчаизи и продолжает оставаться одной из наиболее типичных дистрибьюторских фигур Дилер — это «базовая модель» франчаизи, развитая до нового качественного состояния При практическом отсутствии в Европе отдельного законодательства как о франчайзинге, так и о дилерстве, более богатая национальная судебная практика по дилерским делам в разных странах не только служит базой для рассмотрения споров по франчайзингу, но и ставит в обыденном сознании знак равенства между франчаизи и дилером В некоторых франшизных соглашениях прямо записано, что франчаизи обязан в своих действиях руководствоваться правилами и инструкциями дилерских договоров

Особая ситуация в США Если европейское законодательство в лице Регламента № 4087/88 КЕС определяет франчаизи как сторону по франчайзингу типа БФФ (т е по «полному», комплексному франчайзингу), то в США, как говорилось, допускается двойное толкование фигуры франчаизи и как собственно франчаизи (напомним, что США — родина БФФ), и как дилера Напомним, что Министерство торговли США официально различает 2 типа франчайзинга 1) франчайзинг «торгового имени и марки», при котором дилер приобретает определенную часть «идентичности» своего поставщика и 2) БФФ, при котором франчаизи приобретает не только имя и марку франчайзера, но и полный «деловой формат» план и стратегию маркетинга, наставления по организации текущей деятельности, возможности

¹⁰⁴ *Garnet-Pol FJ* Указ соч С 10-11

постоянного двустороннего общения с франчайзером, а также соглашается на полный контроль с его стороны¹⁰⁵

Разграничение двух разновидностей франчайзинга находит отражение и в судебных решениях Сред^ них достаточно таких (в том числе и Верховного суда США), которые трактуют франчайзи как дилеров. Но есть и судебные решения, отражающие взгляд на франчайзинг с позиции БФФ. Разнобой и в законодательстве. Оба упоминавшиеся федеральные законы США (об автомобильных дилерах и о нефтесбытовом дилерском бизнесе), если судить о них с точки зрения современного франчайзинга типа БФФ, регулируют дилерские отношения, возникшие как исторически первоначальная (дилерская) разновидность американского франчайзинга. Так, в части местных законов штатов говорится о дилерах (хотя фактически их действие распространяется и на соглашения БФФ), в другой части местных законов говорится только о БФФ.

Различное истолкование правовой природы франчайзи нередко приводит судебную практику к разным решениям по сходным судебным делам. Мы покажем это ниже, когда будем говорить о регулировании франчайзинга в отдельных странах.

Неоднозначность фигуры франчайзи проявляется и в другой плоскости. Нет, в частности, единой точки зрения на соотношение двух начал, воплощенных в этой фигуре дистрибьютора и лицензиата. Взгляд на франчайзи как на дилера (коммерческого концессионера), естественно, ставит во главу угла его дистрибьюторские функции. С другой стороны, как свидетельствует практика, многие франчайзи вообще никаких систематических закупок товаров у франчайзера не ведут, ограничиваясь отдельными случайными поставками. Иногда вести дистрибьюторскую деятельность им запрещает антимонопольное законодательство. В таких условиях все, что франчайзи приобретает у франчайзера - это его «систему» и фирменное наименование¹⁰⁶. По сути речь идет только о нематериальных активах франчайзера - его интеллектуальной собственности. Что касается товаров, то франчайзи может приобретать их у третьих лиц, одобренных франчайзером, либо производить самостоятельно по лицензии франчайзера. В последнем случае франчайзи вообще уже не относится к категории дилеров или дистрибьюторов.

В экономическом и правовом аспекте франчайзи предстает как мелкий или средний предприниматель, бизнесмен, менеджер, ведущий

¹⁰⁵ *Hadfield G K* Problematic relations franchising and the law of incomplete contracts / Stanford law review. Stanford (California), 1990, N 4, p. 933.

¹⁰⁶ *Clasen TF, Gabou C G* Указ соч., с. 172.

свой бизнес самостоятельно, но в то же время в составе единой предпринимательской сети франчайзера, функционирующей под общим для всех входящих в нее франчайзи фирменным наименованием франчайзера. В то же время франчайзи не может быть ни партнером франчайзера по совместному предприятию, ни иным партнером. Он не имеет права действовать как агент франчайзера или брать кредиты под гарантии последнего. Эти требования обычно включаются непосредственно в текст франшизного соглашения. Франчайзи не может быть дочерней компанией франчайзера, если тот выступает в роли холдинга или другой дочерней компании того же холдинга, не может быть частным лицом, подконтрольным компании-франчайзеру в силу иных отношений между ними, чем франшизные отношения¹⁰⁷.

По организационно-правовым признакам франчайзи делятся на индивидуальных (физических) лиц и на корпорации (юридические лица). Индивидуальный франчайзи несет договорную ответственность перед франчайзером всем принадлежащим ему имуществом, юридическое лицо — в пределах принадлежащего ему имущества. В каждой стране франчайзи облекается в одну из организационно-правовых разновидностей юридических лиц или индивидуальных предпринимательских форм, предусматриваемых местным законодательством.

Индивидуальный франчайзи воплощает в себе одновременно собственника, менеджера и инвестора своего предприятия («заведения», «точки», «единицы»), которое может представлять собой магазин, ресторан, гостиницу, мастерскую, пункт бытового обслуживания и т.д. Подавляющее большинство франчайзи — индивидуальные предприниматели. Надежная и современная статистика их удельного веса в общем числе франчайзи отсутствует. Конкретное соотношение этих двух разновидностей франчайзи в каждой стране зависит от нескольких факторов и, прежде всего, конечно, от политики государства по отношению к мелкому и среднему предпринимательству, а также от исторических особенностей национального хозяйства, традиций. Для Германии, например, как отмечается в литературе, характерна масса мельчайших индивидуальных франшизных предприятий¹⁰⁸. В Великобритании наряду с мелкими франчайзи очень значительный вес имеют франшизные компании, особенно в сфере торговли и транспортных услуг¹⁰⁹. Разумеется, по-разному выглядит соотношение франчайзи — физических и юридических лиц в разных отраслях экономики.

¹⁰⁷ Стэнворт Дж., Смыт Б. Указ соч., с 13

¹⁰⁸ Franchising in Europe (см главы 8. Schultz A. Germany, p 134)

¹⁰⁹ Dries A. W «Unfair» — contractual practices and hostages in franchise conflicts / Journal of institutional theoretical economics Printed in Germany, 1992, p 485.

Независимо от организационно-правовой формы франчайзи ему может принадлежать как одно, так и несколько франшизных заведений (в соответствии с т.н. множественной франшизой, когда на закрепленной за франчайзи территории по соглашению размещается два, три и более заведений). Статистика на этот счет бедна и большей частью несдвременна. Известно, например, что в США в 1970 г. 72% всех франчайзи были собственниками только одного заведения (логично предположить, что все они или почти все — индивидуальные франчайзи. — *Прим. С. С.*), и примерно на таком же уровне этот показатель сохранялся и в последующие годы. Из остальных 28% одна часть франчайзи владела несколькими заведениями, другая часть — многими¹¹⁰. В Великобритании в начале 1990-х годов имелись франшизные сети, каждая из которых состояла всего из трех франчайзи, но суммарно на такую сеть приходилось до 60 заведений¹¹¹. Особый случай — т.н. мобильная франшиза, когда франчайзи, используя в качестве базы одно или несколько принадлежащих ему складских, ремонтных и т.п. заведений, ведет разъездную торговлю или оказывает услуги с помощью собственных транспортных средств в пределах закрепленной за ним территории.

Несомненно, что подавляющее большинство франчайзи — владельцы единственного заведения. Большое число заведений могут принадлежать только франшизным компаниям. Франчайзи, имеющие в своей собственности несколько заведений, обычно непосредственно нанимают менеджера для управления каждым из них. Когда заведений много, франчайзи может привлекать для участия в них других партнеров или инвесторов¹¹². Но договорную ответственность по соглашению несет только франчайзи, являющийся стороной в соглашении.

От имени франчайзи — юридического лица соглашение с франчайзером заключают его уполномоченные представители. В литературе отмечается, что франчайзеров таких случаях заинтересован, чтобы в соглашении непосредственно участвовали не только исполнительные органы франчайзи, но и представители акционеров. В частности, в Великобритании существует практика, когда исполнительный директор компании-франчайзи подписывает соглашение в качестве обычного гаранта выполнения принятых компанией обязательств, тогда как ее главный акционер ставит свою подпись в качестве особого, дополнительного гаранта неразглашения доверенной франчайзи конфиденциальной информации (ноу-хау франчайзера и т.п. сведений).

¹¹⁰ *Hadfield G.K.* Указ.соч., с. 934.

¹¹¹ *Dnes A.W.* Указ.соч., с. 485.

¹¹² *Hadfield G.K.* Указ.соч., с. 934.

В результате возникает своеобразный «трехсторонний» договор (франчайзер - исполнительный директор франчайзи — главный акционер компании — франчайзи)¹¹³

Неизбежные изменения в составе руководящего персонала компании-франчайзи усложняют для франчайзера задачу неразглашения информации, обучения персонала, решения ряда других вопросов. Индивидуальный франчайзи в этом отношении для франчайзера более удобен с ним проще поддерживать постоянный контакт, наладить более тесные и доверительные отношения.

От франчайзи — собственника одного или нескольких франшизных заведений следует отличать тн ведущего (старшего, главного) франчайзи — обладателя генеральной лицензии франчайзера, которая управомочивает его выступать в роли своего рода регионального представителя, координатора, опорного промежуточного звена, стоящего между франчайзером и создаваемой франшизной сетью во вновь осваиваемом регионе (области, стране). Ведущий франчайзи — не субфранчайзер, он не состоит в договорных субфраншизных отношениях ни с франчайзером, ни с другими франчайзи, хотя некоторые его функции напоминают функции субфранчайзера. Пойти на создание фигуры ведущего франчайзи франчайзера заставляют различные обстоятельства, в том числе финансово-экономические. Нередко ведущий франчайзи - лицо, выбранное самими франчайзи, что придает ему авторитет и поддержку с их стороны.

Ведущий франчайзи наделен правом подбирать новых франчайзи в регионе, на который распространяется действие его генеральной лицензии, проводить их подготовительное обучение и оказывать другие услуги, т.е. выполнять в определенном объеме обязанности самого франчайзера. Функции ведущего франчайзи и срок их действия устанавливаются во франшизном соглашении (либо в дополнительном договоре с франчайзером, если статус ведущего предоставляется франчайзи не с самого начала). В соглашении оговариваются размер и формы вознаграждения франчайзером ведущего франчайзи за выполнение его обязанностей. Обычно это определенная доля от общего объема реализации товаров или услуг, достигнутого новыми франчайзи, которых ведущий франчайзи вовлек во франшизную сеть. Во всех остальных аспектах статус последнего ничем не отличается от статуса рядовых франчайзи.

¹¹³ Franchising in Europe (см. главу 16 Mendelson M. United Kingdom, p. 368)

§ 3, Форма и регистрация франшизного соглашения

Единой формы франшизного соглашения не существует. В странах, не имеющих отдельного законодательства о франчайзинге, форма франшизного соглашения устанавливается в соответствии с общим гражданско-догшорным законодательством. В странах, принявших отдельное законодательство о франчайзинге, в нем либо вообще ничего не говорится о форме франшизного соглашения (как, например, в Регламенте № 4087/88 Комиссии ЕС), либо предусматривается такая форма, но не вводятся единых, унифицированных требований к ней.

Так, федеральный закон об автомобильном дилерском франчайзинге в США устанавливает, что франшизное соглашение является письменным соглашением или контрактом, заключаемым между двумя сторонами. Другой федеральный закон о франчайзинге (о нефтесбытовой рыночной практике) допускает заключение соглашения как в письменной, так и в устной форме. Законодательство о франчайзинге обычно предъявляет к форме соглашения одно из двух стандартных требований. В одних штатах в законе говорится, что франчайзинг — это устное или письменное соглашение выраженного или подразумеваемого характера. В — других эта формулировка дополняется словами: «соглашение заключается на определенный или неопределенный срок между двумя или большим числом сторон». Таким образом, американское законодательство допускает возможность заключения многостороннего франшизного соглашения.

В отсутствие в Регламенте № 4087/88 КЕС упоминаний о форме франшизного соглашения существенное значение приобретает требование упоминавшегося Этического кодекса ЕФФ, согласно которому все франшизные соглашения на общем рынке ЕС должны быть написаны на официальном языке страны нахождения каждого отдельного франчайзи или переведены на такой официальный язык присяжным переводчиком, а подписанное соглашение должно быть немедленно передано отдельному франчайзи. Кроме того, в Кодексе устанавливается, что соглашение должно вводить в действие взаимные обязанности и ответственность сторон и все другие существенные элементы их отношений, «не допуская неопределенности». Срок действия соглашения должен быть достаточно продолжительным, чтобы позволить отдельному франчайзи погасить свои первоначальные франшизные капитальные затраты.

Что касается регистрации франшизных соглашений или иных документов либо актов, имеющих своим результатом возникновение или прекращение франшизных отношений, то в странах, которые

не имеют отдельного франшизного законодательства, на такие соглашения, документы и акты распространяются положения общего гражданского законодательства о регистрации сделок. Такой порядок иногда действует и при наличии франшизного законодательства, когда оно не содержит никаких указаний относительно регистрации (как, например, Регламент № 4087/88 КЕС или оба федеральных закона о франчайзинге в США).

Но на уровне штатов США вопросы регистрации франчайзинга регулируются очень детально. В одних штатах регистрация осуществляется в соответствии с местными законами о франчайзинге, в других — согласно упоминавшимся законодательным актам о предложении «благоприятных деловых возможностей» (business opportunities acts), которые регулируют франчайзинг наряду с другими «деловыми возможностями», в третьих — в силу законодательства о предварительном («предпродажном») раскрытии информации.

Все подобные акты объявляют незаконными продажу или предложение о продаже франшизы франчайзером или субфранчайзером, если эти действия не зарегистрированы должным образом в соответствии с требованиями данного конкретного закона, либо если эти действия не освобождены от регистрации данным законом. Освобождаются от регистрации предложения о продаже, продажа или иная передача франшизы со стороны франчайзи. Упомянутыми законами предусматривается также немало оснований для освобождения франчайзера или субфранчайзера от регистрации продажи или предложения о продаже франшизы.

В частности, такие освобождения франчайзера или субфранчайзера действуют, когда предложение о продаже или продажа осуществляется душеприказчиком или исполнителем завещания, шерифом, судебным исполнителем, управляющим конкурсной массой, опекуном, а также иными лицами, которым по закону или по постановлению суда могут быть предоставлены такие полномочия, продажа франшизы осуществляется или предложение о продаже направляется банку, сберегательному учреждению, траст-компании (доверительно-му собственнику), инвестиционной компании или иному финансовому институту, институциональному покупателю либо брокеру, через которые приобретатель франшизы действует от собственного имени или в качестве доверителя, франчайзер располагал минимум 25 франчайзи, которые осуществляли франшизный бизнес в течение последних 5 лет, непосредственно предшествовавших моменту продажи франшизы или предложению о такой продаже.

Приведенными положениями законодательства штата Висконсин и ряда других штатов далеко не исчерпывается перечень оснований

для освобождения франчайзера от регистрации сделок по продаже франшизы. Но даже эти основания четко показывают, что такие освобождения практикуются только в случаях, когда а) франчайзер зарекомендовал себя как крупный и надежный предприниматель, б) покупатель франшизы является столь же надежной и платежеспособной стороной, в) процедуру продажи франшизы осуществляет профессиональный сотрудник службы закона.

Независимо от того, на основании какого законодательства (общего гражданско-договорного или отдельного франшизного) подлежат регистрации либо, напротив, освобождаются от нее франшизные соглашения, повсеместно и неизменно в обязательном порядке регистрируются предоставляемые франчайзи лицензии на средства индивидуализации, изобретения и другие исключительные права франчайзера.

§ 4. Существенные условия франшизного соглашения

Содержание франшизного соглашения, как и всякого гражданско-правового договора, образуют его условия, в том числе те из них, которые принято именовать существенными, то такими, без которых договор не может быть заключен. Единого законодательного перечня существенных условий франшизного соглашения не может быть уже хотя бы потому, что сам франчайзинг разнотипен и разнороден. Так, например, для простейшего типа франчайзинга в США — торгового дилерского контракта (аналога европейской коммерческой концессии) существенными условиями являются только право пользования торговой маркой, условия (вид, количество, цена и спецификации) поставляемых франчайзером товаров, а также условия оплаты со стороны франчайзи.

Гораздо более широк набор обязательных условий франшизного соглашения по Регламенту КЕС № 4087/88, формулирующему их по типу БФФ. Согласно Регламенту, соглашение должно предусматривать

- использование общего наименования или магазинной вывески и единообразное оформление помещений и/или средств транспорта, указанных в соглашении,
- сообщение франчайзером франчайзи информации, содержащей ноу-хау,
- продолжительное предоставление франчайзером франчайзи коммерческой или технической помощи в течение срока действия соглашения

Регламент № 4087/88 содержит, как отмечалось, и определение самой франшизы как «пакета прав промышленной или интеллектуальной собственности, относящихся к товарным знакам, фирменным наименованиям, магазинным вывескам, полезным моделям, дизайну, авторскому праву, ноу-хау или патентам, которые должны использоваться для перепродажи товаров или оказания услуг конечным потребителям». Помимо пакета исключительных прав (или части такого пакета), являющихся существенными условиями франшизного соглашения, в Регламенте № 4087/88 перечислен целый ряд прав и обязанностей сторон, которые должны быть включены в соглашение, если стороны хотят избежать ограничений и запретов антимонопольного законодательства. Следовательно, это — тоже существенные условия соглашения. Примерно такой же перечень установлен в упоминавшемся Постановлении № 436 Федеральной торговой комиссии США — единственном федеральном нормативном акте о франчайзинге типа БФФ для всех областей его применения в США. Подробнее они будут рассмотрены ниже.

Примерный перечень существенных условий франшизного соглашения иногда содержит и документы авторитетных (в том числе международных) франчайзинговых организаций. Так, Французская федерация франчайзинга (ФФФ) говорит о «существенных элементах» соглашения, к которым относятся: исключительный характер прав; лицензия на торговую марку; право пользования (торговой) вывеской или обозначением франчайзера; помощь франчайзера франчайзи; ноу-хау; набор товаров и услуг¹¹⁴. Более широкий перечень условий франшизного соглашения, которые именуются «необходимыми минимальными элементами, соглашения», содержит Этический кодекс ЕФФ.

Помимо приведенных существенных условий франшизы по Регламенту № 4087/88 и «элементов» Хартии ФФФ, Кодекс относит к таким «минимальным элементам» следующие: перечисление прав франчайзера; перечисление прав франчайзи; указание товаров или услуг, которыми должен быть обеспечен франчайзи; обязанности франчайзера; обязанности франчайзи; условия платежей франчайзи; срок действия соглашения; основания возобновления соглашения; условия продажи или передачи франшизного бизнеса франчайзи; право франчайзера адаптировать франшизную сеть к новым или изменившимся обстоятельствам; условия прекращения соглашения; условия о передаче любой движимой или недвижимой собственности, принадлежащей франчайзеру или иному лицу, после прекращения

¹¹⁴ Приводится по* *Bess is Ph* Указ соч., с 16.

франшизного соглашения. Важно отметить, что Кодексе требует, чтобы соглашение заключалось на срок, «достаточный для того, чтобы франчайзи мог возместить свои средства, вложенные в данную конкретную франшизу».

В отличие от упомянутых документов европейского франчайзинга и Постановления № 436 ФТК, одно из типовых соглашений франчайзинга в США формулирует условия соглашения в самом общем виде, не разделяя их на существенные и остальные. Их набор наиболее широк, и поэтому он более реально отражает содержание практически существующих франшизных соглашений. Согласно этому документу, в соглашении могут присутствовать следующие условия: 1) срок действия и возможности возобновления соглашения; 2) выбор места деятельности франчайзи; 3) согласие франчайзера на аренду имущества третьих лиц для нужд франчайзи; 4) определение территории, на которой франчайзи наделяется исключительными правами; 5) ограничение прав торговой марки; 6) обучение франчайзи; 7) содействие франчайзера в открытии бизнеса франчайзи; 8) руководство (наставление) по ведению бизнеса; 9) рекламная деятельность франчайзера; 10) рекламная деятельность франчайзи; 11) контроль над рекламной деятельностью со стороны франшизного комитета; 12) условия роялти (платы за лицензии); 13) право франчайзера на проверку операций франчайзи; 14) стандартизация операций сторон; 15) стандарты соблюдения чистоты; 16) право франчайзера на аудит франчайзи; 17) отказ от конкуренции сторон; 18) конфиденциальная информация; 19) разрешение на инкорпорацию (преобразование в форму юридического лица) франчайзи; 20) прекращение соглашения со стороны франчайзера; 21) прекращение соглашения со стороны франчайзи; 22) преимущественное право франчайзера на покупку франшизы; 23) согласие франчайзера на продажу франшизы; 24) продажа оборудования франчайзи франчайзеру.¹¹⁵

Огромное число определений содержания франшизного соглашения (и, соответственно, его условий или «элементов») приводится в Доктринальной литературе о франчайзинге. Подобно упоминавшимся выше, одни из них характеризуют такое содержание более кратко, другие — более пространно. Никакой из таких перечней, даже самый полный, не может иметь исчерпывающего характера, потому что стороны в конкретном соглашении всегда вправе ввести по своему усмотрению новые условия или изменить существующие любым способом, который не противоречит закону.

³ Приводится по: *Hadfield G. K* Указ.соч., с. 939.

В настоящем параграфе рассматриваются только те условия франшизного соглашения, которые являются существенными для всех видов и типов франчайзинга, составляют предмет соглашения. Это — исключительные и иные права на интеллектуальную собственность, предоставляемые франчайзером франчайзи. Другая часть условий (содержания) соглашения анализируется в параграфах 5 и 6; наконец, еще одна часть условия соглашения рассматривается в параграфах 7, 8 и 9 данной главы.

Интеллектуальная собственность — это условное, собирательное понятие, которое используется в ряде международных конвенций и в законодательстве многих стран, включая и Россию, для обозначения совокупности исключительных прав на результаты интеллектуальной, прежде всего творческой деятельности. К ним по своему правовому режиму приравниваются и средства индивидуализации юридических лиц, продукции, работ, услуг (фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания и т.п.), хотя указанные средства не являются результатом творчества¹¹⁶.

Исключительные права на интеллектуальную собственность представляют собой особый вид гражданских прав наряду с вещными и обязательственными правами. Исключительный характер означает, что пользование такими правами возможно только с согласия их обладателя, и что последний, как всякий собственник, вправе требовать исключения любых лиц из пользования ими. Обладатель интеллектуальных прав может дать согласие на временное использование принадлежащих ему прав в коммерческих целях другим лицам, заключив с ними особый договор — лицензионное соглашение.

Интеллектуальная собственность франчайзера — основа, на которой зиждется предпринимательская деятельность франчайзи. Сама концепция современного франчайзинга основывается на таком использовании. Вот почему условия, на которых франчайзер предоставляет франчайзи исключительные права на использование объектов интеллектуальной собственности, являются одним из центральных, ключевых разделов содержания франшизного соглашения. Способы, посредством которых франчайзи обязуется пользоваться объектами интеллектуальной собственности, а также его обязанность хранить в тайне такую информацию, если она имеет конфиденциальный (секретный) характер, представляют собой существенные условия соглашения. Вместе с тем лицензионные соглашения на использование

¹¹⁶ Гражданское право. Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Ч. 1. М.: Изд-во Проспект, 1997. С. 213-214.

конкретных видов таких прав могут быть оформлены и в виде отдельных договоров, и в виде приложений к франшизному соглашению.

Объект исключительных прав чрезвычайно разнообразны. Это - изобретения, товарные знаки и знаки обслуживания, промышленные образцы, полезные модели, дизайны и логотипы, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места изготовления товара, инструкции по эксплуатации товаров, компьютерные программы, ноу-хау и другие объекты. Наиболее традиционными источниками прав на такие объекты являются право промышленной собственности, а в некоторых странах ~ еще и авторское право. Право промышленной собственности в свою очередь подразделяется на патентное право и на особый комплекс исключительных прав, предназначенных для индивидуализации (идентификации) лица, которое изготавливает товары или предоставляет услуги, либо для индивидуализации самих таких товаров или услуг в торговом обороте.

Все названные разновидности исключительных прав (патентное, авторское и права на средства индивидуализации лица) неизменно используются в разных видах франшизных соглашений, хотя представлены в них в различных пропорциях и объеме¹⁷. При возникновении между сторонами соглашения конфликтов, связанных с нарушениями его условий или с различиями в толковании исключительных прав, применяются нормы соответствующих отраслей права (патентного права, авторского права).

Один из объектов промышленной собственности (средств индивидуализации лица) — право на фирменное наименование (коммерческое обозначение) или символ, под которым компания-франчайзер изготавливает франшизные товары либо материалы для оказания услуг и/или предоставляет их франчайзи. Фирменное наименование содержит указание на организационно-правовую форму, характер производственной деятельности, личность франчайзера. Фирменное наименование в силу своей общеизвестности не подлежит специальной регистрации, но, как и другие права интеллектуальной собственности, защищается от неправомерного использования. Обычно все участники франшизной сети выступают под общим фирменным наименованием франчайзера, и право на него служит не только средством

В настоящей главе затрагиваются наиболее общие вопросы использования прав промышленной собственности, как и других интеллектуальных прав во Франшизных соглашениях. Более детально такие вопросы рассматриваются в главе 3, посвященной правовому регулированию франчайзинга в отдельных зарубежных странах.

защиты интересов франчайзера, но и единым, объединяющим всех участников символом фирменного качества и гарантией рыночных достоинств франшизной сети

Фирменное наименование — краеугольный камень системы франчайзинга. В отличие от других исключительных прав, право на фирменное наименование имеет постоянный (бессрочный) характер. Его прекращение по какой-либо причине без замены на новое фирменное наименование неизбежно влечет за собой прекращение договора франчайзинга. Таким образом, без предоставления пользователю фирменного наименования нет самого предмета договора франчайзинга.

Если из коммерческой концессии автоматически не вытекало право использования концессионером фирменного наименования или символа фирмы-концедента, то во франчайзинге, особенно его модели БФФ, предоставление такого права франчайзером считается обязательным. Этого требует более высокая степень идентификации предпринимательского облика франчайзи с обликом франчайзера. Французский автор Ф. Бесси, высказавший эту точку зрения, ссылается на решение Европейского суда по известному делу «Pronuptm», в котором, как он считает, Суд приравнял фирменное наименование (символ) к торговой марке в силу его значения для франчайзинга и сделал нерасторжимыми оба указанные средства индивидуализации франчайзера. Из этого следует, говорит Ф. Бесси, что отказ франчайзера предоставить право пользования своим фирменным наименованием или символом должен вести к немедленному расторжению соглашения, поскольку франчайзер лишил тем самым франчайзи одного из двух непереносимых элементов¹¹⁸. В практике франчайзинга фирменное наименование компании-франчайзера очень часто используется взамен торговой марки на вывесках торговых заведений, витринах магазинов и других местах обозначения франчайзера.

Торговая марка (товарный знак, знак обслуживания) — еще одно средство индивидуализации товара или услуги, которое франчайзер по лицензии предоставляет франчайзи. Это — особое обозначение, позволяющее потребителю отличить товары (услуги) одного участника торгового оборота от однородных товаров (услуг) другого участника оборота. Товарные знаки (торговые марки) защищаются посредством регистрации в специальных государственных учреждениях. В отличие, например, от патентов, срок защиты которых ограничен по времени, защита товарных знаков по времени не ограничивается. Но обычно они подлежат периодическому возобновлению примерно

¹¹⁸ Bessis Ph Указ соч., с 67

каждые 5 или 10 лет Условия пользования товарным знаком франчайзера, включая ограничительные обязательства сторон, тоже являются «существенным элементом» франшизного соглашения

Такие объекты промышленной собственности, как запатентованные изобретения, полезные модели или промышленные образцы тоже предоставляются франчайзером франчайзи в коммерческих целях по лицензионному соглашению Согласно Регламенту КЕС № 2349 (1984 г), положения которого распространяются на все виды договоров о предоставлении патентов (в том числе, естественно, и на франшизные соглашения) в странах ЕЭС, лицензионные соглашения о патентах - это «соглашения, по которым одно предприятие (лицензиар) разрешает другому предприятию (лицензиату) использовать запатентованное изобретение одним или более способами эксплуатации, предусмотренным патентным правом, в частности, что касается производства продукции, ее использования или размещения на рынке»¹¹⁹ Определения лицензионных патентных соглашений в национальном законодательстве многих стран, нормами которого руководствуются участники франшизных отношений, в принципе не отличаются от приведенного, потому что основываются на положениях международных конвенций и договоров о патентах

Франчайзер, предоставивший франчайзи патентные права по лицензионному соглашению, сохраняет при этом титул собственника таких прав и в этом качестве контролирует их использование со стороны франчайзи, устанавливает ограничения по времени, территориальному пространству и способам их использования В этом смысле лицензия на изобретение, предоставляемая франчайзером франчайзи, является не эксклюзивной (а простой), потому что франчайзер сохраняет за собой право предоставлять ее третьим лицам по своему усмотрению или разрешать франчайзи в свою очередь предоставлять сублицензионные права «вторичным» франчайзи В некоторых странах законодательство не признает сублицензирования, и в этих случаях возникает необходимость установления непосредственных договорных лицензионных отношений между франчайзером и «вторичным» франчайзи (в виде отдельного соглашения между ними о передаче прав на интеллектуальную собственность либо в виде тройственного соглашения между всеми этими участниками франшизных отношений) Это обстоятельство несколько меняет традиционный облик субфранчайзинга От кого бы, однако, «вторичный» франчайзи ни получал по

лицензионному соглашению патент на изобретение, полезную модель или промышленный образец, они подлежат регистрации в патентном ведомстве страны франчайзи или «вторичного» франчайзи

Нетрадиционная часть прав интеллектуальной собственности, предоставляемых франчайзером франчайзи по лицензионному соглашению, образует понятие ноу-хау (англ. know-how). Это — разновидность нематериального блага, воплощенного в определенных материальных объектах, являющихся его носителями. Ноу-хау — особый объект исключительных прав, представляющий собой конфиденциальную (секретную) техническую, организационную или коммерческую информацию, которая защищается от незаконного использования, если она имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность при условии, что она неизвестна третьим лицам, к ней нет свободного доступа и ее обладатель принимает надлежащие меры к охране ее конфиденциальности. Ноу-хау защищается способами, предусмотренными в законодательстве разных стран.

Вот как определяет ноу-хау Регламент КЕС № 4087/88. Это — пакет запатентованных информационных материалов о производственной практике франчайзера, полученной им в результате опыта и испытаний, и являющихся существенными по своему характеру, секретными и идентифицируемыми. Иными словами, ноу-хау — это информация о предпринимательской системе франчайзера, содержащая сведения о его технологических, организационных, маркетинговых, профессиональных и иных способах, методах и опыте предпринимательской деятельности. Именно ноу-хау как договорное условие франшизного соглашения отличает франчайзинг от всех иных видов эксклюзивных договоров, в том числе от договоров коммерческой концессии и дистрибьюторских договоров

Существенный характер ноу-хау, как поясняется в Регламенте № 4087/88, означает, что этот специфический вид информации отличается от любой другой тем, что она важна для продажи товаров или для оказания услуг конечным потребителям и в особенности для презентации товаров для торговли, переработки товаров в целях оказания услуг, а также для методов обращения с потребителями, управления и финансового менеджмента. Для франчайзи существенный характер ноу-хау означает, что информация должна быть полезной в смысле ее способности улучшать, начиная с даты заключения соглашения, конкурентные позиции франчайзи, в частности его повседневную деятельность, или помогать ему выйти на новый рынок.

Секретный характер ноу-хау подразумевает, что информация в целом или в четко очерченных формах и в совокупности составляющих

ее элементов вообще неизвестна или труднодоступна за пределами данного франшизного бизнеса. Вместе с тем критерий секретности не означает, что каждый отдельный элемент ноу-хау должен быть совершенно неизвестен за пределами этого бизнеса. Для франчайзера, передающего ноу-хау франчайзи, важно только, чтобы для конкурентов франшизной сети был недоступен общий, совокупный смысл передаваемой информации. С этой целью ей придается статус охраняемой коммерческой тайны.

Наконец, идентифицируемый характер ноу-хау понимается таким образом, что информация должна иметь настолько исчерпывающий смысл, чтобы позволить удостовериться, что ноу-хау отвечает критериям существенности и секретности¹²⁰. Описание ноу-хау должно быть дано либо в самом франшизном соглашении, либо в отдельном документе, или зафиксировано в любой иной подходящей форме.

Есть и судебные критерии оценки ноу-хау с точки зрения необходимого качества такой информации. В приводимом ниже примере такая оценка примечательна тем, что она была сформулирована применительно не вообще к ноу-хау, а к той разновидности подобной информации, которая должна использоваться конкретно во франчайзинге. Так, в решениях нескольких французских судов (включая Апелляционный суд Парижа) было определено, что ноу-хау как информация, предоставляемая франчайзером франчайзи, должна иметь «практический, оригинальный, специфический и эволюционный» характер¹²¹. Иными словами, информация должна быть, во-первых, апробированной, т.е. успешно применявшейся в предыдущей деятельности франчайзера. Во-вторых, она должна содержать сведения, которые действительно оправдывают ее секретность, приносят явные выгоды франчайзи и заслуживают вознаграждения со стороны последнего. В-третьих, информация должна быть отделяемой от личности ее обладателя, т.е. оборотоспособной. Наконец, эволюционный

¹²⁰ С 01.04.89 г. вступил в силу Регламент КЕС № 556/89 о групповом изъятии из антимонопольных статей Римского договора лицензионных соглашений о передаче ноу-хау. В нем понятие «существенный характер» и «секретный характер» ноу-хау изложены несколько более пространно, но их общий смысл не изменился по сравнению с приведенным. Мы сочли необходимым привести определения, разработанные КЕС специально для франчайзинга, хотя понимаем, что судебная практика по делам о франчайзинге, связанным с лицензионными соглашениями о ноу-хау, по логике, должна исходить из формально отличных определений Регламента № 556/89. Аналогичную оговорку можно сделать и в отношении определения ноу-хау по Регламенту КЕС № 2790/1999, ставшему преемником Регламента № 4087/88.

¹²¹ *Bessis Ph* Указ соч., с. 24.

характер ноу-хау выражается в том, что информация подлежит регулярному обновлению с целью вобрать в себя результаты совершенствования франчайзером системы и методов своей предпринимательской деятельности¹²².

Законодательных определений ноу-хау в национальном праве государств не существует. В законодательстве, однако, встречаются определения отдельных понятий, которые могут быть либо синонимами ноу-хау, либо входить в его состав в качестве образующих элементов. Так, закон американского штата Вашингтон о защите франшизных капиталовложений (1972 г.) дает определение «плана по маркетингу товаров», который франчайзер должен подготовить для франчайзи. Это — «план или система ведения бизнеса», включающая в себя один или несколько из следующих пунктов*

- а) спецификации цен, особые системы цен или планы ценовых скидок;
- б) оборудование для продажи или демонстрации товаров либо приспособления для торговли;
- в) материалы по продвижению и рекламе товаров либо планы сотрудничества в области рекламы;
- г) тренировку по продвижению товаров и управлению бизнесом;
- д) содействие или помощь в осуществлении операций, техническое и финансовое руководство*

Нет определений ноу-хау и в международных конвенциях по интеллектуальной собственности. Франчайзер (как и всякий лицензиар) сам устанавливает круг сведений, которые он считает своим ноу-хау, и определяет объем и иные условия их предоставления и использования другими лицами по лицензионному соглашению. Франчайзер остается собственником ноу-хау (как и патента, и товарного знака и т.п. объектов интеллектуальной собственности), и поэтому права, предоставляемые им франчайзи, всегда являются ограниченными.

Предоставляемая франчайзером франчайзи информация, содержащая ноу-хау, обычно имеет вид систематизированного текста, изложенного в конфиденциальном руководящем документе (руководстве, наставлении, инструкции и т.п.) по ведению предпринимательской деятельности, издаваемом франчайзером только для своих франчайзи и периодически обновляемом и дополняемом им по мере совершенствования методов такой деятельности в течение всего периода действия франшизного соглашения. В одном из таких реальных соглашений, заключенных в Великобритании, говорилось, что

¹²² *Bessis Ph* Указ соч. С 24–29

«франчайзи обязан хранить у себя экземпляр руководства по управлению предприятием или иное подобное предписание со всеми дополнениями и поправками, которые могут быть внесены компанией (франчайзером. — *Прим. С,С.*) до даты истечения срока действия франшизы»¹²³. Это настольная книга франчайзи - документ, который является неотъемлемой частью соглашения.

В отличие от патентов и средств индивидуализации, ноу-хау не отвечает критериям исключительных прав. Информация этого рода не патентуется и не подлежит регистрации в специальных государственных учреждениях. Тем не менее она охраноспособна и подлежит защите в той степени, в какой франчайзер (лицензиар) придает ей конфиденциальный характер. В ряде стран (Великобритания, США и некоторых других) права франчайзера (лицензиара) на ноу-хау могут быть защищены по нормам авторского права. В частности, один из главных содержательных документов франчайзинга — руководство (наставление, инструкция) по ведению франшизного бизнеса приравнивается к оригинальному литературному произведению и рассматривается как объект авторского права. К этой же категории объектов относятся авторские решения и оформления прейскурантов и ценников, меню, учебных материалов, оформления интерьеров помещений, выкладки товаров, витрин, эскизы, рисунки, наброски расположения производственного и служебного оборудования, устройств, приспособлений, рабочих мест и т.п., а в более широком плане — совокупность приемов и методов рекламы и завоевания общественного признания на рынке товаров и услуг, разработки и внедрения стандартных предпринимательских процедур, способов ведения коммерческих операций.

В других странах ноу-хау не имеет «собственных» законодательных средств охраны тайны информации. Но, поскольку в соглашении обычно детально определяются собственнические права франчайзера и конфиденциальный характер ноу-хау, то при разглашении такой информации франчайзер может предъявить судебный иск о нарушении соглашения или о возмещении ущерба и наложении судебного запрета в соответствии с законодательством о нечестной конкуренции либо законодательством о коммерческой тайне, или о гражданских правонарушениях, либо даже в соответствии с уголовным законодательством.

Предоставляя франчайзи исключительные и иные права для использования в коммерческих целях, франчайзер как лицензиар может

¹²³ Стэнворт Дж., Смит Б. Указ. соч., с. 89.

сохранить за собой возможность предоставления аналогичных прав третьим лицам, а также самому пользоваться такими правами. В этом случае лицензия франчайзера приобретает, как отмечалось, неисключительный (простой) характер. Простая лицензия свойственна лицензионным соглашениям, которые не предусматривают территориальных границ для деятельности лицензиата. Однако для франчайзинга, особенно в его высших, комплексных формах (БФФ), характерна как раз не простая, а исключительная лицензия, в соответствии с которой за франчайзи закрепляется определенная, обозначенная в соглашении территория, в пределах которой действия франчайзера определенным образом ограничиваются. Тип лицензии (простая и исключительная) может зависеть и от набора и объема предоставляемых франчайзером прав. При некоторых условиях простая лицензия может быть преобразована в исключительную.

Существует еще несколько типов лицензий, предоставляемых франчайзером франчайзи по лицензионному соглашению. Одна из них — т.н. генеральная лицензия. Ее получает, как говорилось выше, «старший» франчайзи, выступающий в роли территориального, «кустового» координатора других франчайзи. Среди прочих называется и «гибридная» лицензия, предоставляющая право на несколько объектов интеллектуальной собственности (патент на изобретение, право на товарный знак, на ноу-хау и т.п.). Наконец, есть единая, комплексная лицензия, предоставляющая франчайзи право на осуществление всего комплекса операций по франшизному соглашению.

§ 5. Обязанности сторон по франшизному соглашению

Обязанности сторон по соглашению вытекают из его условий и являются, таким образом, составной частью содержания соглашения. Некоторые из таких обязанностей сформулированы так, что не только корреспондируют соответствующим правам другой стороны, но и обязывают эту другую сторону должным образом пользоваться своими правами. Например, обязанность франчайзера обеспечить обучение персонала франчайзи фирменным предпринимательским приемам и методам дает франчайзи не только право требовать у франчайзера такого обучения, но соответствует обязанности самого франчайзи обеспечить своевременное и в согласованном числе присутствие своих работников на местах обучения.

Взаимные обязанности сторон по соглашению распадаются у каждой из них на несколько крупных блоков.

ОБЯЗАННОСТИ ФРАНЧАЙЗЕРА

У франчайзера один из таких блоков образует обязанности по предоставлению франчайзи исключительных и иных прав пользования объектами интеллектуальной собственности франчайзера в том наборе и в том объеме таких прав, которые предусмотрены в соглашении. В установленные в нем сроки франчайзер обязан выдать франчайзи лицензию на право пользования средствами индивидуализации или иными исключительными правами и, если это предусмотрено в соглашении, зарегистрировать их на имя франчайзи. Правила предоставления лицензий и регистрации исключительных прав пользователей содержатся в лицензионном, патентном, авторском и некоторых других отраслях национального законодательства разных стран.

Другой блок обязанностей франчайзера связан с подготовкой и оформлением предпринимательского статуса франчайзи подбором и выделением для него франшизной территории и конкретного места расположения, обеспечением соответствия требованиям землеустроительного и экологического законодательства, санитарным, противопожарным, строительным, транспортным и иным нормам и правилам, решением вопросов и осуществлением (при необходимости) строительства или аренды для франчайзи производственных и складских помещений, их планировки, оснащения и оформления в соответствии с собственными фирменными требованиями, лизингом оборудования, и тп.

В торговых и сервисных разновидностях франчайзинга значительная часть обязанностей франчайзера связана с выполнением графиков поставок товаров (продукции, изделий, материалов), с соблюдением квот, цен и, разумеется, спецификаций товаров. Спецификации товаров — это условия, устанавливающие конкретные виды и типы товаров (ассортимент, номенклатуру и тп), согласованные между сторонами. В отсутствие спецификаций у сторон соглашения, как при всяком договоре купли-продажи или поставки, не может возникнуть ответственности по обязательствам. Квоты — это минимальные партии франшизных товаров, поставляемые франчайзером по согласованному графику.

В торговых разновидностях франчайзинга в роли франчайзера может выступать не только непосредственный изготовитель продукции, но и крупная оптовая торговая компания, создавшая собственную розничную сбытовую сеть под своим фирменным наименованием или торговой маркой.

Одно из ключевых и общераспространенных обязательств франчайзера — не поставлять третьим лицам франшизные товары для продажи

конечным потребителям на территории, закрепленной за франчайзи. Согласно Регламенту № 4087/88, франшизные товары - это такие товары, которые изготовлены самим франчайзером либо в соответствии с его инструкциями (патентами, ноу-хау и т.п.) и/или несущие фирменное наименование франчайзера или его торговую марку. Таким образом, понятие франшизных товаров не ограничивается товарами, изготовленными или приобретенными самим франчайзером (если в роли последнего выступает, например, оптовая торговая фирма). Это - товары любого происхождения, аналогичные франшизным и поставляемые любыми лицами, указанными или одобренными франчайзером в качестве поставщиков франчайзи. Нередко франчайзер вообще никаких товаров или продукции своим франчайзи не поставяет, обязывая их закупать такие товары у одобренных поставщиков и продавать под фирменным наименованием и/или торговой маркой франчайзера. В этом случае подобные товары приобретают статус франшизных со всеми вытекающими из такого статуса юридическими последствиями. Графики их поставок, квоты, спецификации, цены, стандарты качества могут устанавливаться как во франшизном соглашении, так и в договоре франчайзи непосредственно с поставщиком.

Во франшизном соглашении может быть предусмотрена ответственность франчайзера в случае нарушения указанными или одобренными им поставщиками их договорных обязательств или причинения поставляемыми ими товарами вреда конечным потребителям. Условия несения ответственности франчайзером определяются общим гражданско-договорным законодательством, а также законодательством о защите прав потребителей.

Из этого следует, что в случаях, связанных с нарушением такими поставщиками условий поставок товаров (в том числе их качества), франчайзи вправе направить свои требования не таким лицам, а самому франчайзеру; последний же в регрессном или ином порядке может возместить понесенные им убытки. В принципе в таком же порядке должны удовлетворяться и иски конечных потребителей к самому франчайзи, если он продал им недоброкачественную продукцию или оказал некачественные услуги, независимо оттого, кто изготовил или поставил франчайзи товары или материалы - сам франчайзер или назначенные им лица. Разумеется, если доказано, что в допущенных нарушениях нет вины самого франчайзи.

Нормативного определения франшизных услуг не существует, но из того же, например, Регламента № 4087/88 явствует, что правовой статус услуг отвечает тем же критериям, что и статус товаров. Иными словами, это технологии, материалы, оборудование или приспособления,

изготовленные франчайзером либо в соответствии с его инструкциями (патентами, ноу-хау и т.п.), и/или несущие фирменное наименование франчайзера или его торговую марку

Другая обязанность франчайзера — закрепление за франчайзи т.н. франшизной территории конкретно обозначенного на карте географического пространства, в границах которого франчайзи осуществляет предоставленные ему исключительные и иные права. В зависимости от многих обстоятельств (местонахождения франчайзера, уровня развития предпринимательства, состояния транспортной и иной инфраструктуры, вида франшизной деятельности и др.) размеры франшизной территории могут быть самыми разными¹²⁴. Это может быть целая страна (или даже несколько стран) или ее отдельный регион либо иное административно-территориальное образование. Но может быть и городской микрорайон, несколько кварталов или даже отдельный квартал.

Ограничение операций франчайзи рамками договорной территории имеет для франчайзера и другой резон. Он требует от франчайзи максимально глубокого охвата потенциальных потребителей, клиентуры. Критерии успеха (или неуспеха) франчайзи обычно определяются франчайзером, исходя из размеров договорной территории, плотности населения, его покупательной способности, географического положения территории и т.п. объективных условий.

Использовать (эксплуатировать) закрепленную за ним территорию франчайзи может только из одной торговой или сервисной «точки» (магазина, павильона, киоска, мастерской, ателье и т.п.), за исключением случаев, когда он в состоянии (и франчайзер ему разрешает) иметь несколько подобных «точек» — мест проведения франшизных операций, а также за исключением т.н. мобильной франшизы, когда франчайзи осуществляет выездную торговлю или оказание услуг. Иногда стандартная франшизная «точка» представляет собой всего лишь часть нефраншизного, «чужого» торгово-розничного или иного предприятия, когда, например, франчайзи или сам франчайзер арендует для франчайзи у владельца местного универмага отдельное торговое помещение или даже несколько киосков или прилавков в общем операционном зале для торговли товарами франчайзера. Это т.н. «фракционная» франшиза.

¹²⁴ В федеральном законе о нефтесбытовой рыночной практике в США говорится о «соответствующей географической рыночной зоне», включая любой штат США, округ Колумбия, Пуэрто-Рико, Виргинские острова, Американское Самоа, а также любую стандартную статистическую территорию метрополии, как она периодически устанавливается Бюджетным управлением США.

Как правило, однако, франшизная «точка» представляет собой отдельное помещение, внутри которого франчайзи и осуществляет свои операции. Регламент № 4087/88 КЕС дает определение такого договорного франшизного помещения — premises. Согласно ему, это — обустроенное и приспособленное сооружение, внутри или на базе которого осуществляется эксплуатация франшизы. Если франчайзер того требует, то договорное франшизное помещение должно быть оформлено и оборудовано таким образом, чтобы оно отождествлялось, насколько это возможно, с рыночным обликом франчайзера.

В тех случаях, когда у франчайзи нет собственного приспособленного помещения для проведения франшизных операций, франчайзер обязан обеспечить его таким помещением. Согласно, например, Постановлению № 436 Федеральной торговой комиссии (ФТК) США, франчайзер

- обеспечивает франчайзи розничными торговыми точками или обслуживает его расчетные операции по торговле товарами или услугами, или
- обеспечивает помещения предприятия-франчайзи автоматами для продажи мелких товаров, стеллажами или другим инвентарем, используемым франчайзи, когда последний предлагает, продает или сбывает товары или услуги от имени франчайзера, или
- предоставляет франчайзи услуги лица, способного обеспечить его розничными точками, помещениями и другими услугами¹²⁵. Закон о франшизной практике Нью-Джерси оперирует термином «место осуществления бизнеса», которое он определяет как географическое место, где франчайзи демонстрирует с целью продажи и продает товары франчайзера или оказывает услуги. Такое место не должно использоваться как офис, склад, место для хранения или проживания. Это не может быть личное транспортное средство.

Местоположение договорного франшизного помещения подбирается и устанавливается так, чтобы оно дополняло общую франшизную сеть и было ее неотъемлемой частью. В случаях, когда франшиза эксплуатируется за пределами такого помещения, оно должно использоваться как база, с которой франчайзи управляет транспортными средствами, предназначенными для целей эксплуатации франшизы. Это — договорные транспортные средства, предусмотренные франшизным соглашением. С согласия франчайзера франчайзи

¹²⁵ Franchising in the US economy, p. 4

может переместить свои операции в другое, альтернативное помещение, но, разумеется, в пределах закрепленной за ним территории. При этом, как указывается в Регламенте № 4087/88, франчайзер не вправе отказать франчайзи переместить свои операции, если альтернативное помещение отвечает требованиям, установленным самим франчайзером в отношении договорных франшизных помещений.

Право франчайзера определять местоположение франшизных помещений в большинстве случаев исключает для франчайзи возможность приспособить для этих целей имевшиеся ранее у него собственные операционные площади. Он должен либо заново строить такие помещения за свой счет и по указаниям франчайзера, либо арендовать у последнего уже готовые помещения, что является общераспространенной практикой. Требования франчайзера касаются не только расположения «точек» и ее оформления, но и основных производственных параметров¹²⁶. Требования франчайзера могут касаться также численности рабочих мест, организации производственного процесса, техники безопасности и многих других подобных вопросов.

Крупный блок обязанностей франчайзера связан с оказанием постоянной помощи и содействия франчайзи, или «услуг», как они часто именуются в законодательстве и во франшизных соглашениях. Оказание таких услуг вытекает из самой идеологии франчайзинга как системы «льготного предпринимательства». Оба основных правовых акта о франчайзинге, рассматриваемые в нашей работе – Регламент № 4087/88 ЕЭС и Постановление № 436 ФТК США – предусматривают оказание франчайзером существенной помощи франчайзи. Всякое франшизное соглашение, устанавливающее обязанности сторон по типу БФФ (высший, комплексный тип), включает в качестве обязательного условия соглашения оказание такой помощи. Именно это условие в его развернутом виде служит специфическим признаком современного франчайзинга и отличает его от других смежных видов гражданско-правовых договоров.

Услуги (помощь), которыми франчайзер обязан обеспечить франчайзи, можно условно разделить на две категории: первоначальные (стартовые) и текущие. В Этическом кодексе ЕФФ говорится, например, что франчайзер обязан обеспечить франчайзи первоначальным обучением и постоянной коммерческой и/или технической помощью.

Например, известный итальянский франчайзер — торговая фирма «Стампа», располагающая сетью из более чем 150 франшизных «точек», требует, чтобы те из них, которые торгуют товарами традиционного набора, имели операционную площадь не более 600 кв м каждая, а торгующие товарами нетрадиционного набора — не более 500 кв м каждая (*Baldi R* Указ соч., с. 138).

в течение всего срока действия соглашения В действительности первоначальная помощь франчайзера по «запуску» бизнеса франчайзи существенно шире и включает не только предварительное обучение и подготовку персонала франчайзи, но и выбор места расположения франшизной точки, ее оснащение, содействие франчайзи в лизинге оборудования и, если необходимо, транспортных средств, решение *вопросов, возникающих в связи с ограничительными или запрещающими* положениями местного законодательства в отношении размещения франшизной «точки», комплектование имущества, подбор товарных запасов «точки», составление описей и реестров, предоставление франчайзи всех необходимых учебных, инструктивных и методологических документов, помощь в организации начальных торговых операции и др Важно отметить, что франчайзер не имеет права предлагать франчайзи новые непроверенные методы предпринимательской деятельности, производственные процессы и т п Сначала он обязан испытать их в собственных сбытовых подразделениях, причем как можно раньше и тщательнее

К текущим услугам относится комплекс мер по обеспечению регулярных торговых, сервисных и иных операций франчайзи в соответствии с соглашением и поддержанию его конкурентоспособности на рынке К ним относится проведение, начиная с даты, установленной в соглашении, регулярных занятий (тренировок, инструктажа) с франчайзи (или руководителями его предприятия) и его персоналом по освоению ими методов, приемов, техники предпринимательской деятельности франчайзера Под персоналом обычно понимается «полевой» штат служащих франчайзи, наличный на дату начала программы занятий Одна из основных целей обучения — регулярное ознакомление франчайзи с новыми товарами и услугами франчайзера, усовершенствованными методами и приемами его бизнеса С этой же целью от франчайзера требуется постоянно обновлять тексты своих руководств, инструкции, наставлений, которые он вручает франчайзи не позднее согласованного сторонами срока после заключения соглашения В течение всего срока жизни соглашения франчайзер обязан рассматривать все относящиеся к франшизному бизнесу вопросы франчайзи, включая⁵¹ просьбы о консультативной и информационной помощи, и удовлетворять такие просьбы в пределах своих договорных обязательств

По соглашениям торгово-сервисных разновидностей франчайзинга франчайзер обязан поставлять франчайзи или обеспечивать поставки другими лицами установленных в соглашении товаров, полуфабрикатов, материалов в том минимальном комплекте, который

оговорен в соглашении. Нередко в соглашении содержится оговорка, что франчайзер или указанные им поставщики должны обеспечивать франчайзи товарами на тех же условиях, на каких они поставляются собственным торговым точкам франчайзера (если у него таковые имеются) или другим франчайзи. Встречается и условие, согласно которому франчайзер должен дать согласие франчайзи на продажу сверх установленного для последнего минимального комплекта определенных товаров, материалов или оборудования, если это необходимо для удовлетворения каких-либо специфических заказов или спроса покупателей или клиентов франчайзи. Под минимальным комплектом подразумевается не только оборудование, товары, литература, запасы всех видов у франчайзи, но и минимальная численность его персонала по месту размещения франшизной точки в соответствии с руководством по ведению бизнеса.

К числу распространенных относятся обязанности франчайзера по рекламированию франшизной продукции (услуг) и продвижению торговой марки на рынках своих франчайзи. Средства на проведение рекламных кампаний складываются из рекламных взносов франчайзи и пропорционального взноса самого франчайзера, поступающих на отдельный целевой рекламный банковский счет франчайзера или франшизной сети. Обычно франчайзер предоставляет своим франчайзи смету расходов на рекламу и продвижение торговой марки на каждый финансовый год в течение всего срока действия соглашения.

Франчайзер принимает на себя также задачу регулярного исследования рынка, на котором действует франшизная сеть (маркетинговые услуги), отслеживания товарных потоков, потребительского спроса, мониторинга и тестирования торговых и сервисных операций франчайзи, оказания помощи франчайзи в финансовом управлении и ведении бухгалтерской отчетности (либо прямого осуществления силами собственных сотрудников этих двух последних задач), оценки состояния франшизного бизнеса в целом и каждого франчайзи в отдельности и, разумеется, контроля соблюдения качества и стандартов торговли, услуг и других видов деятельности франчайзи. Соблюдение таких стандартов - главное условие франчайзинга, не только обязывающее франчайзера, но и дающее ему право контролировать практически все действия франчайзи на любых этапах их осуществления, в любое время и в любых законных формах, на месте или по затребованным документам, в предварительном или последующем порядке, своими силами или с привлечением сторонних экспертов, за свой счет или за счет франчайзи. Подробнее о контроле франчайзера говорится ниже.

Законодательство требует от франчайзера равного отношения ко всем своим франчайзи, не допуская никакой дискриминации отдельных участников франшизной сети. Одним из такого рода требований является, например, положение Регламента КЕС № 4087/88, согласно которому не подлежат изъятию из-под действия антимонопольной ст. 81 (1) Римского договора те франшизные соглашения, которые создают для франчайзи препятствия в получении товаров, равных (эквивалентных) по качеству тем товарам, которые предлагаются франчайзером.

Подобные ситуации вполне реальны. Франчайзер, например, может потребовать от одного из франчайзи приобретать товары не у себя непосредственно, а у одобренного им поставщика, тогда как другие франчайзи приобретают их у франчайзера. Упомянутый франчайзи считает, что товары поставщика ниже по качеству товаров франчайзера, и он вправе добиваться от последнего поставки товаров, соответствующих фирменным стандартам качества. Препятствование франчайзи в получении товаров равного качества может означать и замаскированное требование франчайзера к франчайзи платить более высокую цену за товар, который он продает другим франчайзи.

Как дискриминация франчайзи рассматривается и отказ франчайзера удовлетворить право франчайзи самому предложить кандидатуру поставщика товаров для себя, конечно, при условии, что такие товары удовлетворяют стандартам качества франчайзера. Регламент КЕС № 4087/88 рассценивает, в частности, как нарушение антимонопольного законодательства ЕЭС требование франчайзера к франчайзи пользоваться товарами одобренных франчайзером поставщиков, если он при этом игнорирует предложенные самим франчайзи кандидатуры других поставщиков (изготовителей) товаров.

Требование законодательства о равном отношении франчайзера ко всем франчайзи своей франшизной сети, работающим в одинаковых или сходных условиях предпринимательства, влечет за собой унификацию и стандартизацию условий соглашений. В обычной практике франчайзинга франчайзер предлагает новому участнику своей сети стандартное соглашение, по которому работают все франчайзи сети и условия которого не меняются для новых участников. Вступая в сеть, франчайзи обязан согласиться на все основные условия соглашения. Альтернатива — отказ от соглашения. Стандартные условия соглашения в принципе должны быть выгодны обеим сторонам, потому что делают сравнимыми и сопоставимыми отношения франчайзера с каждым индивидуальным франчайзи. Франчайзеру они позволяют с известной степенью объективности судить об эффективности каждого

отдельного франчайзи и, таким образом, избежать обвинений в предвзятости и навязывании одному из франчайзи несправедливых условий, т.к. все они работают если не в равных, то хотя бы в сопоставимых условиях. Франчайзи, со своей стороны, получает возможность доказательно утверждать, что франчайзер предъявляет к нему более жесткие требования, чем те, которые зафиксированы в стандартном соглашении и распространяются на других франчайзи.

Требование законодательства гласит, что, если франчайзер обязывает одного из франчайзи предоставить потребителям гарантии на товары, которые франчайзи покупает у франчайзера, то обязательство предоставлять гарантии потребителям должно распространяться и на других франчайзи и дистрибьюторов франшизной сети. Смысл этого условия состоит в том, что франчайзер обязан предъявлять равные требования ко всем франчайзи своей сети, и что товары, поставляемые для франчайзи франчайзером или другими франчайзи (равно как и разрешенными дистрибьюторами), должны быть в равной степени качественными.

Понятно, что в конкретных франшизных соглашениях обязанности франчайзера могут заметно различаться в зависимости от типа и разновидности франчайзинга, объема и видов предоставляемых франчайзи прав, местных условий предпринимательской деятельности и ряда других объективных и субъективных факторов.

ОБЯЗАННОСТИ ФРАНЧАЙЗИ

Что касается обязанностей франчайзи, то они многочисленны, достаточно широки и, на наш взгляд, по некоторым условиям соглашения несоотносимы, несимметричны и непропорциональны обязанностям франчайзера в том смысле, что затрагивают жизненно важные интересы франчайзи глубже, чем соответствующие обязанности франчайзера затрагивают интересы последнего. В законодательстве разных стран круг обязанностей франчайзи очерчивается различно.

Согласно, например, Постановлению № 436 ФТК США, франчайзи сбывает любому лицу, за исключением своего франчайзера, товары и услуги, которые:

- идентифицированы торговой маркой, знаком обслуживания, фирменным наименованием, рекламой или иным коммерческим символом фирмы-франчайзера; или
- отвечают стандартам качества франчайзера; или

- поставляются ему франчайзером, или
- поставляются третьим лицом (поставщиком), которое прямо или косвенно рекомендовано франчайзером и связано с ним

Обязанности франчайзи, изложенные в Регламенте № 4087/88 для стран Европейского экономического сообщества, более многочисленны. Помимо упомянутых в Постановлении № 436 ФТК, от франчайзи требуется

- эксплуатировать франшизу только из помещений, указанных в соглашении,
- продавать товары, являющиеся предметом франшизы, только конечным потребителям, другим франчайзи и лицам, занимающимся их перепродажей через другие каналы сбыта, снабжаемые производителем этих товаров или с его согласия,
- прилагать все усилия для продажи товаров или оказания услуг, являющихся предметом франшизы, предлагать минимальный набор товаров, достигать минимального оборота, планировать свои заказы заранее, держать минимальный запас товаров и оказывать гарантийные и иные услуги,
- не раскрывать третьим лицам предоставленную франчайзером информацию с ноу-хау, данная обязанность может быть возложена на франчайзи и по истечении срока действия соглашения,
- передавать франчайзеру любой опыт, полученный в ходе эксплуатации франшизы, и предоставлять как ему, так и другим франчайзи неисключительную лицензию на использование ноу-хау, которое является результатом такого опыта,
- сообщать франчайзеру о нарушениях запатентованных прав промышленной или интеллектуальной собственности, предъявлять иски к нарушителям или содействовать франчайзеру при предъявлении последним исков к нарушителям,
- не использовать ноу-хау, переданное ему по лицензии франчайзера, в иных целях, нежели эксплуатация франшизы, данная обязанность может быть возложена на франчайзи и по истечении срока действия соглашения,
- посещать самому или направлять свой персонал для посещения курсов по обучению, организованных франчайзером,
- применять коммерческие методы, передаваемые ему франчайзером, включая их любые последующие модификации, и использовать переданные по лицензии права промышленной или интеллектуальной собственности,

- Ф придерживаться стандартов франчайзера, предъявляемых к оборудованию и внешнему виду помещению, указанных в соглашении, и/или транспортных средств,
- ® предоставлять франчайзеру возможность проводить проверки помещений, указанных в соглашении, и/или транспортных средств, включая проданные товары и оказанные услуги, а также инвентарь и отчетность франчайзи,
- \$ не менять без согласия франчайзера помещения, указанных в соглашении,
- Ф не переуступать без согласия франчайзера права и обязанности по франшизному соглашению,
- ® уплачивать франчайзеру определенную часть своих доходов на рекламу и самому осуществлять ту рекламу, которая получит одобрение франчайзера,
- указывать свой статус независимого предпринимателя, но с условием, что такое указание не должно вредить единству франшизной сети, вытекающему, в частности, из общего наименования, магазинной вывески и единообразного внешнего вида помещений и/или средств транспорта, указанных в соглашении

Определенная часть перечисленных обязанностей франчайзи так или иначе уже была прояснена выше. Другая часть будет пояснена сейчас. Еще одна часть обязанностей франчайзи рассматривается в отдельных, посвященных им пунктах настоящей главы. Наконец, некоторые обязанности франчайзи, вытекающие из налагаемых на него ограничений в использовании предоставленных ему прав франчайзера, будут рассмотрены ниже.

Главное требование к франчайзи — максимальное удовлетворение запросов потребителей в необходимых им товарах и услугах. С этой целью законодательство требует от франчайзи заранее планировать свои заказы франчайзеру или иным поставщикам, постоянно иметь минимальные запасы товаров, своевременно и качественно выполнять поручения потребителей, заказчиков, клиентов. Выполнять эту свою обязанность франчайзи должен без предпочтений, дискриминации и иных пристрастий в своих отношениях с потребителями.

Ключевой фигурой в отношениях «франчайзер — франчайзи — потребитель» является последний. На конечном потребителе (заказчике, клиенте) франшизных товаров и услуг замыкаются интересы участников франшизной сети, через него реализуются их цели. Сам франчайзинг как способ ведения предпринимательской деятельности лишается смысла без фигуры конечного потребителя. Поэтому обязанности

франчайзи по качественному и своевременному обеспечению потребителя товарами и услугами являются по законодательству обязательными условиями франшизного соглашения и входят составной частью в его предмет. Соответствие товаров и услуг франчайзи минимальным объективным стандартам, установленным франчайзером, - своего рода презумпция их фирменного качества¹²⁷

Понятие *потребителя* в праве разных стран толкуется различно. В одних потребителями признаются все лица, пользующиеся услугами по публичному договору, в других - граждане и некоммерческие организации, в третьих - только граждане. В целом преобладает трактовка потребителя как лица, которое приобретает товары или услуги для собственного потребления, удовлетворения потребностей быта, содержания жилища, организации досуга, владения личными транспортными средствами и в тп. непроеизводственных, непредпринимательских целях.

Но применительно к франчайзингу понятие потребителя существенно расширяется. Сохраняется лишь его наиболее общий признак — приобретение товаров или услуг для собственных потребностей. Но приобретенный товар или услуга могут при этом использоваться по-разному. В отношениях франчайзинга товар или услуга, дойдя до конечного потребителя, зачастую не завершают свое существование, как это имеет место при обычном потреблении, а, напротив, начинают новую жизнь, становясь собственным, самостоятельным источником производства для потребителя.

Фермер, покупающий комбайн или трактор у дилера-франчайзи, а затем ремонтирующий его в сервисном центре франчайзи, профессиональный *предприниматель*, *пользующийся при ведении бизнеса* услугами юридической фирмы-франчайзи, коммерческое предприятие, получающее полуфабрикаты от компании-франчайзи для изготовления собственной продукции, и тп. - все они потребители франшизной продукции или услуг. Таким образом, для франчайзера, франчайзи и франшизной сети потребитель — это практически любое лицо, независимо от того, приобретает оно товары или услуги с целью потребления (в традиционном понимании этого слова) либо с целью

¹²⁷ Согласно разъяснениям Суда ЕЭС по делу «Pronuptia», под объективными характеристиками качества товаров следует понимать тот уровень их одинакового качества у всех франчайзи, которого удалось добиться франчайзеру. Суд указал также, что возможны отдельные случаи отклонения от объективных характеристик, например, при продаже особо модных изделий, когда установление таких характеристик непрактично, или в случае, когда из-за большого числа франчайзи оказывается слишком дорого обеспечивать их соблюдение.

осуществления собственной предпринимательской деятельности. В последнем случае действует единственное ограничение такая деятельность не должна составлять предмет франшизы. Иными словами, потребитель не вправе заниматься самостоятельным производством товаров или услуг, конкурирующих с товарами или услугами франчайзи и франчайзера, либо систематической перепродажей товаров или услуг, приобретенных им у франчайзи.

Обязанности франчайзи-дистрибьютора не ограничиваются розничной продажей товаров или оказанием услуг потребителям. По соглашению он может быть обязан франчайзером - и закон подтверждает это право последнего - поставлять приобретенные у франчайзера товары другим франчайзи своей сети. Такие поставки обычно определяются коммерческой целесообразностью и осуществляются по решению франчайзера или самих франчайзи при условии согласия франчайзера (когда, например, один из франчайзи расположен поблизости от крупной транспортной магистрали, в связи с чем оказывается целесообразным поставлять большие партии товаров на склад этого франчайзи, а затем развозить их более мелкими партиями по удаленным франшизным точкам; либо, например, в случае, когда один из франчайзи по поручению франчайзера или по выбору самих франчайзи становится их «старшим» (или «кустовым») координатором и в этом своем качестве приобретает товары у местного одобренного франчайзером поставщика, а затем перепродает их другим франчайзи). Но в соглашении может содержаться и запрет для франчайзи передавать товары своим коллегам по франшизной сети, с помощью которого осторожный франчайзер пытается изолировать франчайзи в случае, если кто-то из них нарушит соглашение либо будет конфликтовать с франчайзером.

В подобных случаях франчайзи самостоятельно ведут взаимные расчеты, исходя из отпускных цен франчайзера на товары и материалы, транспортных и иных накладных расходов и с учетом общих интересов франшизной сети.

В таком же диспозитивном порядке предусматривается обязанность франчайзи поставлять свои товары посторонним розничным торговцам ~~ участникам других распределительных сетей. Речь, например, может идти о случае, когда дочерняя компания франчайзера, располагающая отдельной, независимой от франчайзера распределительной сетью (возможно, даже параллельной франшизной), предпочитает поставлять своим удаленным дилерам товары не собственного производства, а закупать их у ближайшего франчайзи своей материнской фирмы (франчайзера). Возможны и иные, обратные ситуации,

когда франчайзи обязывается покупать товары у посторонних поставщиков — участников других распределительных сетей. При возникновении «перекрестных» поставок товаров друг другу разными торговыми сетями такая торговля нередко становится уязвимой с позиции антимонопольного законодательства.

Однозначно запрещены только поставки товаров франчайзи собственному франчайзеру как противоречащие самой сущности франчайзинга, его экономическому смыслу и договорно-правовой природе.

Франчайзи обязан прилагать «все усилия» для продажи товаров или оказания услуг своим потребителям. От того, как он справляется с этой обязанностью, зависит, собственно говоря, его предпринимательская участь и во многом — успех или неуспех самого франчайзера. Безусловно, франчайзи заинтересован в успешном выполнении этой своей обязанности. Для него критерий успеха — получение удовлетворяющей его прибыли от франшизного бизнеса, остающейся после расчетов с франчайзером и иными кредиторами (арендо- и лизингодателями, страховщиками и др.), а также после уплаты всех установленных законом налогов и сборов. Но удовлетворительный уровень прибыли может быть достигнут нескоро. Да и франчайзер может требовать от франчайзи большего, зная потенциальные возможности территории, закрепленной за франчайзи. Ведь прибыль франчайзера во многом зависит от товарооборота франчайзи. Вот почему в обязанностях франчайзи прямо сказано, что он должен достичь минимального товарооборота, т.е. такого объема продаж товаров или оказания услуг, который хотя бы в минимальной степени оправдывает затраты каждой из сторон.

Объем товарооборота (или иной обобщенный показатель эффективности работы франчайзи для неторговых разновидностей франчайзинга) обычно обосновывается франчайзером исходя из объективных социально-экономических условий закрепленной за франчайзи территории, численности, демографического состава и плотности населения, структуры, уровня и динамики потребительского спроса, конъюнктуры рынка и т.п. Важным критерием оценки предпринимательских способностей франчайзи служат также аналогичные показатели других франчайзи, работающих в сопоставимых условиях. Рассчитанный по такому критерию «минимальный» либо «обоснованно достаточный» объем товарооборота устанавливается для франчайзи в качестве ориентира, которого он обязан достичь не позднее определенного периода после заключения соглашения (например, двух лет) и затем регулярно подтверждать в течение каждого последующего календарного года до истечения срока действия соглашения.

В соглашении может быть предусмотрено условие, в соответствии с которым в случае недостижения франчайзи таких объемов (что расценивается как нарушение с его стороны своих обязанностей) франчайзер имеет право предпринять следующие действия: назначить собственный персонал для управления предприятием франчайзи с целью достижения требуемого объема продаж и с отнесением затрат на содержание назначенного франчайзером персонала на счет франчайзи, и/или произвести сокращение закрепленной за франчайзи территории пропорционально достигнутому им объему товарооборота. С этой последней целью в соглашение может быть введено условие, согласно которому франчайзер, решивший, что франчайзи не в состоянии максимально «плотно» охватить население или что закрепленная за франчайзи территория слишком велика и может обеспечить существование еще одной или даже нескольких новых франшизных точек, вправе предложить франчайзи открыть такую дополнительную точку или точки. Если франчайзи не в состоянии или не желает идти на это, франчайзер сохраняет за собой право в одностороннем порядке и вопреки воле франчайзи сократить закрепленную за последним территорию таким образом, чтобы иметь возможность предоставить исключительные права на изытую у франчайзи часть территории новому франчайзи.

При всем, казалось бы, объективном характере исходных данных, используемых франчайзером для определения показателя эффективности работы франчайзи, не всегда представляется возможным реально и обоснованно установить такой показатель. И самому франчайзеру такая объективность может быть не нужна, если он стремится побольше «выжать» из франчайзи, не считаясь с возможностями его территории. Поэтому требуемые от франчайзи усилия по продаже товаров или оказанию услуг не всегда гарантируют его от предвзятого отношения со стороны недобросовестного франчайзера. Названные выше санкции нередко служат мощным средством оказания давления на франчайзи с целью полностью подчинить его воле франчайзера либо заставить отказаться от каких-либо требований к франчайзеру.

Наконец, у франчайзера есть право на применение крайней меры к неэффективному франчайзи — одностороннее досрочное расторжение соглашения.

Общей для всех видов и типов франчайзинга (и существенным условием франшизного соглашения) является обязанность франчайзи соблюдать все установленные франчайзером стандарты качества, в том числе стандартные методы и стиль бизнеса, изложенные в руководствах, инструкциях и наставлениях франчайзера, поддерживать в хорошем состоянии и должным образом оформленными производственные

и иные франшизные помещения, обеспечивать комплектность и исправность оборудования, а также установленную франчайзером минимальную численность персонала. В соглашении может быть записана обязанность франчайзи создать «домашнюю обстановку» на предприятии.

Такой же общей для всех видов франчайзинга является обязанность франчайзи применять коммерческие и иные предпринимательские методы франчайзера, учитывая их постоянное обновление франчайзером, а также использовать полученные по лицензии права интеллектуальной собственности. Этический кодекс ЕФФ требует от франчайзи выполнения и некоторых «встречных» обязанностей, в частности, снабжения франчайзера достоверными оперативными данными, чтобы облегчить ему выработку определенных направлений действий и уяснения франчайзером финансового состояния, необходимых для эффективного руководства франшизной сетью.

На франчайзи обычно возлагается и обязанность по страхованию всех видов рисков, связанных с его франшизной деятельностью.

Ряд обязанностей франчайзи, связанных с использованием интеллектуальной собственности франчайзера, имеет диспозитивный характер. Иными словами, они могут быть включены в соглашение по усмотрению сторон. Так, франчайзи может быть обязан предоставлять франчайзеру подробное изложение всех собственных усовершенствований методов, программ или товаров, описанных франчайзером в руководстве или наставлении по ведению бизнеса, и признавать за франчайзером право вносить любые подобные усовершенствования в руководство или наставление по ведению бизнеса с тем, чтобы сам франчайзер и другие франчайзи — участники франшизной сети получали от этого выгоду. Таким образом, в соглашении может быть предусмотрено условие, согласно которому собственные производственные, технологические, маркетинговые наработки и достижения франчайзи должны становиться общим достоянием франшизной сети.

В обязанность франчайзи может быть также вменено сообщать франчайзеру о любых нарушениях его прав интеллектуальной собственности, а также содействовать франчайзеру в предъявлении судебных исков к нарушителям, включая право самого франчайзи предъявлять такие иски. Однако реально реализовать право на предъявление иска франчайзи может только в том случае, если он сам является обладателем исключительной лицензии на пользование интеллектуальной собственностью франчайзера.

Обязанности франчайзера обеспечить подготовительное и текущее обучение и тренировку франчайзи и его персонала соответствуют

обязанности самого франчайзи организовать такое обучение. В соглашение могут быть включены условия, согласно которым франчайзи обязуется не приступать к осуществлению франшизных операций до тех пор, пока он сам и весь его управленческий персонал и наемные служащие не освоят соответствующих учебных программ и не будут признаны франчайзером достаточно подготовленными к ведению таких операций. Если в соглашении не предусмотрено иное, франчайзи обязан выделить помещение для проведения учебы и отводить время для тренировок служащих непосредственно на их рабочих местах.

Такой же порядок обучения обязателен для вновь принимаемых служащих франчайзи. Франчайзи обязан своевременно уведомлять франчайзера о приеме на работу новых служащих и допустить их к исполнению обязанностей только после того, как они прошли установленный курс обучения и получили одобрение франчайзера. Подобные требования к франчайзи касаются не только начального, подготовительного курса обучения, но и постоянно действующих в течение всего периода франшизного соглашения программ повышения квалификации персонала и служащих франчайзи.

Обязанность франчайзи указывать свой статус в качестве независимого предпринимателя на практике означает, что от него требуется помещать на всех исходящих от него документах текст, поясняющий, что он (франчайзи) приобрел у франчайзера лицензию на право осуществлять предпринимательскую деятельность и не является ни агентом, ни дочерним предприятием франчайзера и никаким иным его структурным подразделением. Смысл этого требования к франчайзи ясен. Третьи лица (прежде всего потребители, клиенты, заказчики франчайзи) *должны знать, что они вступают в отношения не с оригинальным обладателем фирменного наименования и/или торговой марки и не с первоначальным изготовителем франшизных товаров или услуг (франчайзером), а с независимым от него в юридическом и финансовом отношении предпринимателем, несущим самостоятельную ответственность по своим обязательствам.* Поэтому именно к франчайзи должны в первую очередь адресовать свои претензии потребители в случае нарушения своих прав.

В то же время законодательство требует, чтобы обозначение самостоятельного статуса франчайзи не нарушало идентичности франшизной сети (т.е. восприятия ее потребителями, клиентами, заказчиками как единой общности, олицетворяемой франчайзером), складывающейся, в частности, в результате принятия ею на себя общего Фирменного наименования, торговой вывески, а также унификации оформления операционных помещений и/или транспортных средств.

Смысл этого требования тоже понятен: франчайзи обязан нести самостоятельную ответственность, но при этом у потребителя не должно разрушаться представление о едином фирменном облике франшизной сети и идентичности предлагаемых ею фирменных товаров и услуг

Положение о поддержании «общего единства и репутации» франшизной сети сформулировано и в законодательстве, и в судебных решениях по франшизным делам. Оно служит важнейшим критерием законности требований, предъявляемых франчайзером к франчайзи. Целый ряд требований франчайзера к франчайзи, которые однозначно рассматриваются законодательством как нарушение свободы конкуренции, не влекут за собой ответственности франчайзера, если он сумеет доказать, что они имеют целью поддержание «общего единства и репутации» франшизной сети, необходимых для защиты прав франчайзера на его промышленную и интеллектуальную собственность.

Так, приводившееся выше положение Регламента КЕС № 4087/88, объявляющее незаконным отказ франчайзера назначить в качестве одобренных поставщиков франчайзи лиц, предложенных самим франчайзи, рассматривается как законный, если такой отказ вызван угрозой того, что предложение франчайзи может привести к нарушению прав франчайзера на его промышленную и интеллектуальную собственность либо повредить общности и репутации франшизной сети. И даже обязанность франчайзи указывать свой статус как независимого предпринимателя должна выполняться им «любыми доступными способами, которые не ставят под угрозу общее единство франшизной сети». В других случаях в Регламенте № 4087/88 говорится, что создание «препятствий для франчайзи» со стороны франчайзера (которое, как указывалось выше, является незаконным) не должно трактоваться таким образом, чтобы оно могло нанести ущерб праву франчайзера требовать от франчайзи действий, которые необходимы для защиты прав и интересов франчайзера и, опять-таки, для поддержания «общности и репутации» франшизной сети.

Франчайзи обязан постоянно заботиться об укреплении репутации фирмы-франчайзера и франшизной сети, защищать ее торговую марку, которая, как говорится в одном из типовых франшизных соглашений, обладает высокой ценностью, о чем франчайзи должен всегда помнить. Задача франчайзи как доверенного лица франчайзера, говорится там же, заключается в том, чтобы вносить вклад в упрочение и расширение сферы действия торговой марки и фирменного наименования франчайзера.

В соглашение может быть включено условие, в соответствии с которым франчайзи обязуется обезопасить франчайзера от претензий

третьих сторон по поводу ведения предпринимательской деятельности или упущений, допускаемых франчайзи, а также от нарушения последним действующего законодательства.

§ 6. Ограничения прав сторон

Предоставляя франчайзи в том или ином наборе или объеме свои исключительные права, франчайзер «делится» ими с франчайзи. Тем самым он в определенной степени ограничивает свою свободу распоряжаться такими правами. Еще более ограничена свобода франчайзи, который является всего лишь временным пользователем таких прав. Конкретная степень ограничений прав сторон устанавливается во франшизном соглашении. Сферой действия ограничений является территория, закрепленная за каждым франчайзи.

Что касается франчайзера, то, согласно Регламенту № 4087/88 КЕС, в пределах такой территории он не может:

- предоставлять третьим лицам право пользования франшизой или частью франшизы;
- самому пользоваться франшизой или продавать товары либо оказывать услуги, являющиеся предметом франшизы;
- поставлять свои товары третьим лицам.

Смысл ограничений прав франчайзера понятен. Его обязанность заключается не только в том, чтобы подготовить выход франчайзи на местный рынок во всеоружии фирменных франшизных методов борьбы с конкурентами под защитой его имени и торговой марки, но и гарантировать франчайзи от собственной (франчайзера) конкуренции. Поэтому он обязывается не привлекать на территорию, закрепленную за франчайзи, новых участников франшизной деятельности, не продавать на этой территории товары и не предоставлять услуги, составляющие предмет франшизы.

Ограничения, налагаемые на франчайзи, более существенны. Предоставленными ему франчайзером исключительными и иными правами он может пользоваться только;

- в пределах закрепленной за ним по соглашению территории;
- для осуществления того вида деятельности, который указан в соглашении;
- по месту нахождения торговой или сервисной точки франчайзи*
- в течение срока действия соглашения;

- под фирменным наименованием и торговой маркой франчайзера,
- в соответствии с указаниями франчайзера, изложенными в руководствах, наставлениях или инструкциях по ведению бизнеса, предназначенных для франчайзи

Перечисленные ограничительные обязательства сторон франшизного соглашения формулируются в диспозитивном порядке. Таким образом, они не являются обязательными условиями соглашения. А Постановление № 436 ФТК США вообще не упоминает об ограничениях сторон, если не считать положения о том, что франчайзи вправе действовать не иначе, как под фирменным наименованием и торговой маркой франчайзера. На практике, однако, все или почти все из указанных ограничений прав сторон в соглашении присутствуют постоянно, а франчайзинг типа БФФ без них просто не работает.

Будучи огражден на закрепленной за ним территории от конкуренции со стороны франчайзера, франчайзи в свою очередь обязуется не приобретать и не продавать на этой территории иные товары, чем те, которые поставляет ему франчайзер или указанные (либо одобренные) франчайзером лица, а также вообще любые товары, способные конкурировать с товарами франчайзи. В Регламенте КЕС № 4087/88 эта норма дополняется положением, касающимся сервисного франчайзинга. Положение распространяет запрет для франчайзи приобретать конкурирующие товары, которые ему требуются в процессе оказания услуг клиентам. Следовательно, материалы и продукцию, необходимые для оказания услуги, франчайзи должен приобретать тоже только у франчайзера или указанных им лиц. Запрет не распространяется на запасные части и аксессуары, если оказание услуги невозможно без их использования самим франчайзи или для предоставления клиенту. Из этого следует, что франчайзи вправе либо самостоятельно изготавливать запасные части и аксессуары (например, по лицензии франчайзера), либо приобретать их у третьих лиц по собственному усмотрению вне рамок франшизных отношений. Но при этом качество приобретаемых запасных частей и аксессуаров, как и самой услуги, должны полностью соответствовать фирменным стандартам франчайзера.

Франчайзи обязан также воздерживаться за пределами закрепленной за ним франшизной территории от поиска покупателей или клиентов для товаров или услуг, являющихся предметом франшизы. Тем самым франчайзи обязывается не конкурировать с другими франчайзи своей франшизной сети и получает гарантии от конкуренции с их стороны.

В более широком плане франчайзи принимает на себя обязательство не участвовать ни прямо, ни косвенно ни в какой предпринимательской деятельности на территории, где он может составить конкуренцию франчайзеру. Важно отметить, что это обязательство франчайзи сохраняет силу в течение определенного, установленного Б соглашении срока и после прекращения его действия. Об этом ограничении прав франчайзи будет сказано ниже.

К этим общим положениям об отказе франчайзи от конкуренции на договорной территории Регламент КЕС № 4087/88 добавляет обязательство франчайзи не приобретать финансовых участия в капитале конкурирующего с франчайзером предприятия, которые дали бы франчайзи возможность влиять на экономическое поведение такого предприятия. По логике, франчайзи вправе приобретать доли участия в капитале предприятия-конкурента франчайзера, если такие доли не дают ему возможности обратить конкурентный потенциал предприятия против своего франчайзера.

Ограничительные территориальные обязательства распространяются и на субфранчайзера, который, если на то имеется согласие франчайзера, вправе заключать субфраншизные соглашения только в пределах территории, которая закреплена за ним по основному франшизному соглашению. Но, если в соглашении содержится условие, которое, напротив, вменяет в обязанность франчайзи подбор подходящих лиц и заключение с ними субфраншизных соглашений, то эту свою обязанность франчайзи выполняет тоже в пределах своей договорной территории.

Вместе с тем территориальные ограничения не являются специфическим признаком франшизного соглашения. Они, как отмечалось, свойственны и другим разновидностям т.н. эксклюзивных договоров, предметом которых является предоставление одним лицом и использование другим лицом исключительных прав на торговую марку и/или фирменное наименование.

В связи с территориальными ограничениями франчайзи возникает вопрос: имеет ли он в принципе право заниматься на этой территории какой-либо иной предпринимательской деятельностью помимо франшизной. Как явствует из приведенных положений законодательства, пределы действий франчайзи определяются рамками предоставляемых ему по соглашению прав. А за такими рамками? Очевидно, в принципе франчайзи вправе заниматься наряду с франшизной любой иной коммерческой деятельностью при условии, что он при этом не конкурирует с франчайзером. Другое дело, что практически трудно представить, каким образом франчайзи, в особенности индивидуальный

предприниматель, зачастую занятый высоко специализированным торговым или сервисным франшизным бизнесом в специально оборудованном для этого месте и вложивший в такое оборудование, в свое обучение, в аренду или покупку франшизной точки все свои средства, сможет заниматься какой-либо не предусмотренной франшизным соглашением предпринимательской деятельностью БФФ — наиболее типичная разновидность франчайзинга, исключающего (по соглашению) для франчайзи возможность отправлять иную профессию или совершать иной род предпринимательских действий

Тем не менее и в таких условиях возможны отдельные отступления от ограничений, налагаемых на франчайзи. Достаточно привести пример освобождения франчайзи от обязанности приобретать только у франчайзера некоторые материалы и аксессуары, необходимые для оказания услуг А в случаях, когда франчайзи получает от франчайзера не неисключительную (простую) лицензию, говорить об ограничениях вообще неуместно, настолько они невелики в силу узости самих франшизных отношений сторон. Неубедительна даже их франшизная природа.

Уместно отметить в этой связи, что в специальной литературе встречаются попытки разделить франчайзинг на два вида: эксклюзивный и не эксклюзивный. Один из зарубежных авторов называет первый из них «собственно» франчайзингом, тогда как второй — «не совсем» франчайзингом, в котором присутствуют лишь отдельные элементы франшизных отношений.¹²⁸ Эта вторая разновидность франшизной деятельности, осуществляемая по неисключительной лицензии, дает франчайзи право торговать помимо франшизных любыми другими товарами любых третьих лиц при неизменном условии, что они не составляют конкуренцию франшизным товарам. Это последнее условие и есть тот самый «элемент», который позволяет возвести обычную торговлю товарами под чужой торговой маркой до уровня франчайзинга, хотя и с оговоркой, что это «не совсем» франчайзинг. Ведь даже если традиционная коммерческая концессия, основанная как никак на использовании концессионером исключительных (эксклюзивных) прав концедента, с большой натяжкой может быть отнесена к франчайзингу в его современной трактовке, то причислять к нему простое право на торговлю, как представляется, вообще нет оснований. Даже с оговоркой «не совсем».

В собственной торговле франчайзи с потребителями, покупателями, заказчиками франчайзи, как отмечалось, не может конкурировать с дру-

¹²⁸ Baldi R. Указоч е П9

гими франчайзи своей франшизной сети, в частности, переносить свои торговые или сервисные операции на территории других франчайзи своей сети. В то же время он не может быть лишен права обслуживать любых лиц, в том числе и тех, которые, возможно, проживают или работают на территориях других франчайзи его франшизной сети, если такие лица обратились к нему за покупкой или услугой (например, посетив его магазин, мастерскую, ателье либо место его выездной торговли, передвижных услуг и т.п.). Попытка препятствовать франчайзи в обслуживании таких потребителей или клиентов незаконна не только с позиции свободы конкуренции, но и в более широком смысле — с позиции прав человека. Таким образом, отсутствие конкуренции внутри франшизной сети не препятствует каждому из франчайзи привлекать «посторонних» покупателей и клиентов, предлагая им более благоприятные, чем у других франчайзи, условия торговли или сервиса.

К территориальным ограничениям франчайзи условно можно отнести и обязанность, как ее формулирует, например, Регламент КЕС № 4087/88, «эксплуатировать франшизу только из помещений, указанных в соглашении». Иными словами, даже в границах закрепленной за ним территории франчайзи лишен возможности менять свое местоположение, перемещать производственные операции, вести выносную торговлю, выезжать к клиентам и прибегать к т.п. действиям, если они не предусмотрены в соглашении.

Возможно, такие ограничения способны в определенной степени сковывать предпринимательскую инициативу франчайзи. Но, с другой стороны, они могут быть оправданы весьма доказательными аргументами франчайзера: жесткие требования к качеству фирменных товаров и обслуживания требуют проведения торговых или сервисных операций только в специально подготовленных и оборудованных для этих целей сооружениях или помещениях; самовольное перемещение франчайзи может спровоцировать отток к нему потребителей и клиентуры от других франчайзи; подобное перемещение неизбежно породит осложнения с многочисленными государственными и местными контрольными органами (экологическими, санитарными, противопожарными, землеустроительными и др.); наконец, франчайзер, указавший франчайзи место его постоянного расположения, имеет собственную точку зрения в отношении его оптимального характера.

Ограничения прав франчайзи не распространяются на одну из важнейших сфер франшизных отношений - установление цен и тарифов на товары и услуги, которые франчайзи продает или оказывает своим потребителям и клиентам. Как всякий независимый предприниматель франчайзи самостоятельно назначает такие цены и тарифы.

Франчайзеру запрещено прямо или косвенно указывать нижние или верхние пределы цен и тарифов. Нарушение этого запрета приравнивается к действиям, направленным на достижение картельного соглашения или сговора с целью установления монопольных цен на рынке и незаконных способов борьбы с конкурентами. Вместе с тем франчайзер совсем не отстраняется от процесса определения цен и тарифов, результаты которого способны оказывать существенное воздействие на общие итоги его франшизной деятельности. Законодательство и договорная практика идут по пути предоставления франчайзеру права рекомендовать франчайзи придерживаться тех или иных цен и тарифов, а также изменять их в соответствии с изменениями рыночной конъюнктуры или иными обстоятельствами.

Одна из существенных особенностей ограничений прав франчайзи по франшизному соглашению заключается в том, что определенная часть таких ограничений сохраняет свою силу и после прекращения действия соглашения. Помимо требования к франчайзи немедленно прекратить в этом случае пользование средствами индивидуализации франчайзера (фирменным наименованием, торговой маркой и др.) и вернуть все предоставленные ему франчайзером лицензии и иные правоудостоверяющие документы, а также руководства, инструкции (не снимая с них копий), другие печатные материалы франчайзера, бланки с фирменными грифами, телефонные справочники франчайзера, списки клиентуры франчайзи и т.п. задокументированные свидетельства интеллектуальной собственности франчайзера, в соглашение, как правило, включается условие, согласно которому франчайзи обязывается в течение указанного в соглашении периода времени ни прямо, ни косвенно не вести на бывшей франшизной территории того вида деятельности, который он осуществлял по соглашению. Такой период в разных странах и для разных видов франчайзинга обычно устанавливается в диапазоне от 6 месяцев до 2 лет.

Последоговорные ограничения бывшего франчайзи призваны защитить права интеллектуальной собственности франчайзера, и, в частности, ноу-хау, которым овладел франчайзи, от незаконного использования как им самим, так и третьими лицами, которым франчайзи мог бы передать ноу-хау, не будь он связан подобными последоговорными ограничительными обязательствами. На практике, однако, такие ограничения нередко парализуют последующую предпринимательскую деятельность франчайзи из-за их неоправданной широты, жесткости или продолжительности действия. Вот почему они являются одним из крупных источников конфликтных ситуаций в отношениях франчайзинга. Регулирование таких конфликтов частично

разрешается на основе норм общего гражданского или договорного законодательства, частично - антимонопольного законодательства

В гражданско-договорном законодательстве условия о последогovorных ограничениях сторон (или одной из них) в принципе признаются законными и находят применение не только во франшизных соглашениях. Применительно к франчайзингу, однако, в соответствии с распространенным суждением, такие ограничения не должны нести несоразмерной угрозы экономическому выживанию франчайзи. В германском праве, например, ограничительные последогovorные условия, если они расценены как чрезмерно притеснительные для франчайзи (или «удушающие»), могут быть признаны противоречащими общему принципу «добрых нравов» и на основании ст. 138 Гражданского кодекса ФРГ объявлены ничтожными. По итальянскому праву, последогovorный запрет для франчайзи поддерживать отношения с конкурентами франчайзера может быть признан законным только в том случае, если он четко соответствует ограничениям по форме, территории и времени, допускаемым ст. 2596 Гражданского кодекса Италии¹²⁹

Что касается антимонопольного законодательства, то, согласно, например, Регламенту № 4087/88 КЕС, признаются противоречащими антимонопольным статьям Римского договора те франшизные соглашения, по которым франчайзер препятствует бывшему франчайзи использовать после прекращения действия соглашения предоставленное франчайзи ноу-хау, которое к этому моменту уже стало общеизвестным или легкодоступным. Такое препятствование рассматривается как нарушение свободы конкуренции, если только не установлено, что франчайзи допустил утрату секретности ноу-хау в результате нарушения им своих обязательств по соглашению. Из этого следует, что франчайзи обязан сохранять секретность ноу-хау и после прекращения действия соглашения в течение установленного в нем срока. Нарушение этого условия дает франчайзеру право требовать от франчайзи в течение такого срока возмещения причиненного ущерба в результате нарушения прав интеллектуальной собственности франчайзера.

Обобщение законодательства, судебных решений и правовой теории показывает, что в отношениях франчайзинга встречается целый ряд ограничений сторон, которые не могут быть признаны законными, т.к. противоречат законодательству об ограничительной торговой практике и антимонопольному законодательству. Так, франчайзер не вправе препятствовать франчайзи приобретать у других франчайзи сети товары, предусмотренные соглашением. Там, где такие товары

¹²⁹ *BaldiR* Указоч С 141-142

распределяются еще и через сеть разрешенных франчайзером дистрибьюторов, франчайзи должен быть свободен приобретать товары у таких дистрибьюторов. Смысл этих требований сводится, по-видимому, к следующему: если франчайзи удобнее или выгоднее приобретать франшизные товары не у франчайзера непосредственно (который может быть расположен далеко и неудобно для франчайзи), а у других франчайзи или у оптовых дистрибьюторов франчайзера, то последний не должен препятствовать франчайзи приобретать товары у таких лиц.

В случае, если франчайзер обязывает франчайзи предоставлять гарантию на товары франчайзера, это обязательство должно применяться и в отношении таких же товаров, поставляемых любым членом франшизной сети или другими дистрибьюторами на общем рынке, которые предоставляют ту же гарантию.

Не признается законным франшизное соглашение, по которому во франшизной сети функционирует либо в нее допускается еще одно предприятие, производящее продукцию или оказывающее услуги, идентичные (либо рассматриваемые потребителями как идентичные) по своим характеристикам, цене или назначению тем, которые производит или оказывает франчайзер. Иными словами, законодатель и суды не допускают образования франшизной сети, в которую входят более одного франчайзера — производителя одинаковых товаров и услуг. Ибо это будет уже не франшизная сеть, а соглашение о разделе рынка между двумя или более изготовителями продукции. В принципе во франшизной сети может быть сколько угодно изготовителей идентичных товаров или производителей услуг, но франчайзер (правообладатель) всегда должен быть только один.

Не рассматривается как законное франшизное соглашение, по которому франчайзи обязывается продавать или использовать в процессе оказания услуг товары, произведенные третьими сторонами, назначенными франчайзером, и при этом последний отказывается по иным причинам, чем защита прав промышленной или интеллектуальной собственности или сохранение общности и репутации франшизной сети, назначить в качестве разрешенных изготовителей товаров третьей стороны, предложенные со стороны франчайзи. Таким образом, франчайзер, назначая третьей стороны в качестве изготовителей товаров для франчайзи, обязан доказать, что такое назначение необходимо для защиты своих прав промышленной и интеллектуальной собственности или для поддержания общности и репутации франшизной сети. Если он не смог этого доказать, то франчайзи вправе потребовать назначения таких изготовителей по своему (франчайзи) выбору.

Не может считаться законным соглашение, по которому франчайзер запрещает франчайзи оспаривать действительность прав франчайзера на его интеллектуальную собственность. Но при этом право франчайзи на такое оспаривание не должно ограничивать возможности франчайзера прекращать в подобных случаях франшизное соглашение. Противозаконно также требование франчайзера, обязывающее франчайзи не поставлять франшизные товары или услуги конечным потребителям по причине места их жительства. Это значит, что франчайзер не вправе ограничивать клиентуру франчайзи только теми лицами, которые проживают или иным образом связаны с франшизной территорией. Франчайзи обязан обслужить любое обратившееся к нему лицо, но только в пределах закрепленной за ним франшизной территории.

Некоторые из таких ограничений сторон франшизного соглашения либо, напротив, запретов на ограничения, связанные с требованиями антимонопольного законодательства, действуют уже в международном масштабе. Так, Комиссия Европейского союза (КЕС) может лишить выгод, предоставленных по Регламенту № 4087/88, если обнаруживает, что в определенном случае соглашение, изъятное по Регламенту из антимонопольных положений ст. 81(1) Римского договора, оказывает тем не менее такое воздействие на рынок, которое несовместимо с условиями, изложенными в ст. 81 (3) того же Римского договора, и в частности, в случае, когда франчайзи получает по соглашению территориальную защиту, но при этом:

а) доступ к соответствующему рынку или конкуренция на нем значительно ограничены совокупным воздействием параллельных сетей подобных же франшизных соглашений, заключенных изготовителями товаров или дистрибьюторами;

б) товары или услуги, являющиеся предметом франшизы, не сталкиваются на существенной части общего рынка с эффективной конкуренцией со стороны идентичных товаров или услуг в отношении их характеристик, цены и намечаемого использования;

в) франчайзи предпринимают согласованную практику в отношении продажных цен на товары или услуги, являющиеся предметом франшизы;

г) франчайзер использует свое право проверять договорные помещения или транспортные средства либо отвечает отказом на просьбы франчайзи переместить договорные помещения или передать свои права и обязательства по франшизному договору по иным причинам, чем защита прав интеллектуальной собственности франчайзера, поддержание общности и репутации франшизной сети или

стремление проверить, еледует ли франчайзи принятым на себя обязательствам по договору

Как уже говорилось, КЕС не обладает криминальной юрисдикцией при обнаружении ею нарушения антимонопольного законодательства (например, в случае создания картельных соглашений) В таких случаях она может налагать существенные штрафы Судебной юрисдикцией в отношении нарушений антимонопольного законодательства обладает Суд Европейского союза Но и КЕС, и Европейский суд рассматривают только те франшизные дела, которые имеют межгосударственный характер, перерастают рамки государственных границ Вопросы внутригосударственных франшизных отношений решаются национальным законодательством стран-членов Союза и национальными судами

§ 7, Платежи франчайзи франчайзеру

Франчайзинг - предпринимательский договор, стороны которого действуют с целью извлечения прибыли Франчайзи обязан возместить франчайзеру стоимость предоставленной ему франшизы Эта обязанность франчайзи в разной форме, но безусловно и однозначно возлагается на него законодательством Так, в Регламенте № 4087/88 КЕС говорится, что франшиза предоставляется франчайзи «в обмен на прямое или косвенное встречное удовлетворение» Постановление Федеральной торговой комиссии США № 436 вменяет в обязанность франчайзи «произвести оплату франчайзера» Калифорнийский закон о франчайзинге, послуживший прототипом десятков аналогичных законодательных актов в штатах США, устанавливает, что «франчайзи обязан прямо или косвенно уплатить компенсацию франчайзеру» Но за исключением нормы, требующей от франчайзи уплатить франчайзеру по меньшей мере 500 долл США в первые 6 месяцев своей договорной деятельности, нигде более в законодательстве не дается никаких разъяснений в отношении видов, форм, порядка расчетов франчайзи с франчайзером

Между тем обязанность франчайзи по оплате предоставленных ему франчайзером прав и услуг, равно как порядок, виды и формы платежей являются «обязательными элементами» (существенными условиями) франшизного соглашения Решение этих вопросов предоставляется полностью на усмотрение сторон, которые согласовывают их, исходя из конкретных обстоятельств соглашения и взаимных интересов Обобщение франшизной практики позволяет классифицировать нередко многообразные платежи франчайзи по определенным

категориям и установить, что они бывают: 1) разовые (единовременные) и текущие (регулярные); 2) фиксированные (твердые) и переменные (нефиксированные); 3) прямые и косвенные; 4) уплачиваемые в течение договорного периода и после его окончания; 5) специфически франшизные и «нефраншизные». Разнятся такие платежи и по своему экономическому происхождению и содержанию.

К разовым, единовременным, платежам франчайзи обычно относится т.н. вступительный (начальный, «стартовый») взнос, который он выплачивает в оговоренный срок после заключения соглашения, а также иногда после возобновления соглашения. Назначение начального взноса разъясняется по-разному: и как возмещение преддоговорных расходов франчайзера, и как своеобразная плата франчайзи за право заключить соглашение с франчайзером, и как компенсация первоначальных затрат франчайзера на подготовку франчайзи к франшизной деятельности.

Преддоговорные расходы франчайзера обычно связаны с подбором франчайзи, оформлением документов, регистрацией прав и т.п. действиями франчайзера. Начальные последодоговорные расходы франчайзера включают подбор франшизной территории для франчайзи в соответствии с требованиями местного землеустроительного законодательства, выбор места расположения и, если необходимо, то строительство, в том числе «под ключ», франшизного заведения, привязку его на местности, опять-таки, с преодолением проблем, связанных с ограничениями местного законодательства, оказание помощи и услуг в планировке и оснащении производственных, подсобных и складских помещений, выборе необходимого оборудования и инвентаря, организации транспорта, подборе стандартной минимальной номенклатуры товаров, первоначальной подготовке и обучении самого франчайзи и его персонала, содействие в проведении лизинговых и арендных операций, помощь в «запуске» заведения.

В некоторых случаях франчайзи выплачивает единый первоначальный взнос, в других — франчайзеры дробят его в зависимости от вида услуг: за предварительное обучение, за выбор места, за выделенную территорию и т.д. Чтобы облегчить франчайзи первоначальное финансовое бремя и повысить конкуренцию среди претендентов на участие во Франшизной сети, франчайзер иногда отходит от принципа единовременноеTM вступительного взноса, разрешая франчайзи оплатить его в Два приема. В то же время у франчайзера всегда есть средство побудить Франчайзи полностью выплатить вступительный взнос: франчайзи вправе открыть свое заведение только после полной оплаты взноса. А неработающее заведение — это омертвленный капитал франчайзи.

Состав первоначальных расходов франчайзера, подлежащих возмещению в форме начального взноса франчайзи, во многом зависит от вида франчайзинга (торговый, сервисный, производственный). Но независимо от вида франчайзинга начальный взнос, как отмечается в литературе, в среднем составляет 5—10% общей стоимости франшизы. В Великобритании, например, при средней стоимости франшизы 50—60 тыс фунтов стерлингов (70—85 тыс долларов США) начальный взнос франчайзи в типичном случае равен сумме от 2500 до 6000 фунтов стерлингов¹³⁰. В США размеры вступительного взноса в целом выше, а суммы первоначального капитала, необходимого франчайзи для такого взноса и открытия франшизного «дела», колеблются в очень широких пределах — от нескольких тысяч до нескольких сот тысяч долларов (в зависимости от вида франшизного заведения)¹³¹. Разумеется, все эти суммы включают в себя не только стоимость франшизы, но и разного рода надбавки, составляющие предпринимательскую прибыль франчайзера.

Основной вид платежей франчайзи франчайзеру — текущие или регулярные. Это одновременно и основной источник поступлений франчайзера от его франшизной деятельности. Текущие платежи тоже дифференцируются в зависимости от вида прав или услуг, предоставляемых франчайзером франчайзи. Один из видов таких платежей — за пользование интеллектуальной собственностью франчайзера. Другой — за повседневную помощь в управлении заведением, в планировании и организации повседневных операций. Третий — за регулярное повышение квалификации персонала, исследования местного рынка, состояния товарных потоков, помощь в ведении учета, отчетности, аудита, компьютерные, консалтинговые, рекламные и иные услуги, контроль качества товаров, помощь в организации посылочной торговли и другие операции по содействию и помощи франчайзи. По некоторым оценкам, общая сумма по всем видам таких платежей составляет примерно 6,5% валового дохода франчайзи без учета его расходов на рекламу¹³⁷.

Очень часто всю совокупность таких текущих платежей обозначают термином «роялти» (royalty), придавая ему обобщенный, собирательный характер вознаграждения франчайзера за предоставленное им право заниматься франшизным бизнесом в течение истекшего календарного периода (недели, месяца и т.п.). В действительности роялти — это плата за право пользования объектами интеллектуальной собственности франчайзера (а в еще более узком, первоначальном

¹³⁰ Мендельсон М. Указ соч., с 74

¹³¹ Hadfield GK. Указ соч., с 935

¹³² Мендельсон М. Указ соч., с 78

значении роялти – это термин авторского права), т.е. плата за предоставленные лицензии.

Иногда взамен термина «роялти» (или наряду с ним) говорят о «плате за управление» (management fees), подразумевая, опять-таки, всю совокупность платежей, получаемых франчайзером за оказываемые им франчайзи услуги. Каким бы образом ни именовались такие платежи и сколь бы многообразны они ни были, требование об их своевременной и полной выплате — одно из существенных условий франшизного соглашения, обычно сопровождаемое стандартной формулировкой о выплате «без вычетов и отлагательств»¹³³. Как правило, такие платежи устанавливаются в виде определенного процента от еженедельного или ежемесячного валового дохода франчайзи или процента от его товарооборота за тот же период. Реже франчайзер предпочитает получать платежи фиксированного размера или установленные на основе минимальной базы.

Другую группу текущих поступлений франчайзера образуют наценки на товары или материалы, отпускаемые франчайзером франчайзи для их последующей продажи или оказания услуг конечным потребителям или клиентам. Альтернативным видом таких поступлений могут быть процентные отчисления от продажи таких товаров или реализации услуг. К категории текущих поступлений франчайзера могут относиться комиссионные от одобренных им поставщиков товаров или материалов для своих франчайзи (либо скидки с цены на товары и материалы, которые при реализации их конечным потребителям предназначаются для франчайзера).

К специфическим франшизным платежам франчайзера относятся также регулярные отчисления на проведение рекламных мероприятий франшизной сети. Они вносятся сверх и помимо других франшизных платежей и могут рассчитываться и реализовываться несколькими способами. В одном случае от франчайзи требуется внести сумму, составляющую определенный процент от его валового дохода, примерно так же, как это делается в отношении других его регулярных платежей франчайзеру. Особенность этого метода заключается в том, что вместе с рекламными взносами самого франчайзера они централизуются в особом объединенном рекламном фонде всех франчайзи. Объединение средств на рекламу, как правило, дает больший эффект, чем разрозненные рекламные кампании отдельных франчайзи. В договорной практике франчайзинга средства рекламного фонда обычно хранятся обособленно, имеют целевой характер, а франчайзи

³³ Adams J N. No deduction or set-off clauses / The Modern law review, 1994. T 57, N 6, p. 960.

получает право проводить проверки и ревизии таких средств с помощью независимых ревизоров. Тем не менее франчайзер сохраняет реальный контроль над определением формы и содержания рекламы, а также над направлениями расходования средств фонда.

Другой способ состоит в том, что рекламные расходы закладываются франчайзером в сумму текущих платежей франчайзи, определенный процент от которых франчайзер обязуется тратить на рекламные цели. В этом случае рекламный взнос франчайзи не обозначается «отдельной строкой» в соглашении.

Наконец, возможен вариант, когда франчайзер берет полностью на себя рекламирование производимых им товаров. Но так или иначе бремя его расходов на рекламу частично перекладывается и на франчайзи — либо за счет повышения наценок на продаваемые им товары, либо через повышенную плату за лицензию, либо иным способом.

Иногда франчайзер решает, что целесообразнее сосредоточить рекламные мероприятия не на общенациональном или региональном, а на местном уровне. В этом случае он может потребовать от франчайзи выделения определенного, фиксированного процента от своего валового дохода на проведение собственных, локальных рекламных мероприятий. По некоторым оценкам, общие затраты франчайзи на рекламу, независимо от того, каким способом и на каком уровне они реализуются, составляют в среднем 1,3% валового дохода франчайзи¹³⁴.

Приведенный набор платежей франчайзи предусматривается далеко не в каждом франшизном соглашении. В принципе возможны варианты, когда расходы франчайзера могут быть компенсированы единовременным взносом франчайзи. Возможны и случаи, когда вступительный взнос вообще отсутствует, а франчайзи вносит только текущие платежи. Иногда франчайзер не считает необходимым рекламировать свою продукцию, и франчайзи освобождается от рекламных платежей. В преобладающей договорной практике, однако, все они имеют место и определенным образом комбинируются.

Наличие или отсутствие тех или иных видов платежей, их количественное соотношение, структура, порядок выплат — все эти вопросы определяются конкретными обстоятельствами соглашения. Поэтому они обычно детально оговариваются в соглашении, предусматривается и возможность их корректировки, как правило, по решению или с согласия франчайзера. В частности, франчайзер должен учитывать, что при нормальном течении предпринимательской деятельности франчайзи обычно достигает требуемого показателя эффективности

¹³⁴ Мендельсон М. Указ соч., с. 78.

(который, опять-таки, устанавливается франчайзером) через 2—3 года после ее начала Это обстоятельство в значительной степени способно определять тактику франчайзера при установлении ставок платежей и их графиков

На тактику франчайзера способны оказать влияние и другие факторы, например, требования антимонопольного законодательства к содержанию и способам осуществления рекламы Заметную роль играет и налоговое законодательство, которое, с позиции франчайзера, может быть в одних случаях благоприятным для него, в других — неблагоприятным Так, в ряде стран (Канада, Швейцария, Голландия и др) суммы, уплачиваемые франчайзеру за вещные элементы франшизы (оборудование, установки, приспособления и другие материальные, осязаемые предметы), предоставленные им франчайзи, часто облагаются налогом на прибыль А в США и некоторых других странах подобные платежи вычитаются из налогооблагаемой базы франчайзера либо освобождаются от налогов как амортизационные суммы Это обстоятельство заставляет франчайзера по-разному относиться не только к различным видам платежей, но и к элементам самой франшизы, за пользование которыми платит франчайзи, т е в конечном счете влияет на выбор вида франчайзинга в той или иной стране и в разных условиях

Предпринимательская прибыль франчайзера в принципе произвол на от предпринимательской прибыли франчайзи Любой другой вариант извлечения франчайзером прибыли (в частности, за счет работы франчайзи себе в убыток, т е за счет истощения его начальных капиталовложений) рано или поздно приводит стороны к конфликту и вероятному разрыву соглашения Вот почему платежи франчайзи не сводятся только к компенсации затрат франчайзера Прибегая к избирательной тактике в отношении таких платежей, варьируя их размеры, подбирая оптимальный график выплат, франчайзер сам может действовать повышению эффективности франчайзи

Выплата франчайзеру платежей возможна и после прекращения франшизного соглашения Так, в соглашениях обычно предусматривается условие, согласно которому франчайзи обязывается уплатить Франчайзеру роялти за право пользования франшизой в период, прошедший между последним календарным платежом роялти и фактической датой прекращения соглашения

Некоторые виды текущих платежей франчайзи не имеют специфического франшизного характера Так, одним из источников таких платежей может служить имущество, арендованное или субарендованное им у франчайзера, равно как и оборудование или транспорт,

предоставленные франчайзером франчайзи по договору лизинга в рамках общего франшизного соглашения Франчайзер может также регулярно получать проценты по кредиту, который он предоставил франчайзи, либо страховые платежи, если он застраховал имущество франчайзи

§ 8. Контроль со стороны франчайзера

В механизме реализации франшизного соглашения определяющую роль играют контрольные полномочия франчайзера, которые он осуществляет над франчайзи в силу закона или по соглашению Контроль имеет два аспекта широкий и узкий

В широком смысле слова под контролем франчайзера над франчайзи понимается такой характер отношений сторон соглашения, который обеспечивает полное и безусловное следование франчайзи как общей предпринимательской системе франчайзера, так и его конкретным рыночным приемам и методам деятельности Как сформулировано в одном из реально заключенных франшизных соглашений в Великобритании, «франчайзи должен заниматься бизнесом таким образом, как это определено компанией-франчайзером в руководствах или иных предписаниях по управлению франшизным предприятием»¹³⁵ Иными словами, контроль в широком понимании — это непрерывное соотнесение и приведение в соответствие текущей и итоговой деятельности франчайзи с той, какой хочет видеть ее франчайзер или «как она была определена франчайзером»¹³⁶

Правовая теория объясняет наличие у франчайзера столь подавляющего преимущества за счет необычности, феноменальности, способа распределения между сторонами соглашения таких важнейших составляющих договорных отношений, как отношения собственности и контроля Какое же распределение следует считать «обычным», «нормальным»⁹ Один из теоретиков, в частности, полагает, что, если следовать классическому правилу, согласно которому контроль в конечном счете принадлежит собственнику, то из всего многообразия современных договорных форм можно выделить всего два наиболее типичных (хотя и глубоко различных) способа договорного распределения собственности и контроля между сторонами¹³⁷ Первый из них — по договору собственника с несобственником, по которому сторона-

¹³⁵ Стэнворт Дж, Смит Б Указ соч , с 89

¹³⁶ Там же, с 89

¹³⁷ HadfieldGK Указ соч С 931-932

собственник полностью контролирует действия другой стороны в отношении своей собственности. Наиболее наглядным примером такого договора может служить трудовой контракт, в соответствии с которым наниматель рабочей силы выступает одновременно и как собственник, и как контролирующая сторона, определяющая порядок и способы договорного поведения другой стороны.

Ко второму, противоположному полюсу договорных форм теории относят договор двух «полноценных» собственников, являющий собой совершенно иной тип распределения имущественных прав и контроля между сторонами. Например, в договоре купли-продажи происходит разделение или, вернее, обмен собственностью между сторонами (в виде взаимных имущественных прав и обязательств). Соответственно, между ними происходит эквивалентный раздел правомочий контроля, поскольку, обмениваясь имуществом, они определенным, согласованным способом определяют действия друг друга.

Конечно, в реальной договорной практике оба крайних образца распределения собственности и контроля далеко не всегда выражены столь отчетливо. Так, наниматель по современному трудовому контракту практически лишен возможности произвольно определять условия труда работника. Но и современные договоры двух собственников тоже могут отклоняться от «нормы», когда, например, одна их сторон участвует в договорных отношениях специфическим имуществом - «идеальной» собственностью, предоставляя другой стороне лицензию на ноу-хау и выступая консультантом в процессе использования ноу-хау.

Франчайзинг, как считает автор приведенной точки зрения Г. Хедфилд, совершенно очевидно располагается где-то между крайними флангами — трудовым контрактом и обычным имущественным договором предпринимателей-собственников. Учитывая, что правомочия франчайзера по организации и регламентации операций франчайзи практически неограниченны, можно, считает он, утверждать, что по критерию контроля франшизные отношения очень близки к отношениям найма¹³⁸. Добавим от себя, что такое мнение довольно широко распространено в правовой теории и нередко питается судебной практикой. В частности, в серии судебных решений в Германии и Дании, принятых в середине 90-х годов XX века, констатировалось, что условия рассматривавшихся конкретных франшизных соглашений были сформулированы в отношении франчайзи настолько жестко, что практически придавали последним статус наемных работников¹³⁹.

¹³⁸ *Hadfield a K.* Указ. соч., с. 932.

СтэнвортДж., Смит. Б. Указ.еоч., с. 127.

Но если подходить к франшизным отношениям «с другого края», а именно судить о них с позиции отношений собственности, то франчайзинг окажется гораздо ближе к модели договора независимых субъектов имущественных прав, причем именно франчайзи обычно выступает в таком договоре владельцем объекта собственности, который и служит решающим вещественным вкладом в итоговый результат франшизных отношений. Очень часто вклад франчайзера воплощается не более чем в общем замысле отношений, в их «дизайне» и, разумеется, в торговой марке, т.е. в основном в виде «неосязаемой», «идеальной» собственности, в том, что иногда именуют «организационным» капиталом. На практике франчайзер, действуя, с одной стороны, по модели, условно говоря, трудового контракта, т.е. организуя и направляя производственные операции франчайзи, с другой, получает возможность влиять на направления и способы распоряжения собственным имуществом франчайзи до такой степени, как если бы он состоял с ним в обычных имущественных договорных отношениях.

Таким образом, франчайзинг — это один их немногих, если не единственный из видов договорных отношений, при которых одна из сторон — франчайзи — представлена только своей собственностью, тогда как вторая — франчайзер — осуществляет только контрольные функции над первой стороной. И чем «чище» франчайзинг, т.е. чем больше он сводится к отношениям бизнес-формата, тем отчетливее должно проявляться у него разграничение и противопоставление двух ключевых элементов франшизных отношений: контроля — у франчайзера, собственности — у франчайзи¹⁴⁰. В других случаях, когда одна из сторон (особенно это относится к франчайзи) хотя бы частично соединяет в своем лице как собственнические, так и контрольные функции, речь уже не может идти не только о БФФ, но и зачастую о франчайзинге вообще. Свое замечание автор этой точки зрения адресует Министерству торговли США, относящему к франчайзингу некоторые розничные торговые звенья, которым поставщики поставляют товары под своей торговой маркой. Но такие звенья имеют собственные локальные торговые точки, которыми они управляют независимо от поставщиков, чью торговую марку имеют товары (в частности, они сами определяют местоположение точек, графики подвоза товаров к ним, методы рекламирования). Это — не франчайзинг, считает автор¹⁴¹.

Контроль франчайзера в собственном, узком смысле слова подразумевает его правомочия проверять, инспектировать, ревизовать или

¹⁴⁰ *Hadfield G K* Указ соч., с 932

¹⁴¹ Там же, с 933

иным образом удостоверяться в соответствии (или несоответствии) деятельности франчайзи условиям соглашения и установленным франчайзером правилам такой деятельности.

Только в немногих случаях законодательство и условия самих соглашений устанавливают, что виды и формы контроля, как и состав контролируемых объектов не должны выходить за пределы, определяемые законными интересами франчайзера и созданной им франшизной сети. Так, Регламент КЕС № 4087/88, требующий от франчайзи предоставлять франчайзеру возможность проводить проверки помещений, указанных в соглашении, и/или транспортных средств, включая продаваемые товары и оказываемые услуги, а также инвентарь и бухгалтерию франчайзи, устанавливает, что КЕС может отменить изъятие соглашения из антимонопольных положений ст. 81 Римского договора, если обнаружит, что франчайзер использует при этом свои права в иных целях.

Второй блок собственно контрольных правомочий франчайзера связан с проверкой текущих операций франчайзи. В соглашении обычно устанавливается, что по фиксированным календарным датам (например, раз в неделю) франчайзи направляет франчайзеру полный и точный отчет по форме, утвержденной франчайзером и изложенной в руководстве (наставлении, инструкции) по ведению бизнеса, в котором должны содержаться сведения о всех произведенных франчайзи продажах товаров или оказанных услугах за период, прошедший после последнего отчета франчайзи. В отчете могут также содержаться иные сведения о деятельности франчайзи за указанный период, а также о запасах товаров и материалов, о состоянии оборудования и т.п. Вид связи, которым должен пользоваться франчайзи, оговаривается в соглашении.

Еще одно направление контроля со стороны франчайзера касается учета и отчетности франчайзи. Требования, предъявляемые к франчайзи, обычно тоже приводятся в руководстве по бизнесу. Одно из требований заключается в том, что отчетность должна вестись по стандартной форме и в установленные франчайзером сроки представляться франчайзеру для проверки. Кроме того, от франчайзи может быть потребовано, чтобы он устраивал (например, раз в год) независимую аудиторскую проверку за свой счет в аудиторской фирме, указанной франчайзером. Представители франчайзера, как правило, могут проводить проверки отчетности франчайзи и на месте, требовать предъявления им любых финансовых документов (и снимать с них копии), но обязаны известить Франчайзи о своих намерениях не позже установленного в соглашении периода. Во многих случаях работники франчайзера сами ведут вместо

франчайзи его бухгалтерию, за что франчайзи уплачивает франчайзеру установленный в соглашении платеж

Еще одно направление собственно контроля — систематические или периодические проверки соблюдения франчайзи установленных франчайзером стандартов и качества продукции или услуг, стандартных приемов и методов ведения предпринимательских операций, которые обычно излагаются франчайзером в руководствах (наставлениях, рекомендациях) по франшизному бизнесу

Контроль франчайзера зачастую выходит за рамки собственно франшизных отношений, что еще более усиливает позиции франчайзера. Так, аренда, лизинг, страхование имущества со стороны франчайзи — не франшизные отношения, но они производны от франшизных отношений и прекращаются с завершением последних

Объектами аренды со стороны франчайзи часто являются земельный участок (или участки) под франшизными постройками, сами такие строения, а также вспомогательные, обслуживающие и тп сооружения. В роли арендодателя выступает чаще всего сам франчайзер. Так, анализ практики 15 крупнейших британских компаний-франчайзеров, действующих в разных сферах бизнеса, показал, что большинство из них сдает в аренду своим франчайзи необходимые коммерческие постройки и помещения. Нередко при этом в соглашение включается условие об обязательной аренде таких объектов только у франчайзера. При этом он может заново построить и оборудовать «под ключ» весь комплекс таких объектов для франчайзи, но может предоставить ему в аренду уже существующие объекты (например, ранее использовавшиеся предыдущими франчайзи). Наконец, франчайзер может оказать франчайзеру содействие в аренде необходимого недвижимого имущества у третьих лиц (в особенности это касается земельного участка). Не исключается и вариант, когда франчайзи может быть субарендатором у франчайзера.

Исследователи, склонные усматривать причины конфликтных ситуаций во франчайзинге прежде всего в действиях франчайзера, оценивают арендные отношения франчайзера и франчайзи как один из факторов (хотя и не основной, а побочный) дисциплинарного воздействия на франчайзи. Включенное во многие франшизные соглашения условие о том, что при расторжении соглашения франчайзи обязан «немедленно сдать франчайзеру действующий договор об аренде и освободить арендуемое помещение по месту своего расположения», по сути лишает его инвестиций, которые он вложил в улучшение арендованного имущества франчайзера. Обычно это — специальное оборудование и приспособления, которым в случае, если франчайзер их не купит или

не возобновит аренду, франчайзи не сможет найти применения в своей последующей деятельности. Именно поэтому некоторые исследователи рассматривают аренду как своеобразную форму «залогового обеспечения» франчайзера¹⁴². Особенно это характерно для высокотехнологичных (например, производственных) франшиз, поскольку львиная доля основного капитала франчайзи тратится на приобретение или аренду технологического оборудования, машин и механизмов.

В соглашении иногда прямо предусматривается, что франчайзи вправе приобретать оборудование, машины и механизмы только у своего франчайзера или у указанных им лиц. Вместе с тем цены, по которым франчайзи приобретает такую технику, должны примерно соответствовать рыночным. Франчайзи вправе приобретать оборудование, машины и механизмы у прочих третьих лиц только в том случае, если он получил на это предварительное согласие франчайзера.

В принципе таким же образом устанавливаются и отношения финансовой аренды (лизинга) между франчайзером и франчайзи, когда первый выступает в роли лизингодателя, а второй — в роли лизингополучателя. В зависимости от условий франшизного соглашения лизинговое оборудование, техника, средства транспорта (последние особенно важны при мобильных франшизах) остаются в собственности франчайзера либо переходят в собственность франчайзи.

Отношения аренды и лизинга характерны именно для франчайзинга, особенно для франчайзинга типа БФФ как наиболее широкого, комплексного вида договора. Такие отношения не характерны ни для наиболее близкого к франчайзингу по своей правовой природе лицензионного соглашения, ни тем более коммерческой концессии.

В соглашении может быть предусмотрено условие об обязательном страховании франчайзи производственных помещений и оборудования, которые он использует для франшизной деятельности, а также рисков франчайзера, связанных с возможными претензиями к франчайзеру, причиной которых может стать деятельность франчайзи по месту размещения таких помещений и оборудования. Страховка должна полностью покрывать такие риски. Франчайзер сам указывает франчайзи компанию-страховщика и обязывает франчайзи (путем включения в соглашение особого условия об этом) своевременно и полностью вносить страховые взносы.

В случаях, когда франчайзи предстоит выплачивать арендную плату, лизинговые платежи или страховые взносы, франчайзер обычно

*" *Dnes J. W. «Unfair» - contractual practices and hostages in franchise conflicts / Journal of institutional theoretical economics. Printed in Germany, 1992, p. 484.*

включает во франшизное соглашение условие, согласно которому ему принадлежит право контролировать своевременность и размеры таких платежей и взносов. Во многих случаях, как говорилось, франчайзер сам выступает в роли арендодателя или лизингодателя по отношению к франчайзи.

В случаях, когда франчайзи является юридическим лицом (акционерным обществом или компанией), франчайзер обычно резервирует за собой право контроля над изменением состава акционеров и директоров компании-франчайзи. Такие изменения проводятся, как правило, с согласия франчайзера.

Доминирование франчайзера усугубляется экономической неравновесностью сторон франшизного соглашения. Вообще говоря, ситуация, когда контрагентом крупной и мощной коммерческой организации (нередко транснациональной корпорации) выступает мелкий, особенно индивидуальный предприниматель, достаточно распространена в договорной практике. Понятно, что финансовые, рыночные, судебные процессуальные и иные возможности таких сторон несоизмеримы. Поэтому одним из основных направлений современного правового регулирования договорных отношений становится создание специальных противовесов в пользу более слабой стороны, а именно, введение правил страхования, особой компенсации пострадавшим от работодателя, норм, запрещающих оговорки об освобождении от ответственности по договору, правовых положений, охраняющих потребителя, и др.

Во франчайзинге как предпринимательском договоре фактическое неравенство сторон проявляется особенно наглядно и очевидно. Как отмечается в неоднократно приводившемся нами докладе Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, преимущества финансовой мощи франчайзера, его доступа к информации и юридической помощи создают огромный разрыв в переговорных возможностях сторон в ПОЛЬЗУ франчайзера, что может иметь результатом появление фактически односторонних франшизных соглашений, заключенных по известному принципу «либо ты принимаешь мои условия, либо убирайся вон». Возможность для франчайзера односторонне прервать отношения франчайзинга, а вместе с ним похоронить инвестиции франчайзи и лишит его средств к существованию легко позволяют франчайзеру диктовать свои условия, принуждать к согласию. И даже после истечения срока действия соглашения франчайзи нередко бывает лишен возможности получить судебное удовлетворение в силу связанности франшизными обязательствами и ограничениями¹⁴³.

¹⁴³ Franchising in the US economy, p. 9

Дисбаланс возможностей сторон франчайзинга настолько разителен, что в законодательстве, у судов и в правовой теории сформировалось убеждение, что такие классические принципы договорных отношений, как «добросовестность», «справедливость», «честные намерения», должны быть отдельно и специально закреплены в особом законодательстве о франчайзинге. Так в США появилось законодательство о «справедливых» или «добросовестных» франшизных отношениях (fairness legislation). Вместе с тем помимо этих общих принципов «справедливые» законодательные акты стали предусматривать особые, дополнительные правовые гарантии и средства судебной защиты франчайзи от необоснованных действий франчайзера.

Как гласит, например, преамбула закона об автомобильном дилерском франчайзинге США, закон имеет целью уравнивать правомочия сторон, до той поры существенно нарушенные в пользу изготовителей автомобилей, посредством предоставления автодилерам возможности обращения в окружные суды США с требованием компенсации убытков, причиненных нежеланием изготовителей автомобилей действовать добросовестно при выполнении условия франшизных соглашений или при расторжении либо невозобновлении соглашений со своими дилерами.

Законодательство штатов США в целом придерживается позиции особой поддержки франчайзи, предусматривая ряд собственных, дополнительных мер такой поддержки. В частности, закон штата Висконсин о справедливых дилерских отношениях устанавливает в качестве своих целей защиту дилеров от несправедливого обращения со стороны правообладателей, изначально располагающих превосходящей экономической и переговорной мощью, а также обеспечение дилеров правами и средствами судебной защиты в дополнение к тем, которые существуют по ДОГОВОРНОМУ или общему праву (подчеркнуто С С). Закон о франшизных инвестициях штата Гавайи провозглашает своей целью урегулирование продажи франшиз в штате с тем, чтобы минимизировать потери франчайзи в случаях, когда франчайзер не обеспечил его полной и исчерпывающей информацией, касающейся 1) отношений «франчайзер ~ франчайзи» и 2) предыдущего предпринимательского опыта франчайзера. В штате Нью-Джерси рассматриваются как нарушения местного закона о франшизной практике действия франчайзера, предусматривающие 1) прямое или косвенное лишение франчайзи права на свободное объединение с другими Франчайзи при условии законности такого объединения, 2) навязывание франчайзи неразумных стандартов деятельности, 3) требование изменений в управлении предприятием франчайзи либо запрет

на такие изменения франчайзером, если только подобные требования или запреты не предусматриваются с добросовестной целью и не изложены франчайзером в письменной форме

Как отмечалось выше, Регламент КЕС № 4087/88 тоже предусматривает ряд положений, удерживающих франчайзера от злоупотребления своей экономической мощью и контрольными полномочиями. Благодаря подобным законодательным нормам, а также широко и последовательно реализуемым этическим требованиям, многочисленным пропагандистским компаниям и мероприятиям, в современном франчайзинге формируется атмосфера сочувствия и поддержки франчайзи, нетерпимости к произволу франчайзеров.

В принципе, однако, все эти меры не могут посягать на законные основания франчайзера поступать с франчайзи по своему усмотрению в случаях, когда возникает угроза, во-первых, праву франчайзера на его интеллектуальную собственность и, во-вторых, общим интересам франшизной сети. Поскольку степень угрозы правомочен оценивать сам франчайзер, и только он один, то адекватность его последующих действий в отношении франчайзи целиком зависит от субъективных суждений франчайзера. Вот почему реализация контрольных полномочий франчайзера, как это будет показано на примере американского франчайзинга, остается одной из наиболее конфликтных сфер франшизных отношений.

§ 9. Прекращение, возобновление франшизного соглашения, передача франшизных прав

Все три вида юридических действий сторон соглашения, вынесенные в название настоящего параграфа, воплощают в себе одни из наиболее уязвимых точек, болевых мест франшизных отношений. Во всяком случае значительная, а иногда и преобладающая часть конфликтных ситуаций, споров и судебных исков сторон франшизных отношений связана именно с этими ключевыми вопросами. Так происходит потому, что интересы франчайзи, как и интересы франчайзера, наиболее глубоко затрагиваются при досрочном прекращении соглашения или его невозобновлении. Как следствие, основания и порядок прекращения и возобновления соглашения, а также передачи франшизных прав рассматриваются сторонами как существенные условия соглашения и обычно формулируются в нем наиболее детально.

Прежде чем характеризовать эти существенные условия, представляется практически важным сказать о сроках действия франшизных

соглашений. Наиболее очевидным критерием, определяющим срок жизни соглашения, является экономическая целесообразность. Иными словами, стороны заключают соглашение с таким расчетом, чтобы окупить свои капиталовложения и получить прибыль. Законодательство и особенно общественное мнение принимают во внимание прежде всего интересы франчайзи. Согласно, например, британскому законодательству, «длительность действия договора должна быть обусловлена сроком, который потребуется оператору (франчайзи. - *Прим. С.С.*), чтобы амортизировать свои первоначальные капиталовложения»¹⁴⁴. Напомним, что известное Постановление № 436 Федеральной торговой комиссии США определяет франчайзинг как длительное коммерческое сотрудничество в рамках франшизных соглашений¹⁴⁵. Этическая хартия Европейской ассоциации франчайзинга также гласит, что срок действия франшизного соглашения должен быть достаточно продолжительным, чтобы позволить франчайзи компенсировать свои первоначальные капиталные вложения во франшизный бизнес.

Этот принцип Британская ассоциация франчайзинга дополнила специальным документом, который стал приложением к ее уставу. В нем, в частности, говорится, что: а) франшизное соглашение обычно заключается на унифицированный срок в рамках франшизной сети; б) среди многих возможностей, предлагаемых франчайзером франчайзи, амортизация капитала, возможно, и не станет для франчайзи главной целью. В таких случаях должен быть принят такой срок соглашения, который разумно учитывал бы интересы обеих сторон; в) условие о сроках соглашения может приниматься с учетом законодательства об ограничениях торговли, а также принимать во внимание возможность возобновления соглашения¹⁴⁶. На практике франчайзи в Великобритании в состоянии окупать вложенные во франшизу средства не ранее чем через 5—7 лет.

В принципе франчайзи вправе расторгнуть соглашение в любое время и по любой причине, предварительно письменно уведомив франчайзера о своем намерении (как правило, не позднее чем за 3 месяца). Считается, что при этом он не должен нести никаких финансовых потерь, за исключением выплаченного франчайзеру первоначального денежного взноса.

Мендельсон М. Руководство по франчайзингу (пер. с англ.). М.: Сибли Интернешнл, Лтд., 1995, с. 138. Автор названной работы не сообщает наименование британского закона, норму которого он цитирует.

¹⁴⁴ ^ Franchising in the US economy, p. 4.

¹⁴⁶ *Мендельсон М.* Указ. соч., с. 128.

Разумеется, долгосрочное соглашение отвечает не только интересам франчайзи. В отличие от некоторых других видов предпринимательских договоров, зачастую не выходящих за рамки разовых, спорадических, временных отношений сторон, франчайзинг, особенно в его высших формах, по самой своей природе предполагает существование между сторонами тесных, повседневных, многоаспектных скоординированных и даже доверительных отношений, глубокую взаимную заинтересованность, потому что без успеха одной из сторон франчайзинга невозможен успех другой стороны. Вот почему, как признается и в специальной литературе, в качестве основного принципа можно принять, что отношения в системе франчайзинга могут развиваться в течение длительного периода¹⁴⁷. Другое дело, каким образом стороны реализуют этот принцип на практике. Потому что можно заключить соглашение сразу на длительный срок, но можно ограничиться относительно кратким первоначальным периодом отношений, а затем возобновлять соглашение. Такая тактика позволяет, в частности, легче переносить нежелательные изменения текущего законодательства. В той же Великобритании, например, первоначальный срок франшизного соглашения не должен, согласно законодательству, превышать 5 лет, но франчайзи вправе возобновить его (причем неоднократно) при условии, что он справлялся со своими обязанностями по франшизному соглашению в течение начального и каждого из последующих периодов. Во Франции, по свидетельству некоторых авторов, общая практика заключения соглашения предусматривает трех- и пятилетние сроки¹⁴⁸, в Италии — пятилетний срок — минимальный, а максимальный может достигать 9 лет¹⁴⁹. А в Австралии 9 лет — средний срок действия франшизного соглашения. Возобновление соглашения — это заключение нового соглашения в той же форме, в какой было совершено предыдущее, хотя его условия могут сторонами пересматриваться.

Доступная, хотя и не самая новейшая статистика свидетельствует, что в США тенденция к долгосрочности франшизных соглашений проявляется более прямо и выраженно. Так, в 1986 г соглашения, заключенные только на 1 год, составляли всего 1,8% общего числа соглашений с установленным сроком действия, заключенные на 3 года составляли 2,1%, на 5 лет — 16,3%, на 10 лет — 31,7%, на 15 лет — 10,9%, на 20 лет — 21,1%, на 25 лет — 1,1%. Наконец, 12,9% соглашений

¹⁴⁷ Мендельсон М. Указ еоч с 128

¹⁴⁸ Bessis Ph. Указ соч, с 82

¹⁴⁹ Baldi R. Указ соч, с 140

имели бессрочный характер, те действовали непрерывно, без ограничения по времени. Несколько ранее, в 1985 г., по оценке Министерства торговли, более 36% франшизных соглашений в США предусматривали срок действия как минимум 20 лет^{б0}. Таким образом, длительные соглашения, начиная от 15 лет и включая бессрочные, составляли в эти годы в США по меньшей мере половину общего числа франшизных соглашений. А если к ним добавить и те, которые предусматривали сам по себе достаточно продолжительный (десятилетний) срок действия, то общее число длительных соглашений составляло абсолютное большинство – более чем три четверти. Уместно предположить, что ныне, 15–20 лет спустя, эти пропорции вряд ли существенно изменились.

Конечно, сроки действия франшизных соглашений могут заметно различаться в зависимости от конкретных условий, в которых они должны осуществляться, и, разумеется, с учетом особенностей каждого вида франчайзинга (торгового, сервисного, производственного). Поэтому в законодательном порядке такие сроки устанавливаются крайне редко.

В законодательстве обычно отсутствует исчерпывающий перечень оснований, которые позволяют франчайзеру расторгнуть франшизное соглашение или отказаться от его возобновления. Общепризнанное положение сводится к тому, что франчайзер вправе пойти на такой шаг в ограниченном числе случаев, в частности, если франчайзи

- неплатежеспособен по решению суда,
- непоправимо нарушил какое-либо из основных условий соглашения,
- « не в состоянии исправить нарушение в течение установленного в соглашении периода,
- ® систематически нарушает соглашение,
- оставил свой франшизный бизнес,
- совершил серьезное уголовно наказуемое деяние

Основания для прекращения франшизных соглашений, как и других видов гражданских договоров, можно разделить на естественные (объективные) и на такие, которые возникают из конфликтов сторон. Естественным основанием является истечение срока действия соглашения либо смерть одной из сторон. В случае смерти франчайзи прекращение соглашения не всегда наступает автоматически. В соглашении может быть предусмотрено условие, согласно которому права, предоставленные франчайзером франчайзи, наследуются

^{б0} *HadfieldGK* Указ соч., с. 937

его родственниками или иными лицами, и, если правопреемники франчайзи отвечают требованиям, предъявляемым франчайзером, франшизное соглашение может быть возобновлено

Прекращение франшизного соглашения в силу форс мажорных обстоятельств имеет ту особенность, что решение о невозможности для сторон выполнять принятые на себя обязательства выносит только франчайзер, за исключением случаев, когда форс-мажор грозит невозможностью выполнить обязательства в течение срока, превышающего тот, который предусмотрен на такой случай в соглашении (например, более 12 месяцев) Следовательно, в принципе возможна ситуация, когда франчайзер может требовать от франчайзи выполнения его обязательств и при форс-мажорных обстоятельствах

Что касается банкротства сторон, то на практике речь идет обычно только о франчайзи Опыт США и в этом отношении дает пищу для выводов и обобщений Министерство торговли США неизменно сообщает о несостоятельности примерно 5% франшизных заведений после первых 5 лет их функционирования (по сравнению с более чем 50% несостоятельности среди обычных мелких предпринимателей в течение 5 лет с начала их бизнеса)

Значит ли это, что действительно только 5% франшизных соглашений в США прекращаются из-за несостоятельности франчайзи в первые 5 лет их работы⁹ Вряд ли Эта цифра явно занижена и, возможно, занижена существенно Дело в том, что основанием для прекращения соглашения гораздо чаще служит «неэффективность» франчайзи, которая может толковаться франчайзером очень широко (и как неспособность франчайзи просто окупить франшизу, и как недостижение им требуемых показателей товарооборота, и как несоответствие стандартам франчайзера, и т п) По этим причинам и сам франчайзи может прекратить соглашение, продав франшизу обратно франчайзеру или третьему лицу, причем в последнем случае с согласия франчайзера Чтобы не портить свою репутацию, франчайзеры либо возвращают такие франшизы в собственность своей компании, либо выдают покинутые франшизные заведения за действующие¹⁵¹ Такие случаи прекращения соглашений в статистике отражаются слабо

Прекращение соглашения в связи с несостоятельностью франчайзи осложняются исключительным характером прав, которыми пользовался франчайзи Франшиза как пакет таких прав может служить средством удовлетворения кредиторов, но ее нельзя продать с молотка любому лицу, которое захотело ее приобрести, если на то нет согласия

¹⁵¹ *HadfieldGK* Указ соч , с 938

франчайзера. В принципе таким же образом должен обстоять вопрос с удовлетворением требований залогодержателя, если франчайзер разрешил франчайзи использовать франшизу как предмет залога. До момента полной выплаты со стороны франчайзи всех видов его задолженностей франчайзеру последний имеет преимущественное перед другими кредиторами право наложить арест на имущество франчайзи, а также вернуть себе франшизу. Обычно подобные вопросы решаются судами в соответствии с национальным договорно-обязательственным законодательством страны, в которой осуществляет свои операции франчайзи.

Прекращение срочного франшизного соглашения осуществляется автоматически по истечении его действия только в том случае, если в соглашении отсутствует условие о возможности его возобновления (продления) либо если такая возможность не содержится в нем в скрытой или подразумеваемой форме. При наличии условия о возобновлении соглашение автоматически продлевается, если одна из сторон определенно и заранее, в установленный законом или соглашением срок до его истечения не уведомила другую сторону о своем решении не возобновлять соглашение. Способ прекратить соглашение путем отказа от его возобновления находит достаточно широкое применение (хотя, например, в США, как сообщает вышеназванный источник, в 1985 г. 91% возобновляемых соглашений был реально возобновлен)¹⁵².

Франшизное соглашение прекращается и в том случае, когда в нем содержатся скрытые или подразумеваемые положения о возможности его возобновления, но к моменту его истечения стороны фактически не поддерживают франшизных отношений, а одна из сторон в выраженной форме и заранее, до истечения срока действия соглашения, не уведомила другую сторону о своем решении не возобновлять соглашение. Период такого предварительного уведомления обычно составляет от 1 до 3 месяцев до истечения срока действия соглашения. Если подобного предварительного уведомления о прекращении не последовало, заинтересованная сторона (на практике это обычно франчайзи) имеет право на возобновление соглашения, а другая сторона не вправе уклониться от возобновления.

И даже при отсутствии скрытых или подразумеваемых возможностей возобновления соглашения оно, как отмечает Ф. Бесси, считается возобновленным, если на момент истечения срока действия соглашения между сторонами фактически поддерживались франшизные отношения¹⁵³. Нередко в срочном соглашении условие о возможности

^{b2} *Hadfield G K* Указ соч., с 937

^{^3} *Bessis Ph* Указ.соч. С. 82-83.

его возобновления формулируется по-иному, чем в предыдущих случаях, а именно говорится, что франчайзи, если он принял решение о возобновлении соглашения, обязан известить о нем франчайзера не позднее предусмотренного в соглашении срока до истечения соглашения. При этом франчайзи может быть обязан уплатить франчайзеру обусловленную сумму за возобновление соглашения (и тоже не позднее определенного срока до истечения прежнего соглашения), которая обычно равна вступительному взносу франчайзи при заключении соглашения. Общим основанием возобновления соглашения во всех случаях является условие, что франчайзи добросовестно выполнял свои обязательства перед франчайзером в течение всего периода действия соглашения вплоть до его истечения.

В законодательстве о франчайзинге практически отсутствуют нормы, предусматривающие меры воздействия на франчайзера, который уклонился от возобновления существующего или заключения нового соглашения с франчайзи, имевшего достаточно оснований требовать такого возобновления или заключения. Нет, в частности, четких указаний относительно того, лишается ли франчайзер, и, если лишается, то на какой срок права предоставить франшизу третьему лицу в отношении территории, которая была закреплена за бывшим франчайзи. Нет указаний и относительно права бывшего франчайзи на возмещение убытков от франчайзера, если последний предоставил франшизу третьему лицу на той же территории до истечения упомянутого срока. Эти вопросы решаются судами в каждой стране в соответствии с общим договорно-обязательственным законодательством. Тем не менее отсутствие в специальном франшизном законодательстве разъяснений по этим вопросам контрастирует с той последовательностью и непременностью, с какой законодательство излагает последовые обязанности франчайзи (в частности, в отношении отказа от конкуренции с франчайзером).

Что касается прекращения франшизных соглашений на почве конфликтов, то основания для прекращения используются обеими сторонами как в срочном соглашении, так и в соглашении без установленного срока действия. Наиболее общим основанием для прекращения соглашения франчайзером является невыполнение со стороны франчайзи своих обязательств по соглашению. Франчайзер должен в таком случае заранее письменно уведомить франчайзи о своем решении расторгнуть соглашение не позднее срока, указанного в соглашении. Но это еще не означает автоматического прекращения соглашения по истечении указанного срока. В соглашении может присутствовать оговорка о том, что если франчайзи успевает в период

между получением уведомления и указанной в уведомлении датой прекращения соглашения устранить допущенные им нарушения обязательств, то соглашение не считается прекращенным. И только если в >казанный период времени франчайзи не выполняет нарушенного обязательства, соглашение считается расторгнутым.

В частности, во французской договорной и судебной практике приведенные положения реализуются по одному из двух вариантов. По первому когда в соглашении в однозначно выраженной форме содержится условие, согласно которому при нарушении со стороны франчайзи какого-либо из условий соглашения оно расторгается франчайзером по его «полному праву», но при этом франчайзер обязан предварительно уведомить франчайзи о допущенном им нарушении и дать ему «разумный» срок для исправления нарушения. Вмешательства суда в этом случае не требуется, если только франчайзер не допустил злоупотребления своим правом (например, если нарушения не было вообще).

При втором варианте, когда в соглашении отсутствует четко и однозначно сформулированное условие о праве франчайзера на автоматическое прекращение соглашения либо когда оно есть, но франчайзер по какой-либо причине отказывается от его использования, прекращение соглашения осуществляется им в судебном порядке. При этом суд рассматривает по существу как само нарушение, так и степень его тяжести¹⁵⁴. В решении о прекращении соглашения суд устанавливает сроки его реализации применительно к каждому из имущественных прав или прав интеллектуальной собственности, являющихся существенными элементами соглашения (в частности, применительно к товарным запасам франчайзи, торговым маркам и другим средствам индивидуализации, подлежащим регистрации, предоставленным франчайзером учебным материалам и другим элементам ноу-хау, арендованному имуществу франчайзера, спискам потребителей или клиентов франчайзи и т.д.). Устанавливаются также сроки запрещения для франчайзи заниматься деятельностью, конкурирующей с деятельностью франчайзера, и использовать ноу-хау последнего.

Франчайзи возвращает франчайзеру все такие права и имущественные объекты и в том случае, когда соглашение прекращается не по суду а в результате естественного истечения срока действия соглашения. Условия возврата устанавливаются в самом соглашении.

Когда франчайзер использует в качестве основания для расторжения соглашения достаточно стандартное обвинение в неэффективности франчайзи, он обязан доказать обвинение объективными данными

¹⁵⁴ Bessis Ph Указ соч С 84-88

Например, в типовом франшизном соглашении говорится, что в Великобритании франчайзер имеет право расторгнуть соглашение в случае, когда обоснованно достаточный уровень оборота предприятия франчайзи, получаемый от ведения бизнеса, не будет достигнут в течение двух лет с даты вступления в силу соглашения или в каждые последующие 12 месяцев срока его действия

Франчайзи вправе расторгнуть соглашение в принципе в любое время, если его перестают удовлетворять прежние условия соглашения или, если он не согласен с новыми условиями, которые франчайзер ввел в одностороннем порядке, либо если франчайзер, по мнению франчайзи, предъявляет к нему несправедливые требования

В любом случае сторона, прекращающая соглашение, обязана предварительно и в установленной форме уведомить другую сторону о своем решении. Независимо от указанного в соглашении срока уведомления, франчайзер, прекращая соглашение, обязан определить такой срок исходя из конкретных обстоятельств и условий соглашения длительности существования франшизных отношений между сторонами, размеров капиталовложений, произведенных франчайзи, и других. С учетом таких обстоятельств срок предварительного уведомления франчайзи может достигать 6 месяцев до прекращения соглашения франчайзером. Если одна из сторон прекратила соглашение, не уведомив предварительно другую сторону или, если такое уведомление сделано позднее указанного в соглашении срока, другая сторона вправе предъявить иск о возмещении убытков, включая упущенную выгоду.

Одностороннее прекращение франшизных соглашений в судебном порядке по инициативе как франчайзера, так и франчайзи, имеет место достаточно часто. Обстоятельства, которые заставляют одну из сторон пойти на досрочное прекращение соглашения, составляют, как отмечалось, одну из ключевых проблем франчайзинга. Не случайно большое число законодательных актов штатов США (закон о франшизных отношениях Калифорнии, закон о справедливой дилерской деятельности Висконсина, закон о франшизной практике Нью-Йорка и др.), так же как и федеральный закон о нефтесбытовой практике, сосредоточивают внимание прежде всего на контроле за прекращением и возобновлением соглашений. Эти же вопросы стали объектом многочисленных судебных решений. *Arnott v American Oil Co*, 1973 * («франчайзер имеет фидуциарную обязанность перед франчайзи при прекращении соглашения»), *Shell Oil Co v Marmello*, 1973 («обязанность франчайзера уведомить франчайзи о прекращении соглашения по усмотрению»), *Atlantic Richfield v Rasumic*, 1978 («обязанность франчайзера не произвольного прекращения соглашения»), *de Treville v*

Marine Corp., 1971 («прямо предусмотренное условие об одностороннем прекращении соглашений должно отвечать требованиям справедливости и добросовестности») и др.¹⁵⁵

Если в рамках франшизного соглашения между его сторонами либо параллельно с таким соглашением между франчайзером и третьими лицами заключаются какие-либо сопутствующие франшизному соглашению либо способствующие его реализации договоры (например, договор франчайзера с арендодателем для последующей субаренды участка земли или помещения для франчайзи или договор франчайзи с указанной ему франчайзером лизинговой компанией о лизинге оборудования и т.п.), то такие договоры по общему правилу не должны быть более продолжительными, чем франшизное соглашение.

В отличие от большинства других гражданско-правовых договоров, перемена сторон во франшизном соглашении сопряжена с определенными ограничениями, причем они относятся только к одной стороне — франчайзи. В вопросах передачи франшизных прав в случаях, когда именно франчайзи является передающей стороной, применяется общераспространенное правило, согласно которому такая передача (в том числе продажа франшизы) возможна только с предварительного согласия франчайзера. Считается (хотя и не всегда подтверждается в соглашении), что франчайзер не вправе отказать франчайзи в такой согласии, если у последнего имеются достаточные основания для передачи своих прав, но при условии, что правопреемник франчайзи удовлетворяет требованиям франчайзера и готов принять на себя все обязательства франчайзи по соглашению. Как правило, в соглашении устанавливается преимущественное право франчайзера на выкуп франшизы. Выкуп должен производиться по текущим рыночным ценам. При одностороннем расторжении соглашения (или невозобновлении его) франчайзером на него обычно возлагается обязанность выкупить франшизу и тоже по рыночной цене.

В случае, если франчайзер принимает на себя роль посредника при продаже франшизы третьему лицу или иным образом способствует франчайзи продать франшизу франчайзер вправе требовать от франчайзи-продавца справедливого вознаграждения за посреднические услуги (в размере, например, 10% от продажной цены франшизы).

В случае смерти индивидуального франчайзи его наследники или представители в оговоренный в соглашении срок должны решить, будут ли они продолжать вести франшизный бизнес или продадут франшизу третьим лицам, о чем обязаны уведомить франчайзера. На период, пока

¹⁵⁵ *Hadfwld G.K.* Указоч. С. 929, 984.

наследники франчайзи или лицо, купившее франшизу, не приступили к осуществлению своих прав и обязанностей, франчайзер может назначить управленческий персонал для обеспечения функционирования франшизного заведения, причем расходы на такое управление возлагаются на нового франчайзи. Временное управление франшизным заведением может быть введено франчайзером и на период недееспособности франчайзи до его выздоровления, включая случаи, когда дееспособность временно утрачивает лицо, принимающее ответственные решения (директор, старший менеджер и тп лица) в компании-франчайзи.

Что касается франчайзера, то он может передавать свои права по соглашению или совершать иные сделки в отношении соглашения в любое время по своему усмотрению, без согласия франчайзи.

Чрезвычайно широкие, односторонние и неоспариваемые права франчайзера в вопросах замены другой стороны в соглашении, как обычно, неоднозначно оцениваются специалистами. Признается, что передача прав франчайзи практически всегда сопряжена с определенным риском для франчайзера (исключительные права передаются незнакомому лицу с неясными перспективами в отношении его деловых качеств, предпринимательских способностей, возможностей сотрудничества с другими франчайзи, лояльности и тд). Поэтому франчайзер должен иметь возможность не только жестко контролировать действия франчайзи по передаче принадлежащих франчайзеру исключительных прав, но и не допускать такой передачи в случаях, когда, как он считает, возникает угроза их сохранности или угроза нанесения ущерба репутации франшизной сети, в том числе интересам других франчайзи.

Вместе с тем в литературе отмечается, что эти возможности позволяют недобросовестным франчайзерам злоупотреблять ими. В частности, франчайзер может тянуть с выражением своего согласия на передачу прав франчайзи или неоднократно отказывать потенциальным покупателям франшизы, ограничивая тем самым возможности франчайзи продать ее и оттягивая время до истечения срока действия франшизного соглашения, либо обесценивая стоимость франшизы и возможности франчайзи покрыть свои расходы за счет ее продажи. Отказ франчайзера на продажу или иную передачу франшизы служит в руках франчайзера эффективным средством наказания строптивого франчайзи и возвращения (выкупа) франшизы в свою собственность по пониженной цене¹⁵⁶. Эти свои возможности недобросовестный франчайзер может использовать не только в случае продажи франшизы со стороны франчайзи, но и в случае смерти или недееспособности последнего.

¹⁵⁶ Franchising in the US economy, p 67

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В ОТДЕЛЬНЫХ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

§ 1. Великобритания¹⁵⁷

В стране отсутствует специальное законодательство о франчайзинге. Естественным, нет и его развернутого законодательного определения. В 1986 году в законе о финансовых услугах, предусматривавшем изъятие из сферы действия антимонопольного законодательства некоторых категорий инвесторов, франчайзинг был определен как соглашение о праве на ведение предпринимательской деятельности, согласно которому лицо получает прибыль или доход, пользуясь предоставленным ему по соглашению правом использовать торговую марку, дизайн или другую интеллектуальную собственность, либо репутацию, ассоциируемую с ними¹⁵⁸. Это неполное, фрагментарное определение с большой натяжкой можно отнести к договору коммерческой концессии, как он сформулирован в странах континентального права. Для целей юридической идентификации франчайзинга как самостоятельной договорно-обязательственной формы организации предпринимательства такого определения недостаточно.

Гораздо более полную и точную юридическую характеристику франчайзинга в его британской интерпретации содержит определение, разработанное Британской ассоциацией франчайзинга (БАФ)¹⁵⁹. Согласно

¹⁵⁷ Параграф написан в основном по материалам, изложенным в главе 16 (United Kingdom) монографии *Franchising in Europe* Автор главы.™ М Mendelson В параграфе использованы и некоторые другие работы этого автора, а также отдельные положения нового британского законодательства

¹⁵⁸ Приводится по *Мендельсон М* Руководство по франчайзингу С 20—21

¹⁵⁹ Приводится по *Mendelson M* Указ соч С 17—J 8

ему, франчайзинг — это договорная лицензия, предоставляемая одним лицом (франчайзером) другому лицу (предпринимателю), которая

а) позволяет предпринимателю или требует от него осуществлять определенный вид бизнеса в течение срока действия договора под именем или иным образом используя имя, принадлежащее франчайзеру либо ассоциируемое с ним,

б) обязывает франчайзера осуществлять постоянный контроль в течение всего периода действия договора за тем, как предприниматель осуществляет бизнес, являющийся объектом системы франчайзинга,

в) обязывает франчайзера обеспечить предпринимателя поддержкой в осуществлении бизнеса, являющегося объектом франчайзинга (в области организации предпринимательства, обучения персонала, сбыта, управления и т.д.),

г) требует, чтобы предприниматель (франчайзи) регулярно в период действия договора выплачивал франчайзеру все оговоренные платежи и единовременную первоначальную плату за право участвовать на рынке от имени франчайзера, и фиксированные текущие платежи и отчисления,

д) определяет, что данный договор не является сделкой между холдинговой компанией и ее филиалом (в том смысле, в каком они определяются законом о компаниях 1948 г) или между филиалами одной и той же холдинговой компании, либо между частным лицом и контролируемой им компанией

Несмотря на достаточно крупные недостатки (формулирование франчайзинга как «договорной лицензии», отсутствие указания на самостоятельный имущественный и предпринимательский статус франчайзи, отсутствие требования к франчайзеру обеспечить первоначальную подготовку франчайзи, и ряд других), определение БАФ однозначно закрепляет в Великобритании наиболее современную модель франчайзинга делового формата, вполне соответствующую критериям Регламента № 4087/88 КЕС. Конечно, документ БАФ — не акт законодательства и не имеет безусловной обязывающей силы, хотя и обладает большим моральным авторитетом для британских франчайзеров

Более того, БАФ располагает определенными механизмами обеспечения соответствия поведения сторон по франшизному соглашению тем требованиям, которые содержатся в определении франчайзинга, выработанным БАФ. Это прежде всего процедура приема в БАФ новых членов, допускающая в Ассоциацию только таких франчайзеров, которые уже создали минимально установленную для вступления в БАФ франшизную сеть и реально следуют в отношениях с франчайзи требованиям БАФ. Во-вторых, это — обязательство

франчайзеров подчиняться Этическому кодексу Европейской ассоциации франчайзинга, участником которой является БАФ. В-третьих, наличие собственных дисциплинарных и третейских механизмов БАФ для предварительного рассмотрения и разрешения конфликтов. В-четвертых, осуществление Ассоциацией представительских функций перед органами всех ветвей власти в отношении интересов субъектов франшизных отношений, входящих в БАФ.

Развитие франчайзинга в Великобритании, как и в США, с самого начала сдерживалось предубежденным отношением к нему со стороны судов как к методу предпринимательства, ограничивающего свободу конкуренции. Сама судьба франчайзинга одно время зависела от того, сохранит ли английское общее право свои прежние очень жесткие позиции по отношению к такому, в частности, проявлению ограничительной практики, каким является т.н. связанная торговля¹⁶⁰, или в нем возобладают более современные представления о пределах ограничения свободы конкуренции, привнесенные законодательством ЕЭС. И поныне границы «внутрибританского» распространения франчайзинга в основном определяются нормами общего права, выработанными в свое время и постоянно развиваемыми судебной практикой. Поэтому обзор правового регулирования франчайзинга в Великобритании мы начнем с характеристики отношения к нему судов, которые рассматривают его прежде всего с точки зрения борьбы за свободу конкуренции. Антимонопольное законодательство появилось в этой стране гораздо позже, уже в современную эпоху.

Основополагающие нормы общего права объявляют ничтожным и не подлежащим применению любое условие об ограничении свободы торговли, если только лицо, требующее включения в договор такого условия, не докажет, что с учетом места и времени осуществления договора это ограничительное условие является разумно необходимым в целях защиты законного интереса данного лица. В отношении франшизной торговли, которая, безусловно, подразумевает условия связанности, английские суды, естественно, требуют от франчайзера прежде всего, чтобы тот доказал, что:

1) связанная торговля в его случае разумно необходима с точки зрения его собственных интересов и интересов франшизной сети;

¹⁶⁰ Связанная торговля — метод организации торгово-посреднической деятельности, при которой изготовитель (поставщик) товаров предоставляет право розничным торговцам сбывать купленные у него товары на предписываемых им условиях, что позволяет изготовителю по сути определять их поведение на рынке в своих собственных интересах.

2) защита законных прав франчайзера требует ограничений, налагаемых на франчайзи как в период действия франшизного соглашения, так и после его истечения.

Сами суды не выработали четкой позиции в отношении разумности подобных ограничений. В некоторых своих решениях они пошли по пути отождествления отношений между франчайзером и франчайзи с отношениями между продавцом и покупателем, когда продавец в ряде случаев налагает на покупателя особые ограничительные обязательства (covenants) по договору за печатью, сохраняющиеся после совершения сделки купли-продажи. Не вдаваясь в определение правовой природы франчайзинга (но признавая в то же время, что он не относится «ни к одной из общераспространенных категорий» договоров), суды как бы по аналогии с подобными договорами купли-продажи признавали разумность ограничений по времени и по территории, налагаемых на франчайзи в соответствии с франшизным соглашением после его прекращения.

Другого, хотя и более сложного способа признания разумными ограничений, налагаемых на франчайзи, суды достигали следующим образом. Они шли по пути уподобления статуса франчайзи статусу наемного служащего франчайзера. Конечно, прямо отождествлять эти фигуры у судов не было оснований. В интерпретации одного из судей Апелляционного суда (второй инстанции Верховного суда Великобритании) франчайзи предстал как своего рода «помесь» между ними. Судья заявил, что для целей рассматриваемого дела он готов допустить, что к франчайзи могут быть применены те же критерии, что и к наемному служащему, действия которого наниматель вправе ограничивать по своему усмотрению. В данном, конкретном случае, связанном с временным применением предварительного судебного запрета на введение в действие условия о периоде и радиусе действия ограничений, вопрос о франчайзинге как таковом тоже не обсуждался.

Рассматривая франчайзинг преимущественно как связанную продажу франчайзером товаров своим франчайзи, суды в поисках критерия разумной необходимости ограничений при такой продаже должны были обращаться к прецедентам, связанным с аналогичными схемами связанной торговли. Такую аналогию они обнаружили в разных соглашениях, заключавшихся некоторыми нефтяными компаниями в Великобритании со своими контрагентами о распространении последними нефтепродуктов на условиях связанной торговли. Похоже, что суды, рассматривая такие дела, пришли к выводу, что подобные сделки не отвечают критерию разумной необходимости, если они заключены на срок, превышающий 5 лет. Рассуждая по аналогии, суды

решили, что по отношению к франчайзингу, в принципе, можно считать безопасными такие же сроки действия соглашения сторон (т.е. до 5 лет). Вместе с тем в судебных решениях подчеркивалось, что приемлемая продолжительность соглашений о связанной торговле должна определяться в зависимости от обстоятельств, в которых осуществляется конкретный вид торговли. Поэтому рассматриваемую франшизную схему (сеть, систему) следует оценивать в контексте того места, которое она занимает на конкретном товарном рынке.

Подобный ход рассуждений вызывает сомнения. Прежде всего франчайзинг отличается от связанной торговли нефтепродуктами, в основе которой лежало одно из соглашений, в котором контрагентом нефтекомпании выступало лицо, осуществлявшее собственный бизнес еще до заключения соглашения с нефтекомпанией. Во франчайзинге же франчайзи до заключения соглашения не обладает собственным аналогичным бизнесом. Он приобретает лицензию, разрешающую ему вести торговлю, используя имя франчайзера, его «фирму», систему и методы предпринимательской деятельности, ноу-хау. В таких условиях товары, которые франчайзер продает своим франчайзи, являются интегральной частью единой, согласованно функционирующей франшизной системы. И если такие товары помечаются торговой маркой франчайзера или иным образом идентифицируются с его фирменным наименованием, то вполне законно требовать, чтобы они рассматривались в тесной связи (связанно) с общим пакетом прав, предоставленных франчайзером своему франчайзи. В противном случае торговая марка франчайзера, его фирменное наименование, репутация и деловые связи будут использоваться с противоположным эффектом, что неизбежно обесценит франшизную систему и нанесет ущерб не только франчайзеру, но и его франчайзи.

Вместе с тем можно и следующим образом возражать против позиции судов, уподобляющих франчайзинг схемам связанной торговли. Раз до приобретения франшизы будущий франчайзи не имел никаких прав использовать фирменное наименование, торговую марку, «фирму», систему, методы, ноу-хау франчайзера, то, приобретая их, он не только не теряет никаких собственных, ранее принадлежавших ему прав, но, напротив, получает новые, франшизные, права, в том числе очень существенное право покупать товары у франчайзера по льготным ценам. В этом смысле вполне доказуемо, что никаких ограничений прав франчайзи вообще не существует. Что касается несколько ограничиваемого лицензией права франчайзи вести собственный бизнес, то его, разумеется, следует рассматривать под тем углом зрения, что ценность участия франчайзи во франшизной сети,

безусловно, в достаточной мере оправдывает налагаемые на него ограничения.

Британское статутное право, в той или иной степени воздействующее на франшизные отношения с антимонопольных позиций, представлено несколькими законодательными актами. Первым среди них следует назвать закон 1973 г. о честной торговле, хотя он, как считается, не имеет непосредственной антимонопольной направленности. Его появление связано с прокатившейся в конце 1960-х годов в Великобритании волной разоблачений, т.н. торговых «пирамид», имевших своим результатом очевидные ограничения свободы конкуренции и монополизацию рынка. Франчайзинг чисто внешне напоминает торговую «пирамиду» — разветвляющуюся от основания к вершине систему торгово-сетевых звеньев, свобода деятельности которых ограничивается условиями, сформулированными у основания «пирамиды» (т.е. франчайзером).

Понятно, почему франчайзинг стал многими отождествляться с торговыми «пирамидами». Как следствие, наряду с громкими судебными процессами по торговым «пирамидам» в Великобритании в тот период рассматривалось и несколько судебных дел по франчайзингу. Ни в одном из таких дел (часть из которых была опубликована в сборниках судебных решений) законность франчайзинга по существу не оспаривалась, но в некоторых из них налагался судебный запрет на одно из ключевых ограничительных условий франчайзинга — обязательство франчайзи не конкурировать с франчайзером после прекращения действия франшизного соглашения.

Закон о честной торговле 1973 г. положил конец торговым «пирамидам» и подобным им торгово-сетевым структурам. Хотя сформулированные в нем признаки подобных запрещенных структур не слишком отличались от признаков франшизной сети, это обстоятельство не порождало каких-либо серьезных проблем для франчайзинга как такового. Проблемы возникали в тех случаях, когда франшизное соглашение не соответствовало требованиям, предъявленным к законным торгово-распределительным системам, с целью недопущения их трансформации в «пирамиды».

Согласно закону, одно из таких требований предусматривало выплату платежей или получение прибыли только одним участником торговой системы в Великобритании, что, по сути, ограничивало систему только одним распределительным звеном, поскольку появление последующих звеньев могло повлечь за собой санкции по закону. Предусматривалось в нем альтернативное условие, согласно которому участнику торгово-распределительной системы в случае вовлечения им в систему нового участника выплачивалась очень небольшая сумма

(не более 75 Ф ст), что подрывало заинтересованность в строительстве «пирамиды». Но даже ограничение системы всего лишь одним участником позволяло иностранному франчайзеру войти на британский рынок хотя бы через своего субфранчайзера («главного франчайзи» в лице британской компании или физического лица).

Другие требования закона о честной торговле касались ограничения стоимости товаров, поставляемых участнику системы (теми же 75 Ф ст, что, опять-таки, ограничивало ее операции мелкой розницей и не позволяло монополизировать рынок), запрета невозвращения начального взноса участнику системы, недопущения возложения обязанности по обучению участника системы или оказанию им других услуг (что уже противоречило обязанностям франчайзера по франчайзингу типа БФФ), обеспечения права участников в любое время и без всяких санкций выйти из системы при условии письменного уведомления за 14 дней до выхода. Вводились особые контрольные меры в отношении групп компаний, которые делили между собой рынок таким образом, что группа получала под свой контроль 25% или более процентов британского рынка того или иного товара. Франшизные сети вполне попадали под понятие «группы компаний».

Закон предусматривал уголовную и гражданскую ответственность за нарушение его требований. В частности, денежные суммы, полученные или уплаченные в нарушение таких требований, подлежали принудительному взысканию в судебном порядке. Положения закона затрудняли, а по сути делали невозможным раздел страны на рыночные зоны, как и на создание территорий «коммерческого освоения», которые обычно являются объектом субфранчайзинга. Таким образом, закон о честной торговле, положив конец торговым «пирамидам», создавал вместе с тем серьезные препятствия развитию франчайзинга. Только годы спустя, когда франчайзингу была открыта «зеленая улица» на уровне ЕЭС, отношение к нему британского законодательства и судов стало меняться. Франчайзинг стали отделять от других торговых сетей.

Собственно антитрестовское законодательство Великобритании в основном представлено законами об ограничительной торговой практике 1976 г, о конкуренции 1980 г и о розничных ценах 1976 г. В целом они считаются более мягкими, чем аналогичное законодательство США, и франчайзерам не приходится прилагать особых усилий, чтобы избежать применения этих законов к их сетям.

Первый из них регулирует соглашения между двумя или более лицами, осуществляющими предпринимательскую деятельность по поставке товаров или оказанию услуг, связанную с принятием этими

лицами на себя ограничительных условий, перечисленных в законе. К таким условиям в отношении товаров закон, в частности относит: назначение или рекомендации цен при поставках или реализации товаров; указание сроков или иных условий, по которым товары должны быть поставлены или приобретены; количество или подробный перечень подлежащих производству товаров; определение процессов изготовления; указание лиц, которым товары должны быть поставлены, либо от которых их следует получить; указание зон или мест, из которых требуемые товары должны быть поставлены или истребованы.

В отношении услуг такими условиями являются: указание видов цен, подлежащих назначению; определение сроков или иных условий, согласно которым или в силу которых должны предоставляться услуги; указание тарифов, по которым назначенные услуги должны быть поставлены или предоставлены; указание форм или способов, посредством которых назначенные услуги должны быть доставлены или предоставлены; назначение лиц, указание зон или мест, которым или в которые услуги должны быть доставлены или предоставлены, либо от которых или из которых услуги должны быть получены.

В законе предписывалось сторонам, заключающим соглашение, предмет которого указан в законе, включать в соглашение пункт, который позволял бы суду установить, относится или не относится данное соглашение к юрисдикции закона об ограничительной торговой практике. Кроме того, в соглашении должны быть четко обозначены характер отношений сторон, их взаимные ограничительные обязательства, позволяющие в каждом конкретном случае достоверно судить, состоят ли стороны до такой степени в партнерских отношениях, что по отношению к третьим сторонам их можно рассматривать как единое лицо.

Закон 1976 г. о розничных ценах, запрещавший, в частности, поставщикам товаров навязывать своим дилерам минимальный уровень розничных цен или иным образом увеличивать такие цены под угрозой прекращения поставок либо других санкций, и закон 1980 г. о конкуренции предусматривали создание и правила функционирования достаточно сложного институционального механизма борьбы с нарушениями в сфере производства и сбыта потребительских товаров и услуг Франшизными соглашениями «по подведомственности» были призваны заниматься в основном те судебные и административные звенья этого механизма, которые увенчивались специальным Судом по делам об ограничительной торговой практике, созданным по одноименному закону 1973 г. Другая ветвь этого механизма, которая практически не затрагивала франшизных соглашений, увенчивалась Комиссией по расследованию дел о монополиях и слияниях.

С начала 1990-х годов Великобритания приступила к реформированию законодательства о конкуренции и антимонопольного законодательства с целью привести его в соответствие с законодательными стандартами ЕЭС, в частности, с требованиями ст. 81 и ст. 82 Римского договора. Соответственно, во внутрибританских предпринимательских договорных отношениях должна быть законодательно закреплена возможность индивидуальных и групповых (блоковых) изъятий различных видов договоров, в том числе франшизных, из законодательства о свободе конкуренции. Изъятия, как было заявлено в Белой книге Правительства 1989 года, распространяются на соглашения, которые «вносят существенный вклад в производство или распределение товаров, или предоставление услуг, либо в экономический или технический прогресс, причем таким образом, что превосходят сопутствующий им ограничительный эффект, а также если выгоды от таких соглашений адекватно разделяются потребителями». Это - почти буквальное воспроизведение одного из тезисов п.3 ст. 81 Римского договора, на основании которого Комиссия ЕС приняла Регламент № 4087/88 о франчайзинге.

В отсутствие отдельного, специального законодательства о франчайзинге в Великобритании его регулирование основывается на общих принципах договорно-обязательственного права, применяемых к сделкам всех видов. Судебный прецедент по-прежнему играет роль основополагающего источника английского общего права. Но, в отличие, например, от США, тоже страны общего права, накопившей богатую судебную практику в сфере собственно франчайзинга, в Великобритании такая практика беднее, особенно в отношении его типичной для этой страны разновидности — комплексного франчайзинга (БФФ). Это не значит, что британские суды испытывают недостаток прецедентов при принятии решений по делам франчайзинга. Достаточно развитая судебная практика по другим судебным делам позволяет прибегать к решению споров, связанных с франчайзингом, с использованием аналогий.

Наиболее богатым и плодотворным источником для решения судебных дел по франчайзингу послужили уже упоминавшиеся прецеденты с нефтяными компаниями, сбывающими нефтепродукты через сеть лицензированных дистрибьюторов по схеме связанных продаж. Это относится прежде всего к гражданско-правовой (как договорной, так и внедоговорной) ответственности сторон франшизного соглашения. Как свидетельствует практика, в судебных делах наиболее часто фигурируют три разновидности деликтов (правонарушений). В английском общем праве первый из таких деликтов квалифицируется

как «небрежность» (negligence), второй - как «введение в заблуждение», или «обман» (misrepresentation), третий — как «ответственность за действия других лиц» (vicarious liability). К франчайзингу судебные решения по первому из этих деликтов применяются по аналогии обычно в тех случаях, когда конфликт возник вследствие небрежного совета, данного франчайзером своему франчайзи, по второму из деликтов — когда потенциальный франчайзи был введен в заблуждение франчайзером в процессе переговоров о продаже франшизы, по третьему — когда к франчайзеру предъявляются требования со стороны конечных потребителей и самого франчайзи

Если конфликт возник вследствие небрежного совета франчайзера, независимо от формы, в которой он сделан (устной или письменной), то при его рассмотрении судом используется весь комплекс подлежащих применению норм общего права, причем суд не придает какого-либо особого значения тому обстоятельству, что сделка является франшизой. Что касается введения в заблуждение (или искажения фактов) - деликта, который является общей проблемой франчайзинга практически во всех странах, то его проявления весьма разнообразны.

Несмотря на то что технология переговорного процесса о продаже франшизы, казалось бы, позволяет исключить вероятность искажения фактов и сведений со стороны франчайзера (достаточно длительный период переговоров, позволяющий франчайзи убедиться, что франшиза надежна и приемлема для него, исчерпывающее и доказательно изложенное руководство по ведению франшизного бизнеса; возможность для франчайзи оценить «работоспособность» франшизы на примере действующих франчайзи той же франшизной сети), у франчайзера, тем не менее, сохраняется немало возможностей представить в преувеличенном свете достоинства франшизы и тем самым ввести будущего франчайзи в заблуждение относительно ее ценности и целесообразности приобретения. В результате заблуждения франчайзи может, в частности, переоценить размеры ожидаемой прибыли, принять за согласие франчайзера его обещания принять предложенный со стороны франчайзи вариант размещения франшизной торговой точки, чрезмерно довериться рекомендациям франчайзера в отношении открытия бизнеса франчайзи, организации текущих операций франчайзи и т.п.

Согласно английскому общему праву, стороне, понесшей убытки вследствие обмана или введения в заблуждение (в данном случае франчайзи), важно доказать, что ложное утверждение другой стороны (франчайзера) являлось условием соглашения, а не просто преддоговорным утверждением, повлекшим введение в заблуждение. Это значит, что устная договоренность сторон должна быть включена в текст франшизного

соглашения. Само по себе наличие заблуждения не делает соглашение ничтожным, но лишь оспоримым, Франчайзи, введенный в заблуждение, по своему выбору может либо оспорить действительность соглашения, либо продолжить его исполнение на существующих условиях. Но если он решил оспорить соглашение, то его право на расторжение соглашения бесповоротно. Он уже не может требовать исполнения соглашения. Последствием расторжения соглашения является признание его ничтожным с самого начала и восстановление первоначального состояния. На франчайзере лежит обязанность возместить франчайзи убытки, возникшие вследствие введения в заблуждение.

Чтобы избежать умышленных или неумышленных искажений сведений при заключении договора, судебная практика и законодательство предусматривают соблюдение нескольких требований формально-процедурного характера. Так, в формальном заявлении стороны, представляющей сведения, должны быть изложены только существующие факты (а не, скажем, ожидаемые или прогнозируемые результаты). Изложенное в заявлении мнение или заключение должно принадлежать лицу, обладающему конкретным знанием предмета (например, франчайзеру), и должно быть обоснованным. Если иметь в виду франчайзера, то это, очевидно, должно быть лицо, признаваемое судами в качестве профессионала, который обладает особым умением, необходимым для выполнения специальных обязанностей, связанных с проявлением заботы, и способен гарантировать, что его совет обоснован.

Последнее положение становится особенно очевидным в свете решения Апелляционного суда (вторая инстанция Верховного суда Великобритании) по делу одной из нефтяных компаний, предоставивших в аренду бензоколонку. Оценивая вероятное количество расхода топлива, компания не приняла во внимание ряд известных ей и требующих учета поправочных факторов. Эти факторы обнаружили себя уже после того, как оценка была проведена. Это дело послужило важным прецедентом по спорам, связанным с франчайзингом, так как в нем выявилось немало параллелей с такими спорами.

Одним из наиболее существенных в решении Апелляционного суда стал вопрос о средствах судебной защиты при неумышленном введении в заблуждение в договорах подобных разновидностей. Было вместе с тем установлено, что не может быть признана невиновной сторона, которая допустила неумышленное введение в заблуждение другой стороны (случай с бензоколонкой), если у нее не было разумных оснований полагать, а она все же добросовестно полагала, что факты, представленные ею другой стороне в момент заключения договора, были подлинными. Принятый позднее (в 1976 г.) закон о введении

в заблуждение разделит эту позицию. Таким образом, из решений Апелляционного суда и положений закона следует, что франчайзер, допустивший неумышленное введение в заблуждение франчайзи, обязан нести **деликтную** ответственность так же, как если бы совершил умышленное (обманное) введение в заблуждение.

Законодательством регулируются как отношения сторон по франчайзингу между собой, так и их отношения с потребителями, клиентами, заказчиками, причем законодательство отстаивает прежде всего интересы последних. В качестве коммерсантов франчайзер и франчайзи подпадают под действие закона «О честной торговле 1973 г.» и закона «О справедливых условиях договора 1977 г.». Оба закона предусматривают возможность ограничения свободы усмотрения сторон, действующих на потребительских рынках, при принятии ими условий договора, ущемляющих интересы конечного потребителя. В частности, законы препятствуют включению корпорациями таких условий в стандартные, массовые договоры с их контрагентами на потребительских рынках. А продавец или сервисное предприятие (т.е. франчайзи) могут быть освобождены от ответственности за вред, причиненный жизни, здоровью или имуществу потребителя, допущенный ими при исполнении договора с корпорацией (франчайзером). Основание признания недействительными таких договорных условий формулируется как порок воли

Ответственность сторон по франшизному соглашению регулируется также законом «О поставке товаров и услуг 1982 г.». В соответствии с ним в любом договоре о таких поставках **презюмируется** наличие подразумеваемого условия о том, что поставщик поставляет товар (услугу) потребителю с разумной степенью заботливости и умения. Помимо этого статутного положения, а также упомянутого выше положения об обеспечении гарантий, ответственность франчайзера по договору зависит от характера и объема его договорных обязательств и его действий во исполнение договора.

Та степень ответственности, которой франчайзер стремится ограничить себя на случай предъявления к нему требования (иска) со стороны франчайзи, зависит прежде всего от вида требования. Так, если в договор включается условие, ограничивающее или снимающее ответственность франчайзера за введение в заблуждение, то оно рассматривается в соответствии с положениями упомянутого закона «О справедливых условиях договора 1977 г.». Закон гласит, что условия, предусматриваемые сторонами, должны быть честными и разумными настолько, чтобы их можно было включить в договор с учетом обстоятельств, которые были или в разумной мере должны были быть известны сторонам, либо могли ими предполагаться при заключении

договора. Эта же норма закона применяется и при предъявлении требования о причинении ущерба вследствие небрежности. Но, как говорится в законе, она не распространяется на любой договор, постольку, поскольку таким договором устанавливаются, передаются или прекращаются права на патенты, торговые марки, авторские права, зарегистрированные образцы и модели, техническую или коммерческую информацию и иные объекты интеллектуальной собственности.

В отсутствие руководящих судебных указаний трудно определить, насколько далеко распространяются такие изъятия из общей нормы об ответственности за ущерб вследствие небрежности или введения в заблуждение. Неясно также, в частности, как соотносятся с этими изъятиями лицензии, по которым предоставляются права на объекты интеллектуальной собственности.

Прямое отношение к франчайзингу имеет закон «О защите потребителя 1987 г.», принятый уже с учетом требований и стандартов ЕЭС в этой области. Законом предусматривается три вида ответственности в сфере производства и сбыта потребительских товаров: 1) ответственность производителя (изготовителя) продукции; 2) ответственность за безопасность потребителей; 3) ответственность за вводящие в заблуждение сведения о ценах. В той части закона 1987 г., которой устанавливается ответственность изготовителя продукции, обобщены директивы ЕЭС, которые нацелены на то, чтобы возложить ответственность за производство некачественной продукции на изготовителей, не прибегая к доказательствам небрежности с их стороны. За вред потребителям, причиненный некачественной (дефектной) продукцией, предусматривается гражданско-правовая ответственность.

В соответствии с законом такая ответственность возлагается на лиц нескольких категорий: изготовителя продукции; любое лицо, которое обозначило на продукции свое фирменное наименование или торговую марку, но скрывает, что является изготовителем; любое лицо, которое доставило продукцию на территорию ЕЭС; поставщик продукции, если он не в состоянии установить изготовителя, импортера или своего собственного поставщика. Таким образом, франчайзер может не иметь ничего общего с изготовлением некачественной продукции, но подвергнуть себя риску ответственности за вред как «лицо, обозначившее свое имя на продукции либо использующее торговую марку, либо иное отличительное обозначение, но скрывающее, что является изготовителем». В таких случаях, однако, у него есть средства судебной защиты, если ему удастся доказать, как того требует закон, что он «никогда не поставлял продукцию другому лицу».

Защита построена на многозначности понятия поставки продукции, которое может быть истолковано и как прокат движимых вещей, и как сдача их внаем. А это уже другой вид деятельности, стоящей в одном ряду с куплей-продажей и даже с дарением. Поэтому франчайзер, который не «засветился» своими средствами индивидуализации в сети поставок для франчайзи, может рассчитывать на такой защитный прием. Но если он осуществляет широкомасштабные закупки продукции для снабжения франчайзи, ему трудно рассчитывать на такую защиту, каким бы способом он ни осуществлял свою деятельность.

Ответственность за безопасность потребителей носит уголовно-правовой характер. Угроза для франчайзера возникает в случаях, когда он обозначает своим именем или торговой маркой предложенную ему продукцию, затем сам осуществляет ее поставку или назначает либо одобряет иной источник поставок для своих франчайзи. Франчайзи, против которого возбуждено судебное преследование за правонарушение, связанное с продажей товаров, поставленных ему франчайзером или лицами, указанными франчайзером, может предъявить в качестве свидетельства своей невиновности тот факт, что он, как того требует закон, предпринимал все разумные шаги и проявлял должное старание с тем, чтобы не допускать правонарушений. Прибегая к такой защите, франчайзи может заявить, что правонарушение совершено вследствие действий или бездействия лица (в т.ч. франчайзера), от которого он получил информацию о товарах и на которую ему при всех обстоятельствах было разумно полагаться, поскольку не было причин не доверять такой информации.

Закон налагает уголовные санкции на лицо, действия или бездействие которого при указанных обстоятельствах привели к правонарушению. Эти положения закона заставляют франчайзеров проявлять повышенную осторожность при выборе изготовителей продукции и ее поставщиков. С тем, чтобы защитить себя от риска уголовного преследования, франчайзи тоже могут быть вынуждены поставить под сомнение правомерность выбора, сделанного франчайзером.

Закон предусматривает также гражданско-правовые средства защиты лиц, пострадавших от нарушения обязательств, предусмотренных нормами о безопасности потребителей. Для франчайзи оно может послужить основанием для судебного иска к франчайзеру, но и последний может в порядке регрессного требования обратиться к изготовителю продукции или к поставщику, который поставляет продукцию ему самому или его франчайзи.

Закон о защите потребителя устанавливает уголовную ответственность за сообщение сведений, которые вводят в заблуждение

относительно цен на предоставляемые товары, услуги, удобства или благоприятные условия. Для франчайзеров это положение закона имеет значение прежде всего при рекламировании цен на их продукцию или тарифов на услуга не только на национальном, но и на местном уровне, а также при проведении от имени франшизной сети мероприятий по маркетингу и расширению деловой активности. Соблюдение требований закона важно также для франчайзи при составлении ценников, прейскурантов и иных материалов, содержащих ценовые обозначения.

В сфере договорной ответственности сторон по франчайзингу также используются общие положения договорно-обязательственного права Великобритании, представленные как судебным, так и статутным правом. Как показывает практика, конфликты чаще всего связаны со сроками действия соглашения, с неуплатой франшизных платежей, с попытками франчайзи выйти из франшизной сети, а также с обязательствами воздерживаться от конкуренции в отношении другой стороны соглашения. Среди этих последних - последовые обязательства франчайзи воздерживаться от конкуренции с бывшим франчайзером. Такие обязательства и сроки их действия служат, как уже отмечалось, одним из основных предметов судебных разбирательств. Так, по одному из дел («Protaprint», 1987 г.) Высокий суд правосудия (первая палата Верховного суда) Великобритании наложил запрет в отношении последовых обязательств франчайзи. Но по другому делу («Avis») Суд постановил, что «лицензиат (франчайзи) в течение 12 месяцев после прекращения соглашения не должен прямо или косвенно заниматься на лицензированной территории деятельностью, связанной с предоставлением в прокат транспортных средств» (что являлось предметом бывшей франшизы).

В Великобритании, как и повсюду, одним из важнейших направлений правового регулирования франчайзинга является установление правил передачи и использования прав на объекты промышленной и интеллектуальной собственности. Один из таких объектов - фирменное наименование франчайзера. Но, предоставляя его франчайзи для использования, франчайзер в то же время избегает выступать в качестве единственного ответчика по возможным искам со стороны клиентуры своего франчайзи. С этой целью во франшизное соглашение часто включается (а на уровне ЕЭС Регламентом № 4087/88 прямо предписывается) требование к франчайзи идентифицировать себя как самостоятельного (отдельного) субъекта обязательственных правоотношений по сделкам со своими собственными покупателями, заказчиками, клиентами. В отличие от права некоторых стран, не признающего концепцию существования

предпринимательского наименования, отдельного от корпоративного имени правообладателя, английское право такую концепцию признает. Она поддерживается, в частности, рядом положений закона «О предпринимательских наименованиях 1985 г»

Чтобы предотвратить незаконное использование своего фирменного наименования третьими лицами или от использования ими похожих наименований, франчайзер может зарегистрировать его в качестве составной части общего корпоративного наименования. Что касается повсеместно и давно известных фирменных наименований, то их обладатели (в данном случае франчайзеры) в состоянии защитить их и без регистрации. Для этого достаточно возбудить против нарушителя судебный иск «о выдаче своего за чужое» (те изготовление продукции или коммерция под чужим именем), рассматриваемый судом по нормам общего права. В иске должно быть обоснованно показано, что нарушитель копирует фирменное наименование либо использует наименование, близкое к фирменному, «что приводит к обману или вводит в заблуждение общественность, которая полагает, что она пользуется услугами подлинного правообладателя».

Фундаментальную роль в отношениях франчайзинга играет не только фирменное наименование франчайзера, но и другие нематериальные элементы «фирмы», и прежде всего торговая марка (или знак обслуживания) франчайзера. Любое лицо — обладатель торговой марки или знака обслуживания, независимо от того, является оно или не является британским подданным, использующее или предполагающее использовать ее в Великобритании, вправе обратиться с заявкой о ее регистрации в Государственный Регистр торговых марок. В Великобритании, как и в других странах членах ЕЭС, принят унифицированный перечень товаров и услуг, в отношении которых требуется регистрация торговой марки или знака обслуживания. Перечень систематизирован по 42 классам, каждый из которых в свою очередь включает набор родственных по своим признакам и назначению товаров или услуг. Торговая марка заявителя регистрируется по соответствующему классу и подклассу, и заявитель получает законную монополию на обладание торговой маркой и право на предъявление судебного иска в случае нарушения его монополии.

Франчайзеры обязаны следить, чтобы не были зарегистрированы торговые марки, которые идентичны или могут быть легко приняты за их собственные торговые марки, и которые другие лица могут использовать при ведении предпринимательской деятельности в отношении товаров или услуг, торговые марки которых тоже требуют регистрации. С целью облегчения контроля законодательно установлены

критерии, по которым можно судить о торговых марках, заявленных к регистрации Регистр торговых марок Великобритании разделен на две части «А» и «Б». В части «А» регистрируются марки, обладающие отчетливыми отличительными признаками, в части «Б» — торговые марки, не нуждающиеся при пользовании в таких четких отличиях. Предъявление исков и судебная защита торговых марок, зарегистрированных в разных частях Регистра, осуществляются по различным процессуальным правилам.

Регистратор тоже призван следить за тем, чтобы не были зарегистрированы марки, повторяющие или напоминающие уже зарегистрированные. Тождество, или подобие, заявляемой торговой марки, уже зарегистрированной, служит основанием для отказа в регистрации. Среди других оснований для отказа в регистрации — недостаточная отчетливость торговой марки (или знака обслуживания) для конкретного класса товаров или услуг, описательный характер торговой марки, излишне широкий перечень товаров или услуг, для обозначения которых регистрируется торговая марка, противоправный, аморальный, скандальный или вводящий в заблуждение характер торговой марки.

Заявки на регистрацию публикуются в специальном «Журнале торговых марок», и, если по истечении установленного периода времени не поступило возражений со стороны заинтересованных лиц, торговая марка регистрируется. Сомнительные или спорные заявки тоже публикуются в журнале с мотивированным возражением Регистратора. Лицо «со стороны» (например, франчайзер), возражающее против регистрации заявленной торговой марки, должно обратиться со своим возражением в Верховный суд Великобритании. Процедура регистрации не может длиться больше двух лет. Но в случае удовлетворения заявки, датой регистрации, от которой идет отсчет срока действия торговой марки, считается дата поступления заявки в Регистр торговых марок.

Подлежит регистрации и торговая марка пользователя (франчайзи), право на которую ему предоставлено правообладателем (франчайзером). Отказ в регистрации не означает прекращения юридической силы торговой марки, но он существенно затрагивает интересы франчайзера, если пользование торговой маркой должно было иметь возмездный характер. В отношении регистрации пользовательских прав на торговую марку Регистратор обладает дискреционными правами, т.е. свободой усмотрения, и, если франчайзер сохраняет за собой право на текущий контроль над тем, каким образом франчайзи пользуется торговой маркой, то она практически во всех таких случаях регистрируется.

В пакете исключительных прав, предоставляемых франчайзером франчайзи, заметную, но, как правило, не центральную роль играют патенты и свидетельства на изобретения, равно как и патентованное оборудование или процессы. В ряде случаев они выступают вообще как побочные либо как производные от других исключительных прав. Главная задача франчайзера обычно сводится к тому, чтобы не допустить получения франчайзи выгод от их использования после прекращения действия франшизного соглашения.

Гораздо более существенную роль в отношениях франчайзинга в Великобритании играет информация о коммерческих и технологических методах деятельности франчайзера (ноу-хау). Она имеет в целом секретный и конфиденциальный характер и защищается по нормам общего права в силу договорных установлений с третьими сторонами в виде ограничений на использование и раскрытие информации, а также отказа от конкуренции и ограничения условий торговли по договору. В принципе возможно сохранить в тайне информацию, сообщаемую одной стороной другой, в силу одних лишь договорных обязательств о неразглашении. Дополнительно можно добиться обеспечения секретности информации, когда между сторонами реально существуют конфиденциальные, или доверительные, отношения.

Трудности для франчайзеров в отношении ноу-хау связаны прежде всего со спецификой данного вида информации, отдельные элементы которой сами по себе могут вовсе не представлять ни коммерческого, ни технологического секрета. Каждый из них в отдельности может быть известен и общедоступен. Секретным и подлежащим защите является лишь способ, метод, система, посредством которых соединяются и используются общедоступные элементы ноу-хау. Именно так, как мы уже видели, трактуются эти особенности ноу-хау Регламентом № 4087/88 ЕЭС. Перед законодательством и судебным правом Великобритании стоит задача руководствоваться правовыми стандартами ЕЭС в этой области в случаях, когда нормы общего права не соответствуют или противоречат таким стандартам.

Особую роль в защите коммерческих секретов и ноу-хау в Великобритании играют нормы авторского права. Вопреки распространенному мнению франшиза содержит большое число существенных элементов, которые могут быть защищены по нормам авторского права. Это — руководства (наставления, инструкции) по ведению бизнеса, прейскуранты, меню, учебные и рекламные материалы, материалы по расширению и развитию бизнеса (включая правила торговли и обслуживания), описания товаров, паспорта на изделия, образцы тканей, витринные выкладки товаров, подставки и устройства

для демонстрации образцов изделий, арматура для оформления торговых помещений, настенные и напольные покрытия

В соответствии с законом об авторском праве защита перечисленных прав осуществляется в принципе по тем же нормам, что и защита прав автора литературного произведения

Промышленные образцы и модели, передаваемые франчайзером для использования франчайзи, защищаются посредством регистрации (в отличие, например, от США, где они защищаются патентом)

§ 2, Федеративная Республика Германии¹⁶¹

Для франчайзинга в Германии характерно наличие большого числа мелких франчайзи, работающих на индивидуальной основе. Это обстоятельство открывает для франчайзеров возможность устанавливать с ними более тесные и личные отношения, что бывает затруднительно в условиях, когда в роли франчайзи выступает коммерческая компания с неизбежно изменяющимся персоналом. Вместе с тем индивидуальный франчайзи, несущий в отличие от юридического лица персональную ответственность всем своим имуществом, более уязвим и зависим от условий соглашения. Эти обстоятельства не могут не оказывать определенного воздействия на правовое регулирование франшизных отношений.

Общее отношение к франчайзингу всех ветвей власти ФРГ характеризуется как одобрительное и поощрительное. В 1986 г. Федеральное правительство тогдашней Западной Германии заявило, что считает позитивной роль франшизных систем с участием независимых партнеров, поскольку они в состоянии оживить рынок. Зачастую только такие системы, говорилось далее в заявлении, и дают возможность мелким и средним предприятиям выдерживать конкуренцию с крупными компаниями и противостоять таким образом общему процессу концентрации экономической мощи. Призвав участников франшизных отношений уважать антимонопольное законодательство, Правительство вместе с тем отметило, что это законодательство дает возможность широко использовать систему франчайзинга, в особенности для мелких и средних предприятий. После объединения Германии широкий комплекс экономических, финансовых, организационных и иных стимулов был создан для становления и развития франчайзинга и в восточно-германских землях ФРГ.

¹⁶¹ Настоящий параграф написан в основном по материалам, изложенным в гааве 8 (Germany) монографии *Franchising in Europe* Р 132–167. Автор главы - A. Schultz

В стране отсутствует отдельное, специальное законодательство о франчайзинге как на федеральном уровне, так и на уровне федеральных земель. Оно не считается необходимым, и потому задача его принятия не ставится. Основу правового регулирования отношений между франчайзером и франчайзи образуют общие принципы гражданского права, и прежде всего принципы свободы договора. Вместе с тем эти отношения, как и статус франчайзинга в целом, испытывают воздействие большою числа законодательных и иных актов регулирования, часть которых призвана защитить интересы экономически более слабых субъектов экономики. Но только немногие из этой последней категории актов обладают обязывающею силою.

Зато растущей активностью в сфере отношений франчайзинга отличаются германские суды. Наиболее распространенная категория судебных дел по франчайзингу связана с защитой интересов франчайзи или с прояснением его статуса как независимого коммерсанта, а также с нечестными условиями соглашений либо с фактами недостаточного раскрытия информации в преддоговорный период. Большинство решений по подобным делам принималось на основе общего законодательства о договорах, без попыток в резолютивной части судебного постановления обобщить особенности франчайзинга и идентифицировать его как отдельный, самостоятельный вид коммерческого договора.

Лишь в отдельных судебных решениях, принятых за последние 15-20 лет, ставился вопрос о франчайзинге как таковом. Прежде всего было признано, что он представляет собой новую форму распределения товаров и услуг. Поскольку франчайзинг не имеет собственной законодательной основы, к нему стали по аналогии применять в основном нормы о дилерской деятельности, или о коммерческой концессии, которые сложились на основе довольно богатой судебной практики по этой разновидности предпринимательства. При этом суды должны были применять такие нормы «с известным благоразумием», как было сформулировано в одном из судебных решений (по делу «Handelsvertreter»), приравнявшего права концессионера по коммерческой концессии на продажу товаров к аналогичным франшизным правам.

Осуществляя судебную практику по дилерским делам, суды вместе с тем по аналогии пользовались и положениями Германского торгового кодекса (ГТК), касающимися статуса и деятельности торговых агентов.

Действуя таким образом, суды оказались в состоянии очертить и вычленить «франшизное соглашение» как отдельную (самостоятельную) правовую форму распределительных, торговых и сервисных отношений. При этом они прошли примерно такой же путь признания франчайзинга, какой был пройден ими до начала 1980-х годов в отношении

вычленения и признания «дилерского соглашения» И поныне, даже с учетом накапливающейся судебной практики по франчайзингу, германские суды при рассмотрении споров по франшизным соглашениям прибегают по аналогии к судебным решениям по дилерским делам либо обращаются непосредственно к нормам ГТК о торговых агентах

Тем не менее в отношении франшизных (как и дилерских) соглашений в германском праве поныне остается открытым ряд существенных вопросов Хотя теоретические споры о правовой природе франчайзинга в Германии все еще продолжаются, в целом, как уже говорилось в одном из предыдущих параграфов настоящей работы, сформировалось убеждение, что франшизные соглашения — это гибридные договоры, включающие в себя многочисленные элементы юридически родственных франчайзингу договоров Поэтому в отношении каждого из таких отдельных элементов должны применяться законы, нормы и правила, предназначенные для регулирования именно этого элемента договора

Несмотря на отсутствие четкой и юридически однозначной идентификации франшизного соглашения, к нему в полной мере применяется общий принцип «добросовестности», сформулированный в ст 242 Германского гражданского кодекса (ГТК), которым обязаны руководствоваться стороны при заключении гражданского договора любого вида Этот основополагающий принцип интерпретировался судами бесчисленное число раз, и судебные решения неизменно исходили, во-первых, из интересов сторон и, во-вторых, из собственных представлений суда о «честной», «справедливой» деловой практике

Франшизные соглашения в Германии являются, как правило, средне- и долгосрочными За период действия соглашения может измениться не только законодательство, но и само судебное право Поэтому сторонам соглашения приходится формулировать его условия таким образом и предусматривать такую технику договорного процесса, чтобы германские суды, известные своей приверженностью принципу «добросовестности», не сочли его нарушенным даже при изменившихся правовых нормах

В соответствии с общим договорно-обязательственным правом ФРГ основные условия франшизных соглашений сводятся к следующему Что касается сроков действия соглашения, то в отношении них нормативных указаний не существует Франшизное соглашение — это инвестиционный договор, при котором обе стороны инвестируют капитал в совместный проект франчайзер — в основном в виде нематериальных активов (средств индивидуализации и других исключительных прав), франчайзи — в виде финансовых и иных материальных

ресурсов. Чтобы реализовать инвестиции и получить удовлетворяющую обе стороны прибыль, соглашение должно иметь достаточно продолжительный период действия. В Германии срок действия соглашения, который можно считать стандартным, колеблется от 3 до 5 лет. При осуществлении более значительных инвестиций период действия соглашения может достигать до 10 и даже более лет. Соглашение продолжительностью более 20 лет, как правило, судами не признается.

Соглашение с фиксированным сроком действия прекращается с истечением этого срока, если в нем не предусматривается возобновление соглашения на новый срок. В практике франчайзинга в Германии таких возобновлений обычно не бывает.

Соглашение может быть заключено и без указания срока его действия, но при этом в нем должно содержаться положение о предварительном уведомлении другой стороны в случае, если одна из сторон намеревается прекратить соглашение. Сроки уведомления, очевидно, тоже должны указываться в соглашении (ГТК предусматривает минимальные сроки уведомления только для агентских договоров). В общем «разумными» или «подходящими» для франшизных соглашений в Германии считаются сроки уведомления от 3 до 6 месяцев после истечения календарного квартала. Для соглашений, считающихся долгосрочными, срок уведомления может быть увеличен до 1 года. В одном из судебных дел (1992 г.) суд признал надлежащим срок уведомления за 2 года.

Для прекращения франшизного соглашения в обычном порядке (с уведомлением) не требуется объяснения его причин или представления достаточных оснований. Для всех видов договоров в германском праве признается прекращение договора без уведомления «по важной причине» или «в особом случае». Ст. 89 «а» ГТК, распространяющая право прекращения без уведомления на договоры агентирования, применяется по аналогии и к франшизным соглашениям. Согласно ей прекращение соглашения с немедленным юридическим эффектом считается оправданным в случае, если причина для этого столь важна, что от другой стороны нельзя ожидать, что она сможет следовать договорным отношениям до их истечения или до истечения срока уведомления. Имеется в виду случай, когда нарушение обязанностей прервавшей соглашение стороной наносит ущерб до такой степени, что ставит под угрозу предпринимательские цели всей франшизной сети. Но даже при наличии такой оправданной причины уведомление должно быть сделано в разумно короткие сроки хотя бы в последующем порядке (такими сроками считаются от 2 до 6 недель после того, как стало известно о событии).

Потерпевшая сторона в результате такого прекращения договора вправе предъявить иск о компенсации убытков в связи с утратой своей репутации и деловых связей в отношении приобретенных новых клиентов. Требование о компенсации предусматривается ст. 896 ГТК для торговых агентов, и, если в договоре стороны соглашались взаимно отказаться от этого требования, то, в соответствии с той же статьей ГТК, такой отказ считается юридически недействительным и не имеющим силы. Директива ЕС 1986 г. о торговых агентах ввела положение о недействительности отказа сторон от требования о компенсации для всех государств-членов ЕС.

Ст. 896 ГТК важна и для отношения франчайзинга, потому что в течение многих лет германские суды применяют по аналогии ее условия к дилерским соглашениям. В отсутствие же судебных постановлений по этому вопросу в отношении франшизных соглашений, решения судов по дилерским делам могут, как говорилось выше, применяться к франчайзингу. Для этого необходимо, чтобы основные условия дилерских соглашений совпадали с условиями франшизных.

Суды применяют положения ст. 896 ГТК к дилерским соглашениям при условии, что дилер, во-первых, полностью интегрирован в распределительную систему изготовителя или поставщика продукции, и что, во-вторых, он обязуется по соглашению предоставлять изготовителю или поставщику продукции имена и адреса своих клиентов и потребителей не только после истечения срока действия соглашения (чтобы их можно было использовать в дальнейшей коммерческой деятельности изготовителя или поставщика), но и в процессе текущего выполнения дилером руководств и инструкций изготовителя (поставщика).

Статус и обязательства франчайзи в основном отвечают этим требованиям судов. Поэтому существует своего рода презумпция, что суды, рассматривая требования франчайзи о компенсации убытков, понесенных в результате прекращения соглашения, придут к тем же выводам, как и в случае с дилерским соглашением. Размер компенсации дилера в свою очередь определяется судами по аналогии с судебными решениями, связанными с компенсацией торгового агента. Согласно ст. 896 ГТК, размер компенсации последнего должен быть равен его среднему ежегодному комиссионному вознаграждению за последние 5 лет. Пользуясь аналогиями, можно заключить, что компенсация франчайзи может быть выражена через его валовую прибыль или часть такой прибыли.

Существенное значение для франчайзи может иметь также положение ст. 896 ГТК, согласно которому компенсация не предусматривается в случае, когда соглашение было прекращено по «важной причине» самим торговым агентом, причем эта причина возникла по его же

вине Путем умозаключений по аналогии франчайзи может быть освобожден судом от уплаты компенсации франчайзеру если он допустил использование фирменного наименования, торговой марки или иного средства индивидуализации франчайзера, а также его ноу-хау после прекращения действия соглашения

Германское право трактует обязательства франчайзи, связанные с его отказом от конкуренции в течение срока действия франшизного соглашения, как неотъемлемый элемент его лояльного отношения к франшизной сети участником которой он является По-иному оценивается отказ от конкуренции, требуемый от бывшего франчайзи после прекращения соглашения Он допускается при условии, что не создает чрезмерных препятствий бывшему франчайзи при выполнении им профессиональных занятий в материальном, локальном и временном отношениях Требования последоговорного отказа от конкуренции признаются также при условии, что они не перерастают рамки законных интересов франчайзера

Вместе с тем в постановлениях Верховного суда ФРГ указывалось, что обязательства об отказе от конкуренции после прекращения соглашения не могут налагаться на срок, превышающий 2 года При этом, как постановил Суд, бывшему франчайзи должна выплачиваться «соответствующая компенсация» Ни размеры компенсации, ни порядок ее уплаты на были уточнены В одном из дел (1992 г) Федеральный суд указал, что включенное в соглашение условие о последоговорном отказе франчайзи от конкуренции не может рассматриваться как недействительное, если в нем не предусмотрена компенсация В любом случае она должна выплачиваться

Вопросы выделения и использования договорной территории, на которой франчайзи должен осуществлять свою коммерческую деятельность, регулируются как общим договорно-обязательственным правом, так и законодательством о распределительно-посреднических отношениях, эксклюзивной торговле В одном из рассматриваемых им дел Верховный суд постановил, что изготовитель продукции не мог в одностороннем порядке сократить договорную территорию дистрибьютора своей продукции, хотя в соглашении такое право изготовителя было предусмотрено Суд признал недействительными условия соглашения, содержавшие это право, на том основании, что оно нарушает закон об общих условиях торговли

Уровень развития франчайзинга в ФРГ, как и в других странах Европейского союза, во многом определяется характером и направленностью антимонопольного законодательства Главный законодательный акт ФРГ в этой области — закон 1957 г о борьбе против ограничения

конкуренции (ЗБОК), ныне действующий в редакции от 20 02 1990 г. В той мере, в какой франшизные (как и другие торговые) отношения выходят за пределы ФРГ и распространяются на другие страны ЕС, они подпадают под действие антимонопольных положений Римского договора и Регламента КЕС № 4087/88. В случае, если КЕС воздерживается от принятия антимонопольных мер по вопросам, составляющим ее компетенцию, их решают антимонопольные органы ФРГ. Германские суды, например, принимают к производству дела о признании недействительными заключенных соглашений и о возмещении ущерба, которые входят в юрисдикцию органов ЕС.

В отличие от положений ст. 81 Римского договора, запрещающей любые соглашения, предусматривающие ограничения конкуренции, германский ЗБОК делает различие между соглашениями, направленными на ограничения конкуренции по горизонтальному и вертикальному признакам. Горизонтальные ограничительные соглашения рассматриваются как картельные и в принципе подлежат запрету, если только они не признаны в выраженной форме германским правом. Конкретно, они получают право на существование, если против этого не возражает Федеральное картельное управление, в котором они обязаны быть зарегистрированы. Что касается вертикальных ограничительных соглашений, то они по существу не запрещаются, если не считать те из них, которые предусматривают ограничение свободы конкуренции только одной стороны соглашения, причем в отношении содержания сделок с третьими лицами (например, относительно цен и других основных условий сделки). Вертикальные ограничительные соглашения освобождаются от регистрации в Федеральном картельном управлении. Они подлежат лишь контролю со стороны Управления на предмет злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Франшизные соглашения в принципе рассматриваются как договоры о вертикальной кооперации между изготовителем продукции и ее дистрибьюторами и в этом качестве, в соответствии с ЗБОК, должны подвергаться контролю со стороны упомянутого Управления. Тем не менее франшизные соглашения не гарантированы от запрета, потому что в них тоже могут содержаться элементы горизонтальных ограничений. К тому же франшизная сеть может входить в более крупные горизонтальные структуры, например, типа кооперативных ассоциаций. Поэтому франшизные сети и кооперативные ассоциации в ФРГ еще на ранних стадиях своего договорного формирования предпочитают провести чрезвычайно детальные консультации с Картельным управлением, которое относится к франчайзингу и кооперативам очень благожелательно.

Следуя требованиям ЗБОК, франшизные соглашения, предусматривающие исключительные обязательства как одной, так и обеих сторон, должны быть совершены в письменной форме. В такой же письменной форме должны составляться соглашения, когда в них четко и конкретно изложены взаимные права и обязанности сторон. Германские суды придают большое значение соблюдению должной формы *франшизного соглашения*, и: в судебной *практике имели место случаи*, когда соглашение признавалось недействительным из-за дефекта формы спустя много лет после его заключения.

Ни одно из наиболее характерных для франчайзинга ограничительных условий, налагаемых сторонами, таких, например, как условия исключительной торговли, ограничения по территории или по источникам поставок, связанная торговля, отказ от конкуренции, сами по себе, без учета конкретных обстоятельств заключения и реализации франшизного соглашения, не трактуются Картельным управлением как нарушение ЗБОК и крайне редко вызывают негативное отношение с его стороны. В этом отношении позиция антимонопольного законодательства ФРГ отвечает позиции антимонопольного законодательства ЕС. Несовпадение позиций касается только вопроса о фиксации цен или предписания других условий для розничного торговца.

ЗБОК такие фиксации и предписания безусловно запрещает, причем распространяет запрет и на франшизные соглашения. Некоторое послабление делается для товаров, имеющих обозначение своего происхождения (изготовителя или импортера), либо для маркированных товаров, в отношении которых допускаются «необязывающие» рекомендации цен со стороны изготовителя или импортера, причем с соблюдением *некоторых условий, детально изложенных в ЗБОК*. Но никакие ценовые рекомендации не допускаются в отношении немаркированных товаров, а также в отношении любых услуг.

Федеральное картельное управление последовательно придерживается этой позиции, несмотря на ее несоответствие положениям Регламента № 4087/88 КЕС и постановления Суда Европейских сообществ по делу «Pronuptia». Как уже говорилось выше, оба эти документа разрешают франчайзеру делать рекомендации франчайзи в отношении цен на товары или тарифов на услуги при условии, что речь идет именно о рекомендациях, а не о принуждении и, что они не нарушают требований ст. 81 (1) Римского договора. Вместе с тем Картельное управление заявило, что принимает во внимание позицию КЕС и Европейского суда и будет вмешиваться в вопросы ценовых рекомендаций для франчайзи только в тех случаях, когда будут выявлены серьезные злоупотребления (например, когда рекомендации

сопровождаются такими дополнительными действиями, которые превращают их в принудительные).

Другое направление борьбы с нарушениями свободы конкуренции - пресечение злоупотреблений, связанных с доминированием (господством) на товарных рынках. ЗБОК запрещает предприятиям или группам предприятий, господствующим на рынке, прибегать в своей *предпринимательской деятельности к недобросовестной практике* создания прямых или косвенных помех другим предприятиям либо проявлять разное отношение к однотипным предприятиям, если не существует причины, оправдывающей такое разное отношение. Применительно к франчайзингу это положение закона означает, что франчайзеру запрещается дискриминировать тех или иных франчайзи в рамках франшизной сети в отношении цен на продаваемые им товары или в отношении других условий либо досрочно прекращать соглашения с неудобными ему франчайзи.

Такое же запрещение на основании ЗБОК применяется к предприятию или группе предприятий в случае, когда злоупотребление господствующими позициями проявляется в отношении зависимых от них мелких или средних поставщиков либо потребителей определенных видов товаров или услуг (навязывание необычных по сравнению с общепринятыми коммерческих условий, недобросовестное препятствование в деятельности и т.п.). Причем Картельное управление может контролировать соглашения на предмет таких злоупотреблений не только на уровне национального рынка, но и на региональном уровне и даже в отдельных отраслях.

На франшизные соглашения, включающие лицензии на патенты, полезные модели, ноу-хау и иную охраняемую информацию, распространяются нормы ЗБОК о защите свободы конкуренции в сфере исключительных прав на интеллектуальную собственность. Закон допускает ограничения таких прав, но только в нескольких случаях, прямо перечисленных в законе. Это, в частности, случаи, когда приобретатель прав или лицензиат: 1) принимает на себя ограничения таких прав постольку, поскольку и до тех пор, пока они оправданны интересами продавца или лицензиара в технически безошибочном использовании предмета лицензии; 2) связывает себя обязательствами в отношении цены на изделие, которая должна быть зафиксирована с целью защиты прав на него; 3) обязуется не оспаривать предоставленное по лицензии и подлежащее защите право; 4) принимает на себя обязательство, связанное с ограничением конкуренции на рынках, находящихся вне сферы действия ЗБОК постольку, поскольку такие ограничения прекращаются по истечении срока действия приобретенного или залицензированного права.

Допускаемые ЗБОК ограничения не совсем соответствуют конкурентному законодательству ЕС, и поэтому в этой области возможны конфликты германского права с правом ЕС

Другие ограничения прав интеллектуальной собственности помимо перечисленных ЗБОК признаются недействительными. Тем не менее, тщательно изучив условия соглашения и связанные с ним обстоятельства, Картельное управление может разрешить некоторые из них. При этом Управление исследует как собственные ограничительные условия лицензии, так и общие ограничительные условия соглашения, которые регулируются по разным разделам ЗБОК, не отдельно, а в общем, едином контексте. Только такой подход возможен и необходим для оценки франшизных соглашений на предмет их соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

В сфере договорной ответственности сторон (в том числе по франшизному соглашению) за качество поставляемой или продаваемой продукции или услуг действуют следующие основные положения германского права. Если франчайзер или иной назначенный им изготовитель поставяет франчайзи дефектные товары, то согласно Германскому гражданскому кодексу (если оно применимо к данному случаю) ответственность обязан нести поставщик таких товаров. Он должен либо забрать дефектные товары, либо соответственно снизить цену на них. Если товары оказались не того качества, которое было обусловлено в соглашении или, если имеет место злоумышленное сокрытие дефекта, поставщик несет ответственность перед франчайзи за все причиненные ему убытки. Если дефектные товары причинили ущерб другому лицу или его имуществу, поставщик обязан нести ответственность в том случае, если он принял на себя специальное обязательство инструктировать клиента (покупателя) обращению с товаром либо контролировать качество продаваемых товаров. Любая ответственность за дефектные движимые товары, за исключением ответственности за злоумышленное сокрытие дефекта, имеет по германскому законодательству 6-месячный срок давности после поставки товара.

Помимо указанных видов договорной ответственности любая из сторон несет полную ответственность за такие нарушения обязательств, как задержка поставок, неверные действия по обязательствам либо бездействие лип, занятых осуществлением договора (служащих, торговых агентов, субподрядчиков). Разумеется, эти виды ответственности полностью распространяются и на участников франшизных соглашений, причем не только торгово-распределительных, но, по германскому законодательству — и сервисных. Особое значение для франчайзинга имеет и предусмотренная законом ответственность за действия вводящие

в заблуждение в процессе переговоров о заключении договора. Такие действия служат основанием для иска к виновной стороне.

За последние 20—25 лет судебной практикой ФРГ была разработана особая система деликтной ответственности изготовителя продукции, причем безотносительно к тому является он стороной в договоре или нет. При этом было отменено бремя доказательства. Если вред лицу и ущерб имуществу был нанесен в результате правильного использования дефектной продукции изготовителя, то последний обязан доказать, что он не несет ответственности за дефект конструкции изделия, за его изготовление или инструкцию по пользованию. Если он не может представить такие доказательства, то несет ответственность за все причиненные убытки, включая имущественный ущерб, а также в виде компенсации за боль и страдания потерпевшего лица. Сказанное относится и к ответственности франчайзера, а также любого назначенного им изготовителя продукции. Ответственность изготовителя возникает и в результате нарушения требований какого-либо из многочисленных новых «отраслевых» законов (типа законов о безопасности технического оборудования, о медицинских препаратах и т.п.).

С 01.01.1990 г. в ФРГ вступила в силу Директива ЕС об ответственности за качество продукции от 25.07.1985 г. Она предусматривает все виды деликтной ответственности изготовителей продукции в ЕС и возмещения ущерба, за исключением компенсации за боль и страдания. В качестве изготовителей продукции Директива рассматривает не только лиц, изготовивших ее, но и тех, которые зафиксировали на продукции фирменное наименование и торговую марку, а также лиц, импортирующих продукцию в ЕС. Тем самым был резко расширен круг лиц, несущих ответственность за дефектную продукцию. В него попали, в частности, и франчайзи, изготавливающие продукцию или предоставляющие услуги по лицензии франчайзера. Директива ЕС не оказала серьезного влияния на правовые основы ответственности изготовителей продукции в ФРГ, потому что они к этому времени были уже сформулированы в решениях судов.

Исковая давность по искам об ответственности изготовителей продукции погашается по закону через 3 года после того, как стало известно о причиненном ущербе или была установлена личность изготовителя. Согласно вновь принятому Закону об ответственности за качество продукции, все иски становятся недействительными спустя 10 лет после того, как изготовитель запустил в оборот дефектную продукцию. По искам, основанным на нормах традиционного германского гражданского права, по-прежнему сохраняется в силе норма об абсолютной исковой давности, равная 30 годам.

Франчайзер, изготовивший дефектную продукцию, несет ответственность и перед клиентами (потребителями, покупателями) своих франчайзи. Полностью избежать такой ответственности невозможно. С помощью четко изложенных условий франшизного договора франчайзер может ограничить свою ответственность, но когда речь идет о дефекте конструкции, недостатках заводского контроля или инструкций по пользованию, то такие условия вполне могут быть признаны судом недействительными. Немного шансов быть реализованным имеет и особое условие об «обеспечении безвредности», содержащееся в стандартном франшизном соглашении и предусматривающее обязанность франчайзи возместить франчайзеру убытки, понесенные в результате исков конечных потребителей. В германской правовой системе отсутствуют такие средства судебной защиты, как убытки, присужденные в порядке наказания.

Важнейшие условия франшизного соглашения, составляющие по сути его предмет, регулируются в ФРГ, как и в других странах, законодательством о промышленной и интеллектуальной собственности. Существенную роль в таком регулировании играет и судебная практика.

Поскольку рыночный имидж франшизной сети зависит прежде всего от авторитета торговой марки франчайзера, то его главной заботой является защита и поддержание престижа своей марки. Защита торговых марок и приравненных к ним знаков обслуживания обеспечивается в Германии в первую очередь посредством их регистрации Патентным бюро. Правила регистрации, в том числе формальные требования к торговым маркам (отчетливость, новизна и т.д.) содержатся в законе о защите торговых марок. Если марка отвечает установленным требованиям, она регистрируется, а сообщение о регистрации публикуется Патентным бюро. Законом предусматриваются обычная процедура рассмотрения дорегистрационных возражений со стороны заинтересованных лиц и порядок разрешения конфликтов в связи с такими возражениями и оспариваниями прав на марку или знак обслуживания. Зарегистрированная торговая марка законна в течение 10 лет и может быть неоднократно возобновлена всякий раз на очередные 10 лет.

В Германии признаются и защищаются судами «знаменитые» торговые марки. Поскольку они пользуются выдающейся известностью и авторитетом, сложившимся в течение длительного времени, их регистрация не обязательна. Но защищаются они от незаконного использования в обычном порядке.

Иностранный франчайзер вправе подать заявку на регистрацию торговой марки в случае, если он учредил свой филиал или отделение в Германии или в иной стране, которая предоставляет германским предприятиям режим деятельности на условиях взаимности

Передача права на торговую марку возможна только при условии осуществления приобретателем деятельности (или разновидности деятельности), которая основывается на использовании данной марки. Хотя предоставление торговых марок в пользование широко распространено, но по закону оно в Германии не предусматривается. Поэтому и понятия лицензионного соглашения не существует. Нет, соответственно, и понятия сублицензии, хотя пользователь с согласия право-владельца может предоставлять право пользования торговой маркой третьему лицу. Такие соглашения о передаче прав на объекты интеллектуальной собственности образуют особый вид договоров, содержащих определенные ограничения свободы конкуренции для своих участников и обладающих исковой силой. В этом качестве они должны соответствовать положениям антимонопольного законодательства ФРГ и Европейского союза.

Такие, условно говоря, «лицензионные соглашения», как и сам «лицензиат» не подлежат регистрации в Регистре торговых марок. Но «лицензиат» вправе, а иногда прямо обязывается по соглашению, преследовать в судебном порядке от собственного имени любые нарушения прав на торговую марку.

Ключевой элемент интеллектуальной собственности франчайзера - ноу-хау - не имеет определения в германском законодательстве и как таковой специально не охраняется. Но в той мере, в какой информация, содержащая ноу-хау, отвечает в конкретном случае понятию «коммерческий секрет», она охраняется законом «О недобросовестной конкуренции 1909 г.». Закон направлен в основном на защиту коммерческих секретов действующими или бывшими служащими — обладателями таких секретов. Но при определенных обстоятельствах это положение закона может применяться и к франшизным соглашениям. Кроме того, коммерческие секреты защищаются и ст. 90 ГТК, которая распространяет их на бывших торговых агентов, имевших доступ к таким секретам. Однако судебной практикой не было установлено, может ли ст. 90 ГТК применяться по аналогии к бывшим франчайзи.

Существующее положение с правовой охраной ноу-хау недостаточно удовлетворительно для франчайзеров. В таких условиях они должны идти по пути тщательного детального формулирования договорных обязательств франчайзи в отношении соблюдения конфиденциальности информации, в том числе обязательств на последоговорный период. Авторитет коммерческих секретов подкрепляется и уголовными санкциями. При этом, если франчайзи не зарегистрирован в качестве коммерсанта (торговца), наказание по суду может быть для него снижено. Но даже если франчайзи является коммерсантом, условие

о его наказании может быть признано недействительным, если оно несоразмерно тяжести нарушения.

Договорное обязательство о соблюдении секретности ноу-хау в течение срока действия соглашения может быть нарушено в результате его досрочного прекращения без предварительного уведомления другой стороны. Иск о возмещении ущерба в таком случае может быть основан одновременно на положениях ст. 823 Германского гражданского кодекса и закона «О недобросовестной конкуренции 1909 г.». В подобных случаях, однако, франчайзеру трудно доказать факт нарушения обязательства о соблюдении секретности и, соответственно, обосновать иск о возмещении ущерба в связи с таким нарушением.

В сфере правового регулирования отношений франчайзинга в ФРГ остается актуальным вопрос о профессиональном и трудовом статусе франчайзи. Высокая степень обусловленности коммерческой деятельности франчайзи руководящими указаниями франчайзера иногда приводит к неверной оценке этого статуса. В частности, в судебной практике имели место решения, правда, судов низших инстанций, в которых индивидуальные франчайзи квалифицировались как служащие франчайзера. В пользу такой трактовки франчайзи выражались и отдельные мнения в юридической литературе. Однако господствующие позиции, подкрепленные суждениями Федерального суда ФРГ, Федерального суда по трудовым спорам, ряда Апелляционных земельных судов ФРГ, принадлежат сторонникам той точки зрения, что типичный франчайзи — это независимый коммерсант, самостоятельно несущий предпринимательские риски. В этих судебных решениях подчеркивалось, что франчайзи должен рассматриваться именно таким образом, несмотря на его полную интеграцию во франшизную сеть, контроль, детальный инструктаж и управление им со стороны франчайзера, что не может не ограничивать самостоятельности франчайзи.

Вместе с тем в решениях судов отмечалось, что франчайзеры не должны ограничивать действия франчайзи в большей степени, чем это необходимо для должного функционирования франшизной сети. Апелляционный суд Дюссельдорфа по трудовым спорам, сформулировавший это положение наряду с другими судами, в одном из рассматриваемых им дел установил, что превратить франчайзи в служащего не может даже то обстоятельство, что он обязан еженедельно сообщать франчайзеру адреса своих клиентов, регулярно предоставлять ему полные отчеты о своих торговых оборотах, обеспечивать франчайзеру неограниченный доступ к своим бухгалтерским книгам.

Тем не менее, устанавливая признаки франчайзи как независимого предпринимателя, суды не всегда бывают до конца последовательными

и иногда допускают формулировки, которые позволяют усомниться в независимом предпринимательском статусе франчайзи. Тот же самый Апелляционный суд Дюссельдорфа, например, по тому же самому судебному делу определил, что условиями франшизного соглашения предусматриваются количество и график рабочих часов, а также период ежегодного отпуска франчайзи, фиксируемые франчайзером, едва ли не полная зависимость франчайзи от «аппарата» франчайзера в сфере отчетности, несвободу франчайзи в выборе товаров и услуг продаваемых им в своих франшизных заведениях, персональную ответственность главного акционера предприятия-франчайзи по обязательствам, которые предприятие как юридическое лицо приняло перед франчайзером, предписание франчайзером розничных цен для франчайзи и некоторые другие

В этот перечень странным образом попали как договорные условия, прямо запрещенные германским антимонопольным законодательством (фиксация цен) и потому автоматически недействительные, так и условия, характерные, скорее, для наемных оплачиваемых служащих, а не для франчайзи. Федеральный суд по трудовым спорам этого решения дюссельдорфского суда не поддержал, но, опять-таки, не по концептуальным, а по некоторым процессуальным причинам, что позволяет говорить о том, что в принципиальном вопросе разграничения оплачиваемого служащего как зависимого от нанимателя лица и подлинного франчайзи как независимого предпринимателя окончательная точка еще не поставлена

§3. Франция¹⁶²

Считается, что Франция — единственная европейская страна, имеющая специальное законодательство о франчайзинге. На самом деле это не совсем так. Реально отношения франчайзинга регулируются прежде всего в соответствии с общими положениями гражданского законодательства Франции (в том числе французский гражданский кодекс — ФГК) и договорно-обязательственного права. Судебная практика во Франции, как и в других государствах континентального права, не является самостоятельным источником права. Тем не менее решения высших судебных инстанций служат в качестве руководящих, авторитетных разъяснений и рекомендаций для низших судов.

¹⁶² Параграф написан в основном по материалам, изложенным в главе 7 (France) монографии *Franchising in Europe* Р 107—131. Автор главы — G Santereau. В параграфе приводятся отдельные положения французского законодательства, принятого уже после написания указанной главы ее автором.

Положения Регламента № 4087/88 КЕС, других аналогичных актов ЕС, а также многочисленных международных конвенций, стороной в которых является Франция, подлежат прямому применению в стране. В той части, в какой они относятся к франчайзингу, они, естественно, применяются и к нему,

Франция - действительно единственная европейская страна, в которой принят закон, непосредственно адресованный франчайзингу. Но его нельзя отнести к чисто франшизному законодательству хотя бы по той формальной причине, что им регулируются отношения лиц еще в преддоговорный, предфраншизный период, когда вовсе не предопределено, что одно из таких лиц станет франчайзером, а другие - его франчайзи. К тому же этот закон распространяется на все виды лицензионных, агентских, представительских и т.п. отношений, и франчайзинг, таким образом, — лишь часть его юрисдикционной сферы.

Закон, о котором идет речь (№ 89-1008 от 31.12.1989 г.), звучит так: «О развитии коммерческих и кустарных предприятий и улучшении экономических, правовых и социальных условий их функционирования»¹⁶³. Как явствует из его названия, закон призван создать благоприятные условия для укрепления позиций прежде всего малого и среднего бизнеса и, в частности, уменьшить его зависимость от крупных фирм, специализирующихся на «продаже» собственных средств индивидуализации и ноу-хау. Так, закон содержит требования к правообладателю о предварительном, преддоговорном раскрытии необходимой информации лицу, которое намеревается приобрести в возмездном порядке исключительные права. Характерно, однако, что закон был принят по инициативе очень влиятельной и активной Французской федерации франчайзинга, что говорит о его значении прежде всего для этого вида договоров.

Главная цель закона 1989 г. состоит в том, чтобы защитить интересы лица, приобретающего исключительные права, от неполной или недостоверной информации о «фирме», которая может быть сообщена ему правообладателем до заключения договора о «продаже» таких прав, что впоследствии, в процессе выполнения договора, может сыграть пагубную роль в предпринимательской судьбе пользователя. Поэтому закон и говорит о предпродажном раскрытии информации, т.е. о сообщении пользователю определенных сведений о правообладателе еще до предоставления ему исключительных прав.

Ст 1 закона 1989 г. устанавливает, в частности, что любое лицо, предоставляющее другому лицу лицензию на использование фирменного

¹⁶³ Journal officiel de la Republique Fiancaise, 02/01 1990

наименования, торговой марки или логотипа на условиях полной или частичной исключительности прав такого использования, должно до начала исполнения любого соглашения, заключенного сторонами во взаимных интересах, предоставить другой стороне особый документ, содержащий честную информацию, позволяющую этой другой стороне принимать решения на основе такой информации. Этот особый документ (обязательные условия которого позднее были изложены в отдельном декрете¹⁶⁴) должен, помимо прочего, включать сведения о продолжительности и опыте предпринимательской деятельности лицензиара, положении на рынке и возможностях его расширения, значении розничной сети, сроке действия, условиях возобновления и прекращения соглашения, возможностях передачи франшизы, объеме исключительных прав.

В случае, если до начала исполнения соглашения потребуется уплата любых денежных сумм, в особенности для того, чтобы получить исключительные права на оговариваемой территории, то обязательства, принимаемые в возмещение таких платежей, должны быть изложены в письменной форме, равно как и взаимные обязательства сторон на случай их утраты. Упомянутый документ, а также предлагаемый текст соглашения должны быть представлены минимум за 20 дней до начала исполнения соглашения либо в случае необходимости — до уплаты любых денежных сумм.

Приведенные положения закона 1989 г. свидетельствуют, что законодатель стремится, во-первых, предотвратить вероятность злоупотреблений со стороны франчайзера, требуя от него предоставления необходимых сведений в обязательном порядке и, во-вторых, заставить франчайзера принять письменные обязательства еще до заключения договора с франчайзи, если последний уплатил ему какие-либо суммы в счет будущих франшизных услуг.

Если на преддоговорном этапе, говорится далее в законе, франчайзи обращается в суд с жалобой на франчайзера, последний обязан предоставить суду все документы, а также необходимую информацию и проект договора минимум за 20 дней до его заключения. Следуя общим принципам французского договорного права, суд выносит в таких случаях решение о прекращении договора (если таковой был заключен) по причине его несоответствия таким принципам, и франчайзи вправе требовать возмещения убытков. Основные принципы ФГК позволяют требовать такого возмещения либо на основании

¹⁶⁴ Декрет № 91-337 был принят 04.04.1991 г. — Journal officiel de la Republique Francaise, 06.04.1991.

договорной ответственности поставщика товаров или услуг в случае, если они оказывались со скрытыми дефектами (ст 1146 ФГК), либо на основании деликтной ответственности в случаях, когда между сторонами не существует договора (ст 1382 ФГК)

Закон 1989 г. обладает несколькими особенными чертами, которые уже проявились, несмотря на пока еще небогатую судебную практику его применения. Во-первых, он относится, как отмечалось, ко всем видам соглашений, связанных с продажей лицензии, агентированием и представительством. Во-вторых, он применяется ко всем категориям франчайзеров во Франции, как к индивидуальным, так и корпоративным, независимо от страны их происхождения и их организационно-правовой формы, на французском рынке (совместное предприятие, филиал иностранной компании, субфранчайзер) в течение всего периода функционирования франшизной сети. В-третьих, закон исходит из того, что лицензиар является первоначальным обладателем торговой марки во Франции. В-четвертых, закон по своей юридической силе не превосходит положений Регламента № 4087/88 КЕС.

Надо отметить и то обстоятельство, что в упомянутом декрете № 91-337 сформулированы условия предпродажного раскрытия информации столь расплывчато и неопределенно, что трудно добиться их соответствия. Едва ли можно обойтись без судебного разбирательства, чтобы быть в состоянии уверенно сказать, что подразумевают требования декрета, К тому же, хотя базовый закон ограничивается только преддоговорным раскрытием информации, декрет идет дальше этого. Так, например, он требует, чтобы будущий франчайзер открыл свою отчетность за 2 предыдущих года. Тем самым декрет фактически задерживает как минимум на 2,5 года вхождение на французский рынок любого иностранного франчайзера, создающего свой филиал во Франции.

Порядок заключения франшизного соглашения, так же как и порядок его прекращения, определяются Французским гражданским кодексом. В частности, одностороннее прекращение соглашения регулируется согласно положениям ст. 1183 ФГК, прекращение, обусловленное условиями соглашения, — ст. 1656 ФГК; прекращение вследствие резкого и непредвиденного изменения обстоятельств, при которых было заключено соглашение (фрустрация договора), а также его прекращение по суду — в соответствии со ст. 1184 ФГК. Что касается прав и обязанностей сторон франшизного соглашения после его прекращения, то они всецело определяются условиями соглашения в соответствии с общим договорно-обязательственным правом Франции.

Следуя его положениям, а также положениям ФГК, франчайзер не должен нести ответственности в случаях, когда к нему предъявляются

требования со стороны потребителей и клиентов франчайзи, поскольку между франчайзером и этими лицами не существует никаких договорных отношений. Но франчайзер несет ответственность, если истцу удастся доказать наличие прямого «управления» операциями франчайзи со стороны франчайзера. Это не совсем четкое положение не отвечает на вопрос о том, какого рода ответственность в данном случае (индивидуальную, солидарную, субсидиарную) и в каком порядке несет каждая из сторон франшизного соглашения. Не только во Франции, но и в других странах вопрос об ответственности франчайзера перед потребителями за действия франчайзи по распространению продукции и оказанию услуг, произведенных самим франчайзером или франчайзи под фирменным наименованием и/или торговой маркой франчайзи, решается в каждом конкретном случае в соответствии с общим гражданским договорным законодательством. Большую роль при этом играет законодательство о правах потребителей, фальсификации товаров, стандартах качества.

В частности, закон о защите прав потребителей (№ 78-23 от 10.1.1978 г.) позволяет Правительству Франции запрещать либо ставить под контроль изготовление, импорт, обладание продукцией, представляющей опасность при правильном пользовании ею, а также предложение прав, продажу, маркировку фирменным наименованием или торговой маркой, упаковку и использование такой продукции. Такие же контрольные процедуры и запреты распространяются на услуги. В качестве стороны в гражданских и уголовных делах против изготовителей или распространителей такой продукции могут выступать не только потребители, но и потребительские организации.

Законодательство о преступных обманах и фальсификации позволяет государственным органам конфисковывать продукцию, представляющую серьезную и реальную угрозу потребителям, либо если существует угроза интересам потребителей в результате нечестной торговли. Конфискация осуществляется по предписанию председателя суда первой инстанции. Специальным законодательством предусматриваются положения о маркировке товаров, правила импорта промышленной и сельхозпродукции, о недопущении в этой области контрактных соглашений, принятых в нарушение свободы договора, а также навязываемых условий кредитования.

Во Франции узаконено прямое применение Директивы ЕС об ответственности изготовителя продукции (№ 85/374 от 25.4.1985 г.) Когда речь идет о франчайзинге, франчайзи может предъявить иск к франчайзеру и добиваться его ответственности либо за нарушение условий конкретного франшизного соглашения по законодательству

о защите прав потребителей и положений Директивы ЕС, либо за нарушение условий коммерческого договора по нормам ФГК и общего договорного законодательства. Об исках потребителей к франчайзеру уже говорилось выше.

Французское законодательство достаточно детально регулирует главный предмет франшизного соглашения - передачу и использование исключительных прав на объекты промышленной и интеллектуальной собственности. Ныне действующий закон о торговых марках № 91-7 от 04 01 1991 г. (распространяющийся также на знаки обслуживания) был принят с учетом Директивы ЕС № 89/104 от 29.2.1989 г., регулировавшей вопросы межгосударственного использования этих объектов интеллектуальной собственности в ЕЭС. Закон о торговых марках 1991 г заменил предыдущий закон 1964 г, но основные положения этого более раннего, закона сохранились в силе. В частности, продолжают действовать торговые марки, предоставленные по нему.

В соответствии с законом 1964 г. все соглашения о предоставлении торговой марки или лицензии на нее, чтобы их можно было принудительно осуществить в судебном порядке против третьих лиц, должны быть предоставлены в письменном виде на регистрацию в Национальный институт интеллектуальной собственности (НИИС) — государственное учреждение, наделенное полномочиями проводить подобные регистрации. Торговая марка, предоставленная франчайзи, регистрируется во Франции либо под именем франчайзера, либо, если она предоставлена на основе лицензионного соглашения, - под именем собственника. При этом в НИИС регистрируется копия лицензионного соглашения.

По закону франчайзер имеет право передать франчайзи только зарегистрированную во Франции торговую марку, а начать франшизный бизнес он может не ранее, чем подаст заявку на регистрацию торговой марки. Копия лицензионного соглашения тоже должна быть зарегистрирована в НИИС до начала исполнения франшизного соглашения. Копия удостоверения о регистрации торговой марки (или заявления на ее регистрацию) прилагается к франшизному соглашению, причем в такой копии должно быть записано требование о возобновлении регистрации торговой марки франчайзером в период действия франшизного соглашения. Регистрация осуществляется на 10 лет и может возобновляться в течение неопределенно долгого времени, причем в отношении любого из унифицированных в пределах ЕЭС 42 классов товаров и услуг. Допускается регистрация торговых марок лиц любой национальности на территории Франции. Регистрации подлежат также «коллективные торговые марки» групп или ассоциаций изготовите-

ней продукции, участники которых используют их для обозначения места происхождения, качества или состава своих товаров и услуг

Директор НИИС может отказать в регистрации торговой марки по юридическим или техническим основаниям» но такой отказ может быть оспорен в судебном порядке Закон 1964 г предусматривает лишение прав торговой марки в случае, если правообладатель (франчайзер) не пользовался ею открыто и определенно, не считая неиспользования по уважительным причинам, в течение 5 лет, предшествовавших судебному оспариванию решения Директора НИИС об отказе в регистрации В соответствии с законом о торговых марках 1991 г любое лицо вправе в течение двух месяцев с момента опубликования информации о подаче заявки на регистрацию торговой марки сообщить Директору НИИС свои соображения или возражения против ее регистрации

Процедура оспаривания в суде отказа в регистрации торговой марки >становлена законом 1964 г и имеет достаточно стандартный характер

В отношении фирменных наименований или обозначений во Франции долгое время не было специального законодательства о их регистрации и защите Общая позиция французского права сводилась к тому, что у фирмы (как и у интегрированной коммерческой системы) должно быть единое и единственное фирменное наименование, и что его защита - частное дело правообладателя Такой подход не мог не быть чреват ущербом для правообладателя, потому что претензии третьих лиц, пострадавших от действий его интегрированных партнеров, во всех случаях должны были адресоваться ему одному И хотя основное условие успеха франшизной сети зависит прежде всего от отождествления ее в глазах потребителей с фирменным наименованием франчайзера, последний во многих случаях предпочел бы (а Регламент № 4087/88 прямо требует), чтобы потребители были поставлены в известность, что в лице франчайзи они имеют дело с независимым предприятием Поэтому франчайзер вправе обязать франчайзи зарегистрировать в соглашении собственное коммерческое наименование В последние годы во Франции готовился закон, который должен предусматривать включение во всех случаях в условия подобных соглашений такого требования правообладателя

Перечень всех франшизных наименований хранится в НИИС, и до того, как франчайзер создаст и /или зарегистрирует свою компанию во Франции, он должен в собственных интересах проверить, не имеется ли в регистре НИИС таких же фирменных наименований Правонарушениями в области фирменных наименований, как и торговых марок, по французскому законодательству являются их незаконное копирование или имитация на товарах или услугах одного

и того же класса, что порождает путаницу и введение в заблуждение потребителей и клиентов. Такие правонарушения могут преследоваться в уголовном порядке или путем гражданских исков. Судебным постановлением может быть наложен арест на продукцию, имеющую незаконную торговую марку.

Регулирование передачи франчайзером и использования со стороны франчайзи части объектов интеллектуальной собственности осуществляется во Франции по закону об авторском праве 1957 г. К таким объектам прежде всего относятся оригинальные тексты руководств, инструкций или наставлений франчайзеров по ведению коммерческих операций франчайзи. В отдельных случаях франчайзи получает также программное компьютерное обеспечение как часть лицензированной информации ноу-хау. По закону 1985 г. авторские права франчайзера на программное обеспечение сохраняются в течение 25 лет с момента создания такого обеспечения (или приобретения франчайзером исключительных прав на него). Отдельно по закону 1987 г. защищаются авторские права на полупроводниковые компьютерные чипы, которые должны быть зарегистрированы в НИИС; срок их защиты — 10 лет после первой продажи,

В отдельных франшизных системах используются патенты, являющиеся собственностью франчайзера или приобретенные им по лицензии. Во Франции различаются 3 разновидности патентов. Французский патент, права на который регулируются законами 1968 г. и 1978 г., действует только на территории Франции и охраняется в течение 20 лет. Франчайзер может приобрести также европейский патент, действующий на территории каждого из государств-членов Мюнхенской конвенции 1973 г. и сохраняющийся также в течение 20 лет. Наконец, франчайзер может воспользоваться международным патентом, действительным на территории каждого из государств-членов Вашингтонского договора о патентном сотрудничестве 1970 г.

Как и в других странах, во Франции осуществляется жесткий контроль над монополистической деятельностью и антиконкурентной практикой, объектом которого является и франчайзинг. Не допускаются любые коммерческие соглашения, которые имеют своим следствием исключение, ограничение или сдерживание свободной конкуренции в одном из секторов экономики или на любом рынке, а также всякое злоупотребление своим доминирующим положением со стороны любого предприятия или группы предприятий, действующих на французском рынке. Основными правовыми актами в этой области являются закон-декрет № 86-1283 от 01.12.1986 г. о честной конкуренции и декрет № 86-1309 от 20.12.1986 г. о регулировании

цен. Исполнение обоих актов возложено на созданный для этой цели Совет по конкуренции, а также на Апелляционный суд Парижа Действия, ведущие к нарушению конкуренции, могут быть пресечены посредством судебных запретов, штрафов и/или иных санкций.

Законом-декретом № 86/1283 прямо запрещаются любые согласованные действия, соглашения, явные или подразумеваемые союзы, ведущие к ограничению рыночной конкуренции одним или несколькими из следующих способов: ограничением доступа на рынок; фиксированием цен; сдерживанием или осуществлением контроля над производством, капиталовложениями или техническим прогрессом; разделом источников поставок. Запрещение фиксации цен распространяется на франчайзинг с оговорками: целый ряд судебных решений по франшизным соглашениям сводился к тому, что франчайзер может лишь рекомендовать франчайзи цены на товары в случаях, когда такая рекомендация имеет целью сохранить и защитить имидж франшизной системы в глазах потребителей.

Не запрещает закон-декрет и селективную торговлю, в частности, в случаях, когда выбор стратегии поставщика товаров требует ведения именно этого вида торговли, и когда ее осуществление соответствует сложившимся объективным условиям. Так, Совет по конкуренции, учитывая особую роль во французской экономике индустрии моды и, в частности, производства и сбыта парфюмерии и косметики, решил, что изготовители косметики вправе налагать на розничных распространителей своей продукции определенные обязательства в отношении ее складирования, а также набора и содержания персонала, поддержания минимального набора товаров. Более того, Совет установил, что изготовители могут не возобновлять на новый срок соглашения с розничными распространителями или досрочно прекращать действующее соглашение с теми из них, кто не соглашается принять налагаемые на них обязательства.

Положения закона-декрета 1986 г. о запрещении злоупотреблений доминирующим положением на рынке сформулированы в соответствии с требованиями антимонопольных статей 81 и 82 Римского договора. Министр экономики Франции уполномочен на основании этих положений отменять своим декретом некоторые категории соглашений. Однако положения Регламента КЕС № 4087/88 об индивидуальных и «блочных» изъятиях франшизных соглашений из сферы действия антимонопольного законодательства признаются во Франции юридически обязательными. Таким образом, франшизные соглашения, даже если они противоречат антимонопольному законодательству Франции (в частности, требованиям закона-декрета 1986 г.),

не могут быть объявлены недействительными ни по решению административных органов, ни по постановлению суда

Хотя отдельная судебная практика по франчайзингу, как отмечалось, во Франции еще не богатая, обилие рассматриваемых судами дел о «горизонтальных» объединениях, о связанной торговле, о навязывании поставщиками минимальных розничных цен и других ограничениях свободы конкуренции позволяет предположить, что среди них встречаются и дела по франчайзингу

§4. Соединенные Штаты Америки

США - крупнейшая в мире «франчайзинговая» держава, отличающаяся наиболее высоким уровнем развития специального франшизного законодательства, богатой судебной практикой по франчайзингу, обширной франшизной правовой теорией. Значительно более давний опыт франчайзинга в США позволил общественности страны и всем ветвям власти на всех ее уровнях лучше, чем в других странах, выявить преимущества франчайзинга и его слабые места

Гигантские масштабы франшизного бизнеса в США (половина розничной торговли в стране на рубеже нового века) вовлекли в него обширные предпринимательские слои. В США, как в никакой другой стране мира, ярко проявляется поляризация позиций франчайзеров и франчайзи, как нигде многочисленны, мощны и влиятельны франчайзеры и как нигде общественное мнение поддерживает франчайзи. Как следствие, федеральный законодатель в лице специализированных комитетов и комиссий Конгресса США периодически возвращается к обсуждению проблем франчайзинга

В отличие от других «страновых» глав настоящей монографии, в которых франчайзинг рассматривается сквозь призму составляющих его элементов и источников в национальном праве страны (законодательство о промышленной и интеллектуальной собственности, о свободе конкуренции, о защите прав потребителей, общее договорно-обязательственное законодательство и т.п.), параграф об американском франчайзинге посвящен не этим вопросам, а главным образом регулированию конфликтных сторон франчайзинга. С этой целью в нем широко используются критические материалы доклада Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, опубликованного в 1990 г.¹⁶⁵ О том, что ситуация, изложенная в докладе, мало меняется к лучшему, свидетельствуют материалы более поздних и

¹⁶⁵ Franchising in the US economy P 3—98

неоднократных слушаний по франчайзингу, организованных Палатой представителей Конгресса Материалы одного из таких слушаний (1995 г) тоже использованы в настоящем параграфе монографии¹⁶⁶

Понятно, что показанные на примере США слабые места франчайзинга вовсе не перечеркивают его несравненно более крупных достоинств, разъяснению и обоснованию которых с правовых позиций, собственно говоря, и посвящена настоящая монография. Понимание недостатков франчайзинга, по нашему убеждению, столь же необходимо, как и должная оценка его достоинств. А российский законодатель, заранее зная об этих слабых местах франчайзинга, сумеет выработать необходимые правовые средства для их минимизации.

На упомянутых слушаниях 1995 г по франчайзингу, ставших уже девятыми по счету, констатировалось, что концепция саморегулирования франчайзинга в США, реализация которой во многом связывалась с деятельностью Международной ассоциации франчайзинга¹⁶⁷ (МАФ) и принятым ею Этическим кодексом франчайзинга, оказалась неспособной предотвратить масштабные злоупотребления при продаже франшизных прав и при осуществлении франшизного предпринимательства. И даже пересмотр упомянутого Кодекса МАФ с симптоматичным переименованием его в Кодекс принципов и стандартов поведения членов МАФ не спас Ассоциацию от суровой критики со стороны общественности и конгрессменов.

Концепция саморегулирования франчайзинга зиждется также на убеждении, что этот вид предпринимательства не нуждается в особом законодательном регулировании в силу самодостаточности условий франшизного соглашения, которое в свою очередь питается богатейшей договорной и судебной практикой общего права США. Самодостаточность договорных условий в первую очередь отстаивается мощным и влиятельным сообществом франчайзеров США. Тем не менее под давлением общественного мнения в США в последние десятилетия прошлого века происходило интенсивное статутное правотворчество, главная цель которого - предотвратить злоупотребления со стороны франчайзеров и защитить интересы франчайзи.

Как уже говорилось, значительная часть таких правонарушений имеет место на преддоговорном этапе сообщения (pre-sale disclosure) необходимой для франчайзи информации о состоянии и перспективах предпринимательской и рыночной деятельности франчайзера.

¹⁶⁶ Hearings before the Committee on small business House of representatives 1998

¹⁶⁷ В подобных случаях под международными в США обычно понимают междугосударственные организации и объединения, включая нередко и канадские, т.к. Канада - участник Северо Американской зоны свободной торговли

Прельщенные возможностью укрепить и расширить свои рыночные позиции за счет чужих средств, франчайзеры нередко идут на заведомый обман будущих франчайзи, вводя их в заблуждение относительно возможностей своего франшизного бизнеса

Борясь с этим явлением, которое приобрело опасные масштабы, Федеральная торговая комиссия (ФТК) США еще в 1978 г. приняла уже упоминавшееся Постановление № 436 «Требования о раскрытии информации, запретах, касающихся франчайзинга, и благоприятных условиях предпринимательства» В нем перечислялось 20 требований, касающихся углубленных и развернутых сведений, которые франчайзер должен предоставить потенциальному франчайзи до подписания франшизного соглашения, в том числе сведений по вопросам 1) известности торговой марки и фирменного наименования франчайзера, 2) значимости франшизной сети; 3) качества производимой франчайзером продукции или предоставляемых услуг; объема товарооборота продукции, реализованной через различные торговые точки, рентабельности; 4) ноу-хау; профессиональной подготовки; 5) рекламы, ее значения, стоимости, издержек; 6) других услуг, предоставляемых франчайзером в процессе выполнения соглашения, помощи франчайзи при старте его бизнеса, 7) затрат, обязательств Кроме того, от франчайзера требуется сообщить данные о его личности, местоположении, предпринимательском опыте, финансовых ресурсах, детальном изложении благоприятных для франчайзи возможностей и перспектив ведения бизнеса, расчетов начальных и текущих платежей франчайзи, а также разъяснение всех иных основных условий, обязательств, сроков действия и требований будущего соглашения

На практике потенциальный франчайзи в состоянии получить более полное представление о франчайзере в процессе ознакомительных посещений лучших структурных подразделений его предприятий, филиалов, франшизных торговых точек, полный список которых ему должен предоставить франчайзер, а также при предоставлении проекта соглашения для анализа со стороны адвоката или юрисконсульта.

Правила ФТК не требуют от франчайзера обязательных сведений о предполагаемых объемах товарооборота либо о доходах или прибылях существующих или продаваемых франшиз Но, если франчайзер сообщил такие сведения, то, в соответствии с правилами, он обязан представить разумные доказательства обоснованности сообщенной им информации Непредставление обязательной информации или представление ложной или противоречивой информации рассматривается как нарушение Постановления ФТК и влечет за собой гражданский иск к виновному в размере до 10 тыс долл за каждое нарушение

Примерно такой же, как и в Постановлении № 436, перечень требований содержится в собственных законах о раскрытии информации в 18 штатах США. С целью упорядочить и унифицировать процедуру и форму предложения франшизы ФТК утвердила Положение о единообразных правилах предложения о продаже франшизы (UFOC) — специальный документ, устанавливающий порядок ознакомления потенциального франчайзи с информацией о франчайзере-продавце, и приводит в обязательном порядке требуемый перечень такой информации.

Положение UFOC несколько отличается от Постановления № 436 ФТК, но в главных своих чертах оба документа сходны. ФТК разрешила использовать UFOC в качестве альтернативы Постановлению № 436, поскольку в нем содержится аналогичная трактовка всех основных определений и понятий франчайзинга. Ныне UFOC действует во всех штатах США, в которых законодательно требуется раскрытие информации. В отличие от Постановления № 436, которое ограничивается только требованием о таком раскрытии, законы большинства штатов устанавливают, что раскрываемая информация должна регистрироваться, храниться, анализироваться и утверждаться соответствующими должностными лицами штата.

UFOC используется в США не только при заключении «межштатных» франшизных соглашений, но и при продаже франшиз в пределах штата. Помимо UFOC в США действуют многочисленные документы территориальных и отраслевых франшизных ассоциаций, содержащие типовые условия франшизных соглашений. Они имеют рекомендательный характер.

Законы штатов о раскрытии информации обычно содержат в своем названии слово «франшиза» или «франчайзинг», но собственно франшизных отношений они не регулируют. Их действие, как правило, ограничивается дофраншизными отношениями сторон и заключением соглашения (хотя в них обычно содержится и определение франчайзера, франчайзи, франшизного соглашения и ряда иных понятий франчайзинга). В таких законах имеется стандартное положение, согласно которому продажа франшизы в данном штате не признается законной, если продавец (франчайзер) не направил предполагаемому франчайзи минимум за семь дней до совершения акта продажи франшизы (т.е. до заключения франшизного соглашения) оферту-«циркуляр» с перечнем установленных в законе сведений о франчайзере.

Среди сведений обязательно должно быть сообщено, имел ли место факт доказанного судом тяжкого преступления франчайзера, совершенного в последние 10 лет до продажи франшизы, и указан вид преступления (обман, мошенничество; присвоение или растрата имущества;

отчуждения имущества, направленное к обману кредиторов; иное неправомерное присвоение имущества). В перечне требуемых сведений должны также указываться все основные условия будущего франшизного соглашения, включая ограничения, налагаемые франчайзером на франчайзи, а также исчерпывающая информация о текущей франшизной деятельности франчайзера, копия типового франшизного соглашения, которое он предлагает своим франчайзи, и адреса всех его франчайзи в данном штате.

Минимум за семь дней до продажи франшизы копия оферты-циркуляра» направляется франчайзером ответственному должностному лицу штата (директору, секретарю), которое проверяет поступивший документ на предмет его соответствия установленному содержанию и форме и должным образом регистрирует его. Директор вправе издать приказ о запрете на продажу франшизы, если такой приказ необходим в общественных интересах, или если: 1) оферта-циркуляр» содержит неполные обязательные сведения; 2) допущено нарушение положений закона, касающихся правил продажи франшизы, 3) существует судебный запрет на продажу франшизы.

Наконец, в некоторых штатах США требование о раскрытии информации содержится в законах о дилерских договорах, скопированных с федеральных законов об автомобильном дилерском франчайзинге и нефтесбытовой рыночной практике. Естественно, они защищают франчайзи только в этих отраслях бизнеса. Но в отдельных штатах (Гавайи, Висконсин и др.) дилерство прямо отождествляется с франчайзингом, и франчайзеры в разных сферах предпринимательства так или иначе подпадают под требования законов о дилерских договорах.

В некоторых штатах никакого собственного законодательства о раскрытии информации нет, и франчайзеры вынуждены считаться с требованиями Постановления № 436 ФТК только при заключении соглашений с франчайзи из других штатов.

Собственно франшизные отношения в США, как отмечалось в докладе Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США, по-прежнему в очень большой степени определяются условиями франшизных соглашений. Поддерживаемый франчайзерами традиционный взгляд на соглашение как на сугубо частное дело договаривающихся сторон не способствует примирению конфликтующих интересов франчайзера и франчайзи. Поэтому эти противоречия стали в США фокусом возрастающего внимания государства к франчайзингу Инструментом государственного вмешательства в собственн^ франшизные отношения, призванного смягчить по существу односторонний, как говорится в докладе Комитета, характер франшизных

соглашений, явилось возрастающее законодательное регулирование таких отношений. Параллельно предпринимались усилия с целью унификации франшизных соглашений, достижения эффективного контроля над ними. Усилия привели к высокому уровню стандартизации соглашений. В результате франчайзеру остается в общем немного возможностей произвольно устанавливать и/или менять условия или требования соглашений, в особенности в случаях, когда стороны впервые вступают во франшизные отношения.

Но и в стандартизированном проекте договора, отмечается в докладе, предлагаемом франчайзером, в большинстве случаев уже заложены потенциально невыгодные для франчайзи положения. К ним относятся одностороннее право франчайзера прекращать соглашение при наличии причины или беспричинно, оговорка франчайзера о его праве не возобновлять соглашение по любой причине, требование предварительного согласия со стороны франчайзера на продажу или передачу франшизы и оговорка о праве франчайзера отказать в таком разрешении франчайзи по любой причине, право франчайзера воссоздать франшизу, включая относящееся к ней имущество, снабжение и оборудование, после того, как соглашение истекло или не возобновлено, требование, в соответствии с которым после истечения франшизного соглашения франчайзи может быть не разрешено осуществлять конкурентную деятельность в той же самой сфере бизнеса на территории радиусом 50 миль в течение двух лет¹⁶⁸.

Любая комбинация таких положений чревата для франчайзи тяжелыми последствиями. Он может годами создавать собственное успешное дело только для того, чтобы вдруг обнаружить, причем зачастую с уведомлением всего за 30 дней, что франшиза прекращается или что она не будет возобновлена. Франчайзер вправе передать франшизу в пользование другому лицу либо перепродать ее на более выгодных для себя условиях. Франчайзи не полагается никакого возмещения его начальных вложений или накопленных во франшизе средств. Нет у него и возможности свободно продать франшизу, чтобы хотя бы частично возместить свои вложения. Таким образом, он теряет не только свой бизнес, но и возможные накопления. Более того, в соответствии с договорными положениями об отказе от конкуренции ему может быть запрещено использовать опыт и репутацию фирмы для открытия нового дела.

Воспользуется или не воспользуется франчайзер этими своими правами, зависит по существу от его доброй воли, а также от возможностей франчайзи отстаивать свои интересы. Но практически любое

¹⁶⁸ Franchising in the US economy, p. 50

франшизное соглашение несет в себе потенциал для серьезных нарушений интересов франчайзи

Стремясь обеспечить признание франчайзерами законных финансовых интересов франчайзи и, прежде всего, урегулировать наиболее острые вопросы франшизных отношений, связанные с досрочным прекращением и невозобновлением франшизных соглашений, законодатель в США пошел по пути создания законодательства о «справедливом франчайзинге» Впервые положения о справедливом франчайзинге появились в федеральном законе об автомобильном дилерском франчайзинге 1956 г, позднее - в законе о нефтесбытовой рыночной практике 1978 г Они исходят из подразумеваемых по общему праву и распространяющихся на все виды договоров обязанностей сторон действовать добросовестно и придерживаться честных деловых отношений друг с другом Бремя доказательства недобросовестности франчайзера-ответчика в соответствии с этими требованиями возлагается на франчайзи-истца

В частности, по упомянутому закону 1956 г принцип добросовестности и честности требовал от стороны соглашения гарантировать другой стороне свободу от принуждения или запугивания либо от угрозы принуждения или запугивания Вместе с тем в законе разъяснялось, что «не могут рассматриваться как недостаток добросовестности рекомендации, одобрение, истолкование, убеждение, настояние или аргументация, используемые одной стороной в отношении другой»¹⁶⁹ Понятно, что такая оговорка по сути сводит на нет провозглашаемые законом гарантии от произвола или принуждения франчайзи, потому что франчайзеру несложно доказать в суде, что он не угрожал франчайзи и не принуждал его, а всего лишь «рекомендовал» или «убеждал» его действовать тем или иным образом

К тому же, хотя указанные в законе стандарты добросовестности позволяют трактовать их достаточно широко, на практике они толкуются довольно ограниченно, как нормы, запрещающие только принуждение и запугивание Незаконные или произвольные действия со стороны, скажем, франчайзера, если они не сопровождаются принудительными санкциями, обычно не рассматриваются как нарушения Да и федеральные суды были склонны применять эти достаточно ослабленные критерии только по отношению к автомобильному франчайзингу И хотя автомобильные дилеры в 1950-е годы составляли настолько значительную часть всех франчайзи в США, что можно было по аналогии использовать сформулированные в законе стандарты

¹⁶⁹ Franchising in the US economy, p 56

добросовестности и в других сферах франчайзинга, суды тем не менее избегали применять их ко всем франшизным соглашениям.

Похожие трудности с применением принципов добросовестности и честности к франшизным соглашениям возникли и в отношении положений Единообразного торгового кодекса (ЕТК) США. Считается, что такие положения применяются к коммерсантам в их отношениях друг с другом по торговым сделкам. Поскольку многие суды не рассматривают франчайзинг как отношения «продавец—покупатель», свойственные обычно отношениям между коммерсантами, то применение стандартов добросовестности ЕТК к сторонам франшизных соглашений стало осуществляться крайне непоследовательно и противоречиво¹⁷⁰.

Столкнувшись с такой ситуацией и нежеланием Конгресса США принять федеральное законодательство о справедливости во франшизных отношениях (несколько законопроектов по этому вопросу дожидаются принятия уже много лет), ряд штатов США пошел по пути создания собственного законодательства о справедливости во франшизных отношениях. В конце 1990-х годов такое законодательство было принято в 21 штате¹⁷¹, причем в некоторых из них это были только законы о франшизных отношениях, в других помимо таких законов действовали еще и законодательные акты о полном раскрытии информации и регистрации франшизных соглашений. В разных штатах законодательные положения варьировались от общих предписаний о «справедливости» и «добросовестности» при осуществлении франшизных операций до детального перечисления запрещенных либо, напротив, разрешенных действий, определяющих критерии добросовестности или добрые «намерения» в особых обстоятельствах.

Хотя законы штатов о справедливом франчайзинге являются актами общего применения, они не всегда распространяются на все франшизные отношения даже в пределах штата. Так, закон о франшизной практике Нью-Джерси регулирует только те франшизные соглашения, которые: 1) подразумевают или требуют от франчайзи избрать местом осуществления своего бизнеса штат Нью-Джерси; 2) имеют своим результатом достижение валового товарооборота или валового объема стоимости услуг между франчайзером и франчайзи в сумме, превышающей 35 тыс. долл. в год; 3) имеют целью или позволяют реализовать цель достижения франчайзи 20% его валового товарооборота

¹⁷⁰ Franchising in the US economy, p. 56.

¹⁷¹ Арканзас, Калифорния, Коннектикут, Делавэр, Гавайи, Иллинойс, Индиана, Айова, Мичиган, Миннесота, Небраска, Нью-Джерси, Южная Дакота, Теннесси, Вайоминг, Вашингтон, Висконсин, Флорида и др.

от данного франшизного соглашения. У других франшизных законов есть иные «цензовые» ограничения применения.

Реализация законов о справедливом франчайзинге натолкнулась на сильное и организованное сопротивление со стороны франчайзеров, хотя эти законодательные положения тоже достаточно непоследовательны и противоречивы. А во многих штатах США вообще нет отдельного законодательства о франчайзинге. Таким образом, проблема применения принципов добросовестности и справедливости во франшизных отношениях все еще не получила удовлетворительного разрешения в США.

Неудовлетворительными представляются и средства судебной защиты интересов франчайзи. В то время как франчайзеры утверждают, что у франчайзи имеются обширные возможности добиваться судебного удовлетворения своих исков в соответствии с существующим федеральным и штатным законодательством, франчайзи находят такие возможности в целом ограниченными и крайне непоследовательными в разных штатах. В США не существует федерального закона или единого корпуса согласованных судебно-процессуальных норм, которые признавали бы или определяли судебные права франчайзи в рамках франшизных отношений. При попытке возбудить судебный иск против франчайзеров франчайзи обычно попадают в невыгодное положение в силу того, что они вынуждены преодолевать сильную аргументацию в пользу отвода их исков на основании того, что ранее они сами приняли неблагоприятные условия договора, и в силу того, что по возбужденному ими делу они не в состоянии воспользоваться признанными принципами добросовестности и честности, применимыми ко всем иным торговым отношениям¹⁷². Но даже до того, как франчайзи столкнутся с этими проблемами, их часто подстерегают трудности при поисках юридической основы для обоснования судебного иска к франчайзеру.

Дело в том, что существенная часть жалоб франчайзи на искажение или неисполнение условий договора возникает из действий франчайзера, совершенных в период ходатайств франчайзи о продаже ему франшизы или в период самой продажи. Но когда такие действия составляют явное нарушение Постановления ФТК о процедуре раскрытия информации, у франчайзи может не оказаться четких правовых оснований для обращения за удовлетворением в федеральный суд. Излагая свои руководящие принципы в норме о раскрытии франшизной информации, ФТК признает, что на федеральном уровне у франчайзи (или у потенциального франчайзи), понесшего потери в результате

¹⁷² Franchising in the US economy p. 58

нарушения этой нормы, право предъявления судебного иска действительно есть. Тем не менее федеральные суды не признают за франчайзи такого права. Они считают, что для применения этой нормы в судебном порядке она должна быть записана в специальном федеральном законе.

Такие нормы на федеральном уровне существуют, но имеют достаточно узкое применение. В частности, в законе об автомобильном дилерском франчайзинге есть норма, позволяющая франчайзи предъявлять иски с целью возмещения убытков и судебных расходов в случае любого отказа изготовителя автомобилей «действовать добросовестно при выполнении любых условий ити положений франшизы, либо при окончании, аннулировании или невозобновлении франшизы»¹⁷³. Еще более узко сформулировано право франчайзи на предъявление иска по закону 1978 г о нефтесбытовой рыночной практике.

В отсутствие широко сформулированных федеральных законодательных норм о возмещении ущерба законодательные органы штатов самостоятельно изыскивают возможности обеспечить франчайзи правооеспованиями для выдвижения исков против франчайзеров с помощью местного законодательства о раскрытии франшизной информации, нечестной торговой практике, об отношениях в промышленности и справедливом франчайзинге. Все 18 законов штатов о раскрытии информации предусматривали по-разному сформулированное право франчайзи и потенциальных инвесторов на принудительное осуществление судебных действий в частном порядке. 10 из них устанавливали также дополнительные основания для возбуждения исков, возникающих из франшизных отношений. Некоторые штаты гарантируют право на судебные иски в случаях *нарушения законов о франшизной справедливости*.

В общей сложности большинство штатов имеют законодательные нормы, дающие франчайзи право на определенные судебные действия по возмещению убытков. Но только в четверти из них эти нормы сформулированы достаточно широко и относятся не только к вопросам текущей деятельности франчайзи, но и к вопросам продажи франшизы.

Но даже если право франчайзи на судебные иски четко закреплено в законе штата, его усилия по реализации этого права или получению судебного удовлетворения могут оказаться тщетными в результате определенных процедурных уловок, которые франчайзеры часто включают во франшизные соглашения. Среди них прежде всего следует упомянуть практику, в соответствии с которой от франчайзи в процессе заключения соглашения требуют согласия на тн

«выбор места судебного разбирательства» и «выбор применимого права», с помощью которых определяются применимое законодательство, суды и юрисдикция для рассмотрения конфликтов, возникающих из договора. В большинстве случаев такой порядок приводит к тому, что в договоры включаются положения, в соответствии с которыми все возникающие конфликты подлежат юрисдикции по месту действия франчайзера.

Хотя формально такой порядок безвреден и даже способствует укреплению единообразия внутри франшизной системы, на практике подобный договорный выбор применимого права и места судебного разбирательства может оказаться чрезвычайно пагубным для франчайзи, предъявляющих судебный иск к франчайзеру. Местоположение договорной юрисдикции может быть удаленным и неудобным для франчайзи, а местное законодательство — более благоприятным для франчайзера. В некоторых случаях выясняется, например, что применимое право или судебная юрисдикция препятствуют франчайзи в возбуждении судебных действий против франчайзера, потому что не признают соответствующего статуса за нерезидентами¹⁷⁴.

Существуют и некоторые другие процедурные уловки, включаемые в соглашение по настоянию франчайзера, позволяющие ему уходить от возможного судебного преследования, либо ограничивающие возможности франчайзи добиться судебного удовлетворения. Среди них, в частности, т.н. «интеграционные» оговорки, позволяющие увести от последующего судебного разбирательства любое мошенничество или обман, которые могли быть совершены на этапе, предшествовавшем исполнению договора: включение в договор «невинных» условий, требующих предварительного согласия франчайзи на отказ от своих прав или на освобождение франчайзера от ответственности за совершение им определенных действий, либо за нарушение законодательства штата; договорные положения, ограничивающие или освобождающие от судебного преследования на основе конкретных законодательных актов, и соглашения, ограничивающие права франчайзи на судебные постановления об удовлетворении и на другие формы судебных возмещений по праву справедливости¹⁷⁵.

Определенный выигрыш франчайзерам приносит и расширяющаяся практика переноса разбора франшизных конфликтов из судов общего права в судебные учреждения типа арбитражного суда, что позволяет, в частности, избежать наиболее эффективных групповых

¹⁷⁴ Franchising in the US economy, p. 62

¹⁷⁵ Там же, с. 63

исков со стороны франчайзи, сократить судебные издержки, укрыться от широкого общественного внимания, контроля и гласности.

Борясь с этими уловками франчайзеров, ряд штатов США включил в законодательство о франшизных отношениях особые положения, которые запрещают или объявляют ничтожными договорные условия, предусматривающие отказ франчайзи от надлежащих процессуальных гарантий либо препятствующие осуществлению франчайзи принадлежащих им прав. Некоторые штаты ввели похожие законодательные положения, запрещающие требовать в предварительном порядке от франчайзи их согласия на любое «освобождение, передачу прав, замену существующего обязательства новым, отказ от прав или лишение стороны в договоре права ссылаться на определенные факты и оспаривать их»¹⁷⁶. Отдельные штаты ввели общий запрет на действия, которые ограничивают осуществление судебных прав либо любым способом ограничивают судебные разбирательства. Еще в некоторой группе штатов законодательно определены обстоятельства, при которых франшизные договоры могут быть объектом арбитражного, а не судебного рассмотрения.

Одна из ключевых проблем отношений между франчайзером и франчайзи, которая требует, как правило, привлечения принципа добросовестности и честности, возникает вокруг условий, приводящих к разрыву таких отношений. Вопрос о прекращении и возобновлении франшизного соглашения уже рассматривался в главе 2 монографии. Поэтому ограничимся кратким изложением ситуации в США, как ее видят авторы доклада Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США.

В нем отмечается, что одно из наиболее распространенных оснований прекращения соглашения — смена одного из лиц, подписавших соглашение, в результате чего такое лицо прекращает свои права и обязанности по соглашению. При этом положение сторон неравное. Франчайзер может продать франшизу (и всю франшизную сеть) или иным образом распорядиться ею, не спрашивая согласия франчайзи, которые сохраняют свои договорные отношения с новым франчайзером. Франчайзи, если он физическое лицо, вправе завещать франшизу. Если же он хочет ее продать или иным образом распорядиться ею, он может совершать такие действия только после предварительного уведомления франчайзера и с его согласия.

Прекратить франшизное соглашение досрочно может каждая из сторон. Но реально пользоваться таким правом доступно (и, добавим,

¹⁷⁶ Franchising in the US economy, p. 65.

нередко выгодно), как правило, только франчайзеру. Для франчайзи соблюдение или несоблюдение франчайзером принципа добросовестности и честности становится жизненно важным вопросом. Вложенный им во франшизу капитал оказывается в прямой зависимости от желания франчайзера сохранить договор до его истечения или досрочно прекратить, возобновить по истечении или уклониться от возобновления, разрешить либо отказать франчайзи в праве продать или уступить франшизу. Франчайзи остро нуждаются в законодательной и судебной защите от произвольного или злонамеренного использования франчайзером этих своих возможностей.

Франчайзеры со своей стороны утверждают, что такие права необходимы им для эффективного управления франшизной системой, и что судебные иски, имеющие целью ограничение возможностей франчайзера, равносильны санкционированию неподчинения, некомпетентности франчайзи, их неспособности к конкуренции.

Каждое франшизное соглашение содержит тщательно разработанные положения, определяющие полномочия франчайзера в отношении прекращения франшизы. Одно из стандартных положений франшизных соглашений гласит, например, что франчайзер имеет право расторгнуть соглашение в случае, если обоснованно достаточный уровень оборота предприятия франчайзи (который должен быть рассчитан франчайзером на основании демографических и социально-экономических данных по франшизной территории и данных о деятельности других его франчайзи), получаемый от ведения бизнеса по месту размещения франчайзи, не будет достигнут в течение определенного, установленного сторонами срока с даты вступления в силу их договора.

Из этого положения явствует, насколько уязвим франчайзи. Франчайзер вправе односторонне расторгнуть договор, если посчитает, что франчайзи недостаточно эффективен или перспективен. При этом критерии эффективности имеют не правовую природу, а определяются на основе сравнительных экономических показателей деятельности франчайзи. Последние определяются с использованием данных о численности, составе и структуре населения франшизной территории, уровне его благосостояния и других значимых факторов (определяется потребительский потенциал такой территории и сравнивается с реально достигнутым объемом товарооборота франчайзи или иными показателями его предпринимательской эффективности), а также данных о деятельности других франчайзи, работающих в аналогичных условиях. С точки зрения франчайзеров, подобные положения дают в их руки наиболее действенные средства для обеспечения соответствия деятельности франчайзи основным условиям договора.

И франчайзер, и франчайзи оба отдают себе отчет о последствиях досрочного прекращения соглашения, и это понимание насквозь пронизывает их взаимоотношения и предопределяет их характер. Сколь бы значительными ни были преимущества франчайзера в начале действия договора франшизы, они неизбежно еще более возрастают со временем, по мере того как франчайзи вкладывает все новые средства во франшизу, и, соответственно, увеличивается его риск в случае, если франшиза будет прекращена. Система рычагов воздействия, обретаемая таким образом франчайзером, вполне может перерасти в средство шантажа и принуждения франчайзи, что вовсе не предусматривалось и тем более не допускалось франшизным соглашением.

Чтобы освободиться от явно не выраженной угрозы прекращения соглашения, франчайзи вынуждают соглашаться на любые поручения и инструкции франчайзера, сколь бы неразумными, незаконными или произвольными они ни были. Наиболее используемыми при этом злоупотреблениями являются следующие требования франчайзера: приобретать у него инвентарь и оборудование по ценам выше рыночных; принять к испытанию непроверенные товары без права на возмещение возможных убытков; инвестировать средства с целью изменения дизайна или облика местоположения франчайзи; произвести «добровольные» взносы на проведение особых кампаний по развитию бизнеса; изменить исключительные рыночные или территориальные права франчайзи; распространить договоры об отказе от конкуренции на франшизные операции на не относящиеся к ним виды предпринимательской деятельности франчайзи¹⁷⁷.

Франчайзи сталкиваются с равно трудной и неизбежной проблемой возобновления франшизы, отдавая себе отчет в том, что любой недостаток лояльного сотрудничества в этой области тоже может осложнить вопрос о таком возобновлении. Недвижимое имущество, созданное франчайзи в течение 10- или 20-летних сроков действия франшизных соглашений, подвергается наибольшему риску именно в тех случаях, когда франчайзер мало ограничен в своей свободе согласиться или отказать в возобновлении франшизы. Даже тот франчайзи, который полностью подчинялся всем указаниям франчайзера, может столкнуться с обременительными требованиями или значительным повышением платы за франшизу в качестве условия ее возобновления. И подобно тому, как это нередко имеет место при первоначальном франшизном соглашении, когда франчайзи дают понять, что он должен согласиться на предложенные ему условия либо убраться вон,

¹⁷⁷ Franchising in the US economy, p. 66.

при возобновлении договора у него тоже может не быть иного выбора, как согласиться на условия франчайзера, каковы бы они ни были

С этой точки зрения, злоупотребления, связанные с невозобновлением франшизы, могут оказаться более серьезными и сложными, чем при прекращении франшизы, так как они совершаются в самый канун истечения срока действия соглашения, и их намного труднее документально подтвердить или оспорить как в качестве нарушений франшизного соглашения, так и в качестве нарушений принципов добросовестности

В равной степени трудно документально засвидетельствовать злоупотребления, связанные с отказом в разрешении продать или переуступить франшизу В любой момент во время действия франшизных отношений франчайзи может умереть, стать инвалидом или решить продать или уступить франшизу У франчайзера имеется законный интерес в оценке способностей и общей приемлемости любого лица, желающего приобрести франшизу Но этот законный интерес может перерасти в злоупотребление в результате задержек с разрешением продать или переуступить франшизу или повторяющихся отказов потенциальным покупателям В таких случаях подрывается способность франчайзи продать франшизу, что влечет за собой задержку ее продажи сверх сроков истечения франшизы или понижение продажной цены и возможное возвращение к франчайзеру Отказ в согласии на продажу или на переуступку франшизы дает в руки франчайзера эффективный способ наказания неугодного франчайзи либо приобретения ценного имущества по заниженной цене

Для борьбы с подобными злоупотреблениями франчайзеров выработан ряд законодательных положений На федеральном уровне это прежде всего нормы законов об автомобильном дилерском франчайзинге 1956 г и о нефтесбытовой рыночной практике 1978 г В частности, последний дает достаточно подробный ограничительный перечень оснований, по которым допускается прекращение или невозобновление франшизных соглашений в сфере сбыта нефтепродуктов Одним из таких оснований, например, служит несоответствие франчайзи положениям франшизы при условии, что такие положения разумны и имеют существенное значение для франшизных отношений, а также при условии, что франчайзер пришел к действительному и неопровержимому пониманию такого несоответствия

Другие основания досрочного прекращения или невозобновления соглашения сформулированы в законе столь же широко и расплывчато и, по мнению авторов доклада Комитета, дают франчайзерам достаточный запас времени для обоснования мотива своих действий

Закон гораздо более конкретен в определении процедур, которым необходимо следовать для прекращения или невозобновления франшизы, в результате чего успех судебного иска зависит, скорее, от доказательства нарушения процедуры, чем от трудностей в подборе достаточных оснований для прекращения или невозобновления франшизы¹⁷⁸

Более широко положения о борьбе со злоупотреблениями франчайзеров присутствуют в законодательстве штатов США, в частности, в законодательных актах о промышленных отношениях, а также во многих других. В них обычно приводятся обобщенные или слабо сформулированные стандартизированные обстоятельства, допускающие прекращение или невозобновление франшизы по «достаточным основаниям» и запрещающие такие действия, если они мотивируются «вероломством»

В законодательных актах «о справедливом франчайзинге» обстоятельства, допускающие прекращение или невозобновление франшизы, формулируются более конкретно. В ряде актов перечисляются требования франчайзеров, которые делятся законом на «добросовестные», подлежащие исполнению, и «недобросовестные», причем перечень «добросовестных» требований предельно ограничивается. Иногда выделяется категория «обоснованных» обстоятельств, дающих право на прекращение франшизы. При прочих обстоятельствах прекращение франшизы может быть запрещено как необоснованное, а франчайзи должно быть сделано уведомление не позднее чем в 30-дневный срок, в течение которого он должен устранить недостатки или разрешить проблемы, послужившие основанием для прекращения франшизы.

В некоторых штатах законодательство требует также, чтобы невозобновлению франшизы предшествовало уведомление за 180 дней, а в указанный период франчайзер должен дать франчайзи разрешение на продажу франшизы приемлемому покупателю. Франчайзеру запрещено разрывать франшизное соглашение в целях приобретения франшизы для себя или обращения ее себе на пользу. В ряде других штатов запрещается без достаточных причин прекращение, разрыв, отказ в возобновлении соглашения и существенное изменение условий отказа от конкуренции. Законодательство требует 60-дневного периода для уточнения любых заявленных франчайзером недостатков франчайзи и возлагает на него бремя доказательства обоснованности его заявлений. Иногда при прекращении соглашения в обязанность франчайзера вменяется выкуп оборудования у франчайзи или возмещение ему определенной части стоимости

¹⁷⁸ Franchising in the US economy, p 68

франшизы В некоторых законах содержится ограничительный перечень требований, неудовлетворение которых позволяет прекратить соглашение Вводится запрет для сторон на совершение определенных действий, не являющихся необходимыми для ведения предпринимательской деятельности

Появляются первые законодательные акты, требующие от франчайзеров не препятствовать созданию добровольных объединений франчайзи (территориальных, отраслевых или по «торговым маркам») и не включать во франшизное соглашение условие об отказе франчайзи от вступления в такие объединения

Все эти положения законодательства не дают, однако, франчайзи достаточных гарантий против злоупотреблений со стороны франчайзеров Констатируя это обстоятельство, авторы доклада Комитета по малому бизнесу Палаты представителей Конгресса США вместе с тем отмечают, что и преимущества франчайзера тоже не гарантируют его от некомпетентных или злонамеренных действий со стороны франчайзи¹⁷⁹ В таких условиях, говорится в докладе, цели законодательного регулирования франчайзинга должны быть направлены на постоянные поиски баланса, с одной стороны, прав франчайзеров управлять своими франшизными системами, опираясь на лучшие предпринимательские методы и решения, а, с другой стороны, прав франчайзи на полное и справедливое вознаграждение их усилий и капиталовложений

В последние годы франчайзи пытаются защитить свои интересы коллективными усилиями, для чего создают собственные профессиональные объединения Уже достаточно авторитетная Американская ассоциация франчайзи и дилеров приняла своеобразный «Билль о правах», перечислив в нем 15 договорных и/или законодательных положений, которые должны защищать интересы франчайзи и быть гарантированными каждому из них без исключения¹⁸⁰ Ставится вопрос о том, что в законодательстве должна быть предусмотрена не только негативная обязанность франчайзеров не препятствовать франчайзи участвовать в собственных объединениях, но и позитивная обязанность сотрудничать с такими объединениями, вплоть до заключения коллективных соглашений на единых условиях франчайзинга

¹⁷⁹ Franchising in the US economy P 70-71

¹⁸⁰ Hearings before the Committee on small business House of representatives 1998, p 96

Глава 4

КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ В РОССИИ

§ 1, Понятие договора коммерческой концессии по российскому праву и его соотношение с договором франчайзинга

Ни российское дореволюционное право, ни тем более право социалистического периода развития нашего государства не знали ни договора франчайзинга, ни договора коммерческой концессии. Поэтому включение в Часть вторую Гражданского кодекса РФ 1995 г. главы 54, посвященной специально договору коммерческой концессии, следует рассматривать как заметное достижение российского законодательства и российской правовой теории. Более того, включение в закон специального регулирования данного вида договора свидетельствует о признании его в качестве каузальной сделки, правовая цель которой (кауза) требует в практических целях юридической определенности, как в отношении самого договора, так и возникающих на его основании обязательств. Если стороны считают, что они заключили договор коммерческой концессии, а фактически он не будет соответствовать ему, то сделка может быть оспорена, для этого необходимо научиться отграничивать данный договор от иных каузальных договоров, в том числе одинаковой правовой природы. Однако по данному вопросу наша цивилистическая наука пока не пришла к единому мнению.

Будучи новым договором в российской практике, договор коммерческой концессии признается одним из самых сложных, если не самым сложным в гражданском праве. Прежде всего, возникают такие вопросы как договор коммерческой концессии соотносится с договором франчайзинга, какова его правовая природа, как отличать его от других договоров одинаковой или близкой природы, на какие источники права следует опираться при его регулировании. Прежде чем

попытаться ответить на эти и другие вопросы, необходимо дать легальное (законодательное) определение договора¹⁸¹.

Согласно ст 1027 ГК, под коммерческой концессией понимается договор, по которому одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие предусмотренные договором объекты исключительных прав - товарный знак, знак обслуживания и т.д. Иными словами, этот договор регулирует отношения по поводу использования одним лицом в своей предпринимательской деятельности исключительных прав другого лица на объекты интеллектуальной собственности и приравненные к ним средства индивидуализации товара и его производителя, а также некоторых не-исключительных прав, в частности, на охраняемую коммерческую информацию, коммерческие обозначения. Поскольку предоставление аналогичных прав по договору в зарубежном праве именуется франчайзингом, то возникает вопрос: как соотносятся эти договоры?

Можно выдвинуть в качестве гипотетических следующие варианты ответа: а) договор коммерческой концессии и договор франчайзинга — два самостоятельных каузальных договора; б) договор коммерческой концессии и договор франчайзинга суть один и тот же договор, но по-разному именуемый в российском и зарубежном праве, в) оба эти договора соотносятся как часть и целое, т.е. один из них является разновидностью другого. Последний вариант требует своего логического завершения, т.е. ответа на вопрос: договор коммерческой концессии является разновидностью договора франчайзинга или, наоборот, договор франчайзинга является разновидностью договора коммерческой концессии?

Ответ на поставленный вопрос важен не только в теоретическом, но и в практическом смысле. Во-первых, можно ли, опираясь на принцип свободы договора, заключать не только поименованный в ГК договор коммерческой концессии, но и не поименованный в нем договор франчайзинга. Если это разные договоры, то можно, если

¹⁸¹ Общие правовые основы франчайзинга подробно излагаются в первых трех главах настоящей монографии. Но, очевидно, найдутся читатели, которые ограничат знакомство с франчайзингом только в пределах данной главы, где содержатся краткие пояснения более общего плана о франчайзинге, поэтому неизбежны повторы материала

речь идет об одном и том же договоре, то даже назвав договор франчайзингом, регулировать его необходимо по правилам главы 54. Если же договоры соотносятся как часть и целое, то возникает вопрос: как регулировать отношения по тому договору, который не имеет специально-го регулирования в законе, каким способом восполнять этот пробел.

Не останавливаясь подробно на теоретическом значении постановки вопроса о соотношении договора коммерческой концессии и договора франчайзинга, заметим, что ответ на него следует искать, опираясь как на генезис самих этих договоров и практику их использования в мировом масштабе, так и на тот методологический инструментарий, который предлагает теория права. Поскольку основная задача данной монографии — ознакомление российского читателя с таким договором в основном в практических целях, не будем углубляться в суть проблемы, а опираясь на материал, изложенный в предыдущих главах, позволим себе сделать вывод о том, что соотношение этих договоров изменялось по мере их становления. Первоначально возник договор коммерческой концессии, от которого отпочковался торгово-распределительный франчайзинг. Дальнейшее развитие франчайзинга привело к становлению комплекса договорных отношений, охватывающего как сферу торговли, так и сферу производства товара. Он позволял субъекту предпринимательской деятельности продавать товар, производимый правообладателем, используя его средства индивидуализации, и выходить на рынок с товаром собственного производства, опять-таки, используя при этом чужие средства индивидуализации. При этом под товаром понимаются не только вещи, но и работы, услуги, а также иные объекты гражданского права, обладающие товарными качествами. Это — современный франчайзинг; анализ правового регулирования, содержащегося в главе 54, позволяет сделать вывод о том, что именно его имел в виду российский законодатель. На это, в частности, указывает замечание о том, что пользователь использует предоставленный ему правообладателем комплекс исключительных прав в своей предпринимательской деятельности. Предпринимательская деятельность может включать в себя в этом смысле только использование комплекса исключительных прав при продаже (соответственно — при предложении к продаже, хранении с целью продажи и т.п.) приобретаемого у другого лица товара, а также наряду с вышеперечисленным и при производстве товара.

Таким образом, в российском законодательстве предполагается регулирование наряду с отношениями франчайзинга и собственно отношений коммерческой концессии в истинном смысле этого слова. Суть этих отношений сводится к тому, что правообладатель предоставляет

пользователю исключительное (эксклюзивное) право на продажу товаров, которые производит сам. Такая «эксклюзивность» обеспечивает монополию пользователя при перепродаже данного товара третьим лицам в пределах определенной в договоре территории. На это указывает п. 2 ст. 1027 ГК, в которой сформулированы альтернативные варианты использования комплекса исключительных прав: при продаже товаров, полученных от правообладателя (правда, при этом не указывается, на каком праве передаются эти товары пользователю и на каком основании) или произведенных самим пользователем. Более того, согласно п. 2 ст. 1027 в договоре стороны должны согласовать объем использования прав, т.е. совокупность способов использования. Кроме того, различное регулирование ответственности правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю (ст. 1034), имеет своим основанием такой признак: кто из участников договора является изготовителем продаваемого товара в форме вещи — правообладатель или пользователь.

Таким образом, и об этом уже говорилось выше, название главы 54 ГК не соответствует ее содержанию. Заголовок соответствует другому виду договора, под которым понимается даже не торгово-распределительный франчайзинг, а договор о предоставлении исключительного права на продажу, тогда как содержание главы 54 ГК соответствует самым современным представлениям о франчайзинге и рассчитано на регулирование всех его видов — торгово-распределительного, сервисного, производственного. Но не только это требует приведения названия главы 54 в соответствие с ее содержанием.

Еще более существенно другое обстоятельство, а именно то, что за рубежом предмет договора коммерческой концессии в начальной стадии исторического развития данного института гражданского права отличался от предмета договора франчайзинга, т.к. не предусматривал обязательного предоставления пользователю права на фирменное наименование или коммерческое обозначение правообладателя. Договор коммерческой концессии (договор об исключительной продаже товаров) существует в практике зарубежных государств и сейчас. Его предмет — предоставление исключительного права на продажу товара, производимого одним лицом, другому лицу, т.е. как бы уступка исключительного правомочия собственника — распоряжения товаром путем его продажи¹⁸². И только со времени, когда предоставление

¹⁸² См. подробнее. Гражданское и торговое право капиталистических государств. Отв ред. ЕА. Васильев М Международные отношения, 1993. С 380-384.

пользователю права на средство индивидуализации правообладателя как предпринимателя было не только включено в круг обязанностей последнего, а также стало конституирующим признаком самого договора, договор франчайзинга стал самостоятельным видом договора, отделившись от договора коммерческой концессии. Такую обязанность предусматривает и ст. 1027 ГК. Отсюда понятно, почему глава 54 ГК, содержащая указанную статью, должна именоваться «Договор франчайзинга» (или «Франчайзинг»), а стороны договора следовало бы именовать иначе: правообладателя — франчайзером, а пользователя — франчайзи. Многие российские юристы разделяют мнение, что под коммерческой концессией следует понимать франчайзинг. В.В. Витрянский, например, считает, что понятие «коммерческая концессия» было использовано при подготовке ГК как наиболее соответствующее по смыслу английскому «franchising»¹⁸³. Об условности этого термина применительно к отношениям, регулируемым главой 54 ГК РФ, говорят и другие юристы. Соответственно, федеральный закон, который, без сомнения, потребуется для детализации и уточнения положений главы 54 ГК, тоже должен будет иметь своим предметом не коммерческую концессию, а франчайзинг. Под этим названием такой договор и регулируемые им отношения должны быть закреплены и в прочем законодательстве,

Хотя в данной главе будет использоваться терминология, соответствующая действующему российскому законодательству, читатель должен отдавать себе отчет, что российский договор коммерческой концессии по содержанию представляет собой аналог зарубежного договора франчайзинга.

Вместе с тем необходимо отметить, что целые группы отношений, охватываемых понятием франчайзинга, не включены в специальное регулирование по российскому законодательству. Во-первых, это отношения по преддоговорному раскрытию информации правообладателем, если она будет входить в предмет договора; во-вторых, — по поводу собственно производства и продажи франшизной продукции. Последнее особенно существенно, когда речь идет о продаже товаров, произведенных правообладателем, но в рамках коммерческой концессии.

Определение договора коммерческой концессии, сформулированное в ст. 1027 ГК, следует признать наиболее полным и юридически

¹⁸³ Брагинский М.К., Витрянский В.В. Договорное право. Книга третья. Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М.; Статут, 2002, с. 977.

корректным из всех приводившихся ранее на страницах нашей монографии определений договора франчайзинга. В то же время очевидно, что основные понятия, которыми оперирует российский законодатель, в общем соответствуют понятиям зарубежного законодательства о франчайзинге. Так, комплекс исключительных прав, о котором говорится в ст. 1027, вполне соотносится с пакетом прав, который составляет понятие «франшиза» по Регламенту № 4087/88 КЕС. Общепринятыми являются и объекты интеллектуальной собственности, включаемые в такой комплекс и, прежде всего, право на фирменное наименование. Последнее толкуется в российском праве также, как и в зарубежном, а именно как средство индивидуализации предпринимателя, позволяющее отличить его от других предпринимателей.

В отличие от некоторых других договорных обязательств, которые могут возникать в силу закона (например, доверительного управления имуществом, хранения, залога), отношения коммерческой концессии возникают только на основании договора. Иные юридические факты могут служить основанием только для изменения, прекращения договора или перемены сторон (в частности, наследственное правопреемство или реорганизация юридического лица).

Как уже отмечалось выше, специальные нормы, посвященные данному договору, содержатся в главе 54 ГК РФ (стхг. 1027-1040). К нему применяются также общие положения о договорах и общие положения об обязательствах, содержащиеся в Части первой ГК РФ. При этом действует общий принцип, согласно которому общее правило применяется тогда и постольку, когда и поскольку оно не изменено специальным правилом. Эти отношения затрагивают и нормы Части третьей ГК РФ. Это относится к переходу прав и обязанностей по данному договору к наследникам в случае смерти гражданина-участника и к применению норм международного частного права, если сторона договора представлена иностранным участником. В любом случае, хотя правила применения норм Гражданского кодекса, их соотношение достаточно хорошо известны юристам, да и не только им, не всегда легко правильно применять их на практике. Более сложным является вопрос: а какие еще нормы помимо норм ГК регулируют договор коммерческой концессии и как они применяются к соответствующим обязательствам. Так возникает вопрос о том, применяются ли и в какой мере, каким образом к этим отношениям нормы законодательства, регулирующие отношения в области интеллектуальной собственности.

Хотя предметом договора является предоставление права использовать комплекс исключительных прав, объектами этих прав являются

также и такие, которые не порождают исключительных прав, в частности коммерческое обозначение, охраняемая коммерческая информация. Если иметь в виду исключительные права, то их возникновение, изменение, прекращение, а также их передача (бесповоротная или временная) регулируются нормами законодательства об интеллектуальной собственности. Поскольку гражданско-правовые нормы этого законодательства формируют подотрасль гражданского права, предполагалось включить в ГК РФ специальный раздел, озаглавленный «Интеллектуальная собственность (исключительные права)». И он был включен в проект Части третьей, но в окончательном виде в нее не вошел. Предполагалось сгруппировать эти нормы в Части четвертой ГК или включить интеллектуальную собственность в Часть первую в подраздел «Объекты гражданских прав». Пока судьба этого блока норм не ясна. В настоящее время действует целый ряд федеральных законов и подзаконных актов в этой области. Российская Федерация является участником ряда международных договоров, в частности, Парижской конвенции об охране промышленной собственности 1883 г., предметом регулирования которых также является интеллектуальная собственность (исключительные права). Следует ли сторонам договора при его составлении, регулировании отношений, защите нарушенных договорных прав, а также в отношениях с государственными органами, обладающими полномочиями в области интеллектуальной собственности, опираться (прямо или косвенно) на эти правовые источники.

Чтобы дать ответ на эти и многие другие вопросы, на наш взгляд, необходимо попытаться выявить правовую природу договора коммерческой концессии, его соотношение с другими, близкими или однородными договорами (договорами одной правовой природы).

§ 2, К вопросу о правовой природе договора коммерческой концессии

При рассмотрении проблемы правовой природы договора коммерческой концессии представляется необходимым опираться на такие критерии, как возникновение и развитие (генезис) данного договора, его место в системе гражданского законодательства, а главное – предмет договора.

За рубежом отношения коммерческой концессии и франчайзинга первоначально возникли естественным путем в экономике и только затем получили свое выражение в источниках права, да и то в законодательстве

лишь отдельных государств. В России аналогичные отношения, основанные на договоре коммерческой концессии, получили нормативное регулирование, причем на уровне кодифицированного источника, по существу прежде, чем соответствующие отношения получили достаточное развитие на практике. Поэтому в нашей стране его нельзя отнести к категории «непоименованных», по терминологии п. 2 ст. 421 ГК, — не предусмотренных законом или иными правовыми актами договоров. Более того, будучи предусмотренным договором, имея определенный в законе предмет, а соответственно и конкретную правовую цель (causa), он является каузальной сделкой.

Помещение норм, регулирующих эти отношения в той части ГК, которая посвящена в основном договорам об оказании услуг, нематериальный результат действия, которое должен совершить правообладатель, дает основание отнести его к родовой группе договоров об оказании услуг. Поскольку предметом договора является предоставление исключительных прав, было бы оправданным его включение в родовую группу лицензионных договоров. В то же время по лицензионному договору передаются (предоставляются) в пользование только исключительные права, причем на однородные объекты — либо произведения, либо изобретения, полезные модели, промышленные образцы, либо товарные знаки, в то время как договор коммерческой концессии предполагает передачу комплекса исключительных прав. Под комплексом понимаются исключительные права на неоднородные объекты: как результаты интеллектуальной деятельности, так и приравненные к ним средства индивидуализации товаропроизводителя и товара. Более того, в этот предмет входит также комплекс неисключительных прав. В силу ст. 138 ГК исключительное право на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации признается в случаях и в порядке, установленных ГК и другими законами. Следовательно, исключительное право субъекта на соответствующий идеальный объект возникает в случае указания на это в законе. Поскольку в российском законодательстве нет не только определения некоторых объектов (например, коммерческое обозначение, охраняемая коммерческая информация), права на которые входят в комплекс, составляющий объект договора коммерческой концессии, но и указания на то, что права на них являются исключительными (имя гражданина, коммерческая тайна)¹⁸⁴.

Если исчерпаны все попытки отнести рассматриваемый договор к известному виду договора в силу общей каузы, остается только

¹⁸⁴ Подробнее см. в § 5 настоящей главы.

признать за договором коммерческой концессии самостоятельную правовую природу (*sui generis*). Если бы он не был включен в нормативные источники (назван в ГК), его можно было бы рассматривать как смешанный договор, т.е. не предусмотренный законодательными актами, но содержащий элементы других, предусмотренных ими договоров (лицензионных договоров, договоров о передаче ноу-хау, возмездного оказания услуг и др.).

Надо сказать, что хотя еще рано говорить о выработке единого взгляда на природу этого договора, тем не менее многие юристы относят его к группе договоров об оказании услуг. Так М.И. Брагинский и В.В. Витрянский включили его в свой труд «Договорное право»¹⁸⁵, поместив в третьей книге, посвященной договорам о выполнении работ и оказании услуг. Рассматривая вопрос о понятии «коммерческая концессия», они сравнивают его с рядом других договоров. При этом авторы отмечают, что это понятие не имеет ничего общего с концессионными и иными аналогичными соглашениями¹⁸⁶. Действительно, используемая в ГК лексика не должна вводить в заблуждение, поскольку объектом концессионных соглашений являются права на объекты вещного права (корпоральные, телесные), а не идеальные объекты. Излагая далее различные точки зрения на юридическую природу этого договора, в частности, Е.А. Суханова, И.А. Зенина, Ю.И. Свядосца, М.И. Кулагина, Б.И. Путинского, Ю.В. Романца, Г.Е. Авилова, О.А. Городова, А.А. Иванова, авторы отмечают, что в договоре можно проследить черты, присущие различным договорам. Среди таких договоров рассматривались, в частности, лицензионные, агентские договоры, договоры комиссии простого товарищества, цессионные соглашения,

А.Ю. Кабалкин, относя коммерческую концессию также к договорам об оказании услуг, включает его в группу договоров об оказании юридических (в форме действий, имеющих признаки юридических фактов) и фактических (соответственно, не имеющих таких признаков действий) услуг. Договор коммерческой концессии, на взгляд ученого, нельзя относить к лицензионным, поскольку он предоставляет права на использование только охраняемых патентом объектов (изобретений). При этом предлагается рассматривать в одном ряду с договорами поручения, комиссии, агентирования, доверительного управления имуществом, банковского вклада, банковского счета¹⁸⁷. Таким

¹⁸⁵ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 977-1049.

¹⁸⁶ Там же, с. 977.

¹⁸⁷ Кабалкин А. Толкование и классификация договоров / Российская юстиция, 1996, № 7.

образом, профессор А Ю Кабалкин включает данный договор в группу договоров по оказанию услуг¹, а в качестве его предмета видит юридические и фактические действия. Эта точка зрения, как представляется, опирается на признание в качестве предмета договора действий по перепродаже пользователем товаров, принадлежащих на праве собственности правообладателю. При этом предоставление комплекса *исключительных прав пользователю служит не конституирующим* признаком договора, а лишь вспомогательным условием. Правда, при этом плата за такую услугу должна полагаться пользователю как исполнителю. Однако, согласно ст 1030 ГК, выплата вознаграждения по договору коммерческой концессии является обязанностью не правообладателя, а пользователя.

Возможность отнесения договора коммерческой концессии к договорам по оказанию услуг усматривают и другие авторы. Так В В Витрянский отмечает, что «в системе гражданско-правовых договоров договор коммерческой концессии может быть отнесен (с некоторыми оговорками) к категории договоров о возмездном оказании услуг. Предоставление пользователю права на использование комплекса исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в сочетании с обязанностями последнего передавать пользователю техническую и коммерческую документацию, инструктировать и обучать его работников, оказывать консультационное содействие, действительно представляет собой определенную услугу со стороны правообладателя»¹⁸⁸. При этом дополнительно подчеркивается, что это допускается и в смысле юридической техники, поскольку п. 2 ст. 779 ГК не включает этот договор в перечень изъятий в отношении договоров возмездного оказания услуг¹⁸⁹. Однако последнее можно трактовать и иначе – договор коммерческой концессии вообще не имеет своим предметом действия в форме услуги, поэтому он и не включен в этот перечень. Более того, представляется, что в данном случае отношения по оказанию услуг можно рассматривать в качестве дополнительных обязанностей правообладателя, в число которых входит инструктирование и обучение работников, консультационное содействие. Кстати, договор аренды транспортного средства с экипажем также включает в себя дополнительные обязанности арендодателя, которые можно квалифицировать как услуги, однако, договор в целом не утрачивает своей каузы. А договор подряда включает в качестве дополнительной обязанность заказчика оказывать содействие подрядчику, но эта обязанность не включается

¹⁸⁸ Брагинский М И, Витрянский В В. Указ соч., с. 986.

¹⁸⁹ Там же, с. 986.

в его предмет. Так и в нашем случае, эти отношения носят характер дополнительных, и не формируют предмет договора. Да собственно и плата по договору предполагается не за эти услуги, а за предоставление комплекса исключительных прав. Именно отношения по предоставлению и использованию этого комплекса являются центральными по смыслу правового регулирования.

Распространена и такая точка зрения, согласно которой данный договор имеет лицензионную природу. Так, по мнению Л. А. Трахтенгерца, договор коммерческой концессии относится к группе договоров лицензионного типа.¹⁹⁰

Представляется, что данный договор, с точки зрения его исторического генезиса, хотя и приобретал на каждой фазе своего развития, даже можно сказать заимствовал, черты отдельных каузальных договоров, тем не менее в современном виде обладает самостоятельной природой. Если же попытаться определить место этого договора в категориальном ряду ему подобных (родственных) договоров, исходя из сущностного сходства предмета и объекта, то, на наш взгляд, его можно отнести к группе договоров о передаче исключительных прав наряду с лицензионными, авторскими договорами, договорами о предоставлении прав на использование товарных знаков и т.д., поскольку его предмет — предоставление комплекса исключительных прав. Данную группу договоров в свою очередь можно включить в более крупную классификационную категорию — тип договора, как это делает И. А. Зенин, включая их в класс договоров об использовании исключительных прав и ноу-хау.¹⁹¹ В любом случае именно исключительность передаваемых прав является центральным звеном, обеспечивающим эксклюзивность самого товара и естественную монополию на рынке. При этом передача этих прав не по отдельности, а как единого комплекса, не меняет природу каждого отдельного права, т.е. права на отдельный объект. Более того, экономическая суть отношений, которые требуют правового регулирования в аспекте основного предмета, — использование комплекса исключительных прав в предпринимательской деятельности, также не изменяет и сущности правоотношений, а следовательно, не может служить основанием для полного отрицания лицензионной природы договора коммерческой концессии. Признание отчасти лицензионной природы данного договора позволило бы законодателю, в том числе в целях

¹⁹⁰ Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций/Отв. ред. ОН. Садиков. М.: БЕК, 1997, с. 587.

¹⁹¹ Гражданское право. Учебник/Отв. ред. Е. А. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. Том II. Полутом 1. М.: БЕК, 1999, с. 581.

законодательной экономии и для удобства регулирования отношений коммерческой концессии, опираться на нормы законодательства об интеллектуальной собственности как на общие по отношению к нормам главы 54 ГК, или применять отсылочные нормы к законодательству, регулирующему отношения по передаче и использованию отдельных объектов интеллектуальной собственности

Этот договор можно классифицировать и по другим основаниям, например, включая его в категорию предпринимательских договоров, поскольку стороны заключают его на свой страх и риск и осуществляют профессиональную деятельность по договору с целью систематического извлечения прибыли. Это - типичный эксклюзивный (исключительный) договор, поскольку закон дает право его сторонам включать в него условия, запрещающие заключать аналогичные договоры с другими лицами на срок действия договора и в пределах территории его действия

§ 3. Стороны договора

Согласно российскому законодательству, в роли правообладателя и пользователя могут выступать только коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей. Это требование сохраняется и в отношении сторон в договорах коммерческой субконцессии. Субпользователь по договору коммерческой субконцессии (далее — субдоговор), также как вторичный пользователь (субпользователь) и каждый последующий субпользователь, при создании разветвленной сети коммерческой субконцессии¹⁹² должен обладать статусом либо юридического лица — коммерческой организации, либо статусом гражданина-предпринимателя.

В качестве коммерческой организации признаются юридические лица, преследующие извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности. Они могут быть образованы только в тех организационно-

¹⁹² Поскольку посредством договоров коммерческой концессии (далее - субдоговоры) достигается цель разделения предпринимательских рисков между правообладателем и пользователем (первичным и последующим), а предмет договора позволяет «делить» между ними территорию (рынок), то по смыслу регулирования возможно заключение договоров не только между пользователем и субпользователем (вторичным пользователем), но и между вторичным и последующим пользователем (третичным и т.д.). Об этом свидетельствует и практика. Например, в пределах одной улицы или даже городского квартала конечный субпользователь-гражданин обладает исключительными правами на продажу мороженого с использованием средств индивидуализации «Баскин-Роббинс»

правовых формах, которые допускаются законодателем. Перечень таких организационно-правовых форм содержится в ГК РФ и является исчерпывающим. Согласно п. 2 ст. 50 ГК, они могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, производственных кооперативов, государственных и муниципальных унитарных предприятий.

Названные формы в свою очередь классифицируются на отдельные виды организационно-правовых форм и их типы по ряду правовых критериев. Хозяйственные товарищества в зависимости от правового статуса участников представлены двумя видами — полными товариществами и товариществами на вере (коммандитными товариществами). Хозяйственные общества в зависимости от способа формирования уставного капитала, характера ответственности и некоторым другим признакам делятся на три вида: общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью¹⁹³ и акционерные общества¹⁹⁴. Акционерные общества могут быть двух типов — открытые и закрытые. Основным признаком их деления является степень свободы акционера в выборе контрагента в случае отчуждения своих акций.

Среди производственных кооперативов¹⁹⁵ выделяются сельскохозяйственные кооперативы, особенности правового статуса которых устанавливаются ФЗ РФ «О сельскохозяйственной кооперации»¹⁹⁶. Согласно п. 2 ст. 3 этого закона, видами производственных кооперативов являются сельскохозяйственная артель (колхоз), рыболовецкая артель (колхоз) и кооперативное хозяйство (коопхоз), а также иные кооперативы, созданные в соответствии с требованиями предыдущего пункта этой статьи. Таким образом, данный закон не содержит исчерпывающего перечня видов производственных сельскохозяйственных кооперативов, требуя лишь, чтобы это был

¹⁹³ См. ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» от 08.02.1998 № 14-ФЗ (СЗ РФ, 1998, № 7, ст. 785) в ред. ФЗ от 11.07.1998 № 96-ФЗ, 31.12.1998 № 193-ФЗ, 21.03.2003 № 31-ФЗ, а также Постановление Пленума ВС РФ и Пленума ВАС РФ от 09.12.1999 № 90/14 «О некоторых вопросах применения Федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью».

¹⁹⁴ См. ФЗ «Об акционерных обществах» от 26.12.1995 № 208-ФЗ (СЗ РФ, 1996, № 1, ст. 1) в ред. ФЗ от 24.05.1999 № 101-ФЗ, 07.08.2001 № 120-ФЗ, 21.03.2002 № 131-ФЗ, 31.10.2002 № 134-ФЗ, 27.02.2003 № 29-ФЗ, 24.02.2004 № 5-ФЗ, 06.04.2004 № 17-ФЗ, а также Постановление Пленума ВАС РФ от 18.11.2003 № 19.

¹⁹⁵ См. ФЗ «О производственных кооперативах» от 08.05.1996 № 41-ФЗ (СЗ РФ, 1996, № 20, ст. 2321) в ред. ФЗ от 14.05.2001 № 53-ФЗ, 21.03.2002 № 31-ФЗ.

¹⁹⁶ См. ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» от 08.12.1995 № 193-ФЗ (СЗ РФ, 1995, № 50, ст. 4870).

сельскохозяйственный кооператив, созданный гражданами для совместной деятельности по производству, переработке и сбыту сельскохозяйственной продукции, а также для выполнения иной, не запрещенной законом деятельности, основанной наличном трудовом участии членов кооператива.

Унитарные предприятия¹⁹⁷ могут быть учреждены только государством — соответственно Российской Федерацией или субъектом Российской Федерации, либо (или) муниципальным образованием, которые сохраняют за собой право собственности на имущество этих организаций. В зависимости от того, какими правами на переданное собственником имущество при учреждении унитарного предприятия оно обладает, выделяют унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения, и унитарные предприятия, основанные на праве оперативного управления. Последние именуются казенными предприятиями.

Несмотря на то что закон предусматривает возможность осуществления предпринимательской деятельности некоммерческими организациями постольку, поскольку это служит достижению тех социальных целей, для которых они созданы, они не могут быть участниками отношений коммерческой концессии. Таким образом, круг юридических лиц, имеющих право быть стороной договора коммерческой концессии, замкнут и включает в себя:

- полные товарищества;
- товарищества на вере (коммандитные товарищества);
- общества с ограниченной ответственностью;
- общества с дополнительной ответственностью;
- открытые акционерные общества;
- закрытые акционерные общества;
- производственные кооперативы, в том числе сельскохозяйственные;
- государственные унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения;
- государственные унитарные предприятия, основанные на праве оперативного управления (государственные казенные предприятия);
- муниципальные унитарные предприятия, основанные на праве хозяйственного ведения;
- муниципальные унитарные предприятия, основанные на праве оперативного управления (муниципальные казенные предприятия).

¹⁹⁷ См. ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» от 14.11 2002 № 161-ФЗ (СЗ РФ, 2002, № 48, ст 4746) в ред. ФЗ от 08.12.2003 № 169-ФЗ.

Юридические лица, в том числе и коммерческие организации приобретают свой легальный статус в результате государственной регистрации¹⁹⁸, которая осуществляется территориальными органами МНС РФ. Сведения о зарегистрированных юридических лицах вносятся в Единый государственный реестр юридических лиц¹⁹⁹.

Если в качестве стороны договора коммерческой концессии выступает гражданин, то он должен иметь статус предпринимателя. Причем этот статус должен быть легальным, а не фактическим. Хотя в ГК РФ есть статьи, нормы которых предусмотрены специально на тот случай, когда гражданин осуществляет предпринимательскую деятельность де-факто, например, п. 4 ст. 23, к участию в договоре коммерческой концессии допускаются только граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей и включенные в Единый государственный реестр индивидуальных предпринимателей²⁰⁰.

Возможность получения сведений о зарегистрированных юридических лицах и гражданах-предпринимателях любым из участников договора из сведений, содержащихся в Единых государственных реестрах, дает ему уверенность в действительности заключенной сделки, как непротиворечащей требованиям закона в части требований к ее участникам.

В то же время нельзя забывать, что содержащиеся в п. 3 ст. 1027 ГК специальное требование к гражданско-правовому статусу участников рассматриваемого договора, главное, но не единственное условие, которое предъявляет к ним законодатель. В этой связи необходимо обратить внимание на характер правоспособности юридического лица. Так, коммерческие организации, за исключением унитарных предприятий, обладают общей правоспособностью, т.е. они могут иметь гражданские права и нести гражданские обязанности, необходимые для осуществления любых видов деятельности, не запрещенных законом. Таким образом, если в законе нет специального запрета, коммерческая организация, имеющая форму хозяйственного товарищества или общества, а также производственного кооператива, вправе заключить договор

¹⁹⁸ См. ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» от 08.08.2001 № 129-ФЗ (СЗ РФ, 2001, № 33, ст. 3431) в ред. ФЗ от 23.07.2003 № 76-ФЗ, 08.12 и 23.12.2003 № 185-ФЗ.

¹⁹⁹ См. «Правила ведения Единого государственного реестра юридических лиц и предоставления содержащихся в нем сведений» утвержденные Постановлением Правительства РФ от 19 июня 2002 г. № 438.

²⁰⁰ См. «Правила ведения Единого государственного реестра индивидуальных предпринимателей и предоставления содержащихся в нем сведений», утвержденные Постановлением Правительства РФ от 16 октября 2003 г. № 630.

коммерческой концессии Закон же содержит запреты для организаций, предмет деятельности которых имеет исключительный характер. Иными словами, эти организации могут заниматься только этим видом деятельности и совершать только те сделки, которые входят в предмет данного вида деятельности. К таким организациям, в частности, относятся банки и страховые организации.

Унитарные предприятия обладают специальной и целевой правоспособностью, т.е. они вправе иметь не любые гражданские права и обязанности, а только те, которые соответствуют целям деятельности, предусмотренным в их учредительных документах (уставах), и нести связанные с этой деятельностью обязанности.

Можно ли вышеперечисленные ограничения в отношении организаций, предмет деятельности которых имеет исключительный характер, и в отношении унитарных предприятий рассматривать как препятствие к участию в договоре коммерческой концессии?⁹ Вопрос сложный и прежде всего потому, что он одновременно относится и к тем правам и обязанностям, которые приобретает лицо, становясь стороной в договоре коммерческой концессии, и к тем сделкам, которые она заключает под собственным фирменным наименованием (правообладатель) или будет заключать под чужим фирменным наименованием (пользователь) применительно к определенной в договоре сфере деятельности. В данном случае речь идет о том, входят ли в содержание специальной правоспособности коммерческой организации, во-первых, право заключать договоры коммерческой концессии, а, во-вторых, право осуществлять деятельность в той сфере, которая и предполагает использование комплекса исключительных прав, входящих в предмет договора коммерческой концессии.

Если в отношении последнего права ситуация достаточно понятна, поскольку речь идет о сделках, соответствующих предмету деятельности, указанному в учредительных документах организации, то в отношении права на заключение договора коммерческой концессии нельзя дать однозначного ответа. Вряд ли всегда можно, без прямого указания в учредительных документах, подразумевать такое право у организаций, не обладающих общей (универсальной) правоспособностью, или у тех, общая правоспособность которых ограничена законом.

Представляется, что здесь необходимо рассмотреть каждый случай отдельно. В законах, в которых сформулированы понятия и требования к ведению определенного вида деятельности как исключительно, содержится закрытый перечень правовых возможностей субъекта ее осуществляющего. Представляется, что если право на заключение договоров коммерческой концессии не предусмотрено законом для

таких организаций, то они не вправе их заключать. Что касается унитарных предприятий, то закон не содержит закрытого перечня в отношении сделок, включенных в содержание их правоспособности. Следовательно, если заключение таких сделок соответствует предмету деятельности унитарного предприятия, указанному в его уставе, то можно сделать вывод, что оно вправе быть участником такого договора. В то же время надо иметь в виду положения ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», согласно которым уставом государственного или муниципального предприятия, в том числе казенного предприятия, могут быть предусмотрены виды и (или) размер иных сделок, совершение которых не может осуществляться без согласия собственника имущества такого предприятия (стст. 18, 19).

Эти выводы, однако, нельзя считать бесспорными, поскольку логика подсказывает, что договор коммерческой концессии, новый и не до конца опробованный в российской экономике, порождает много таких аспектов, которые пока еще не учел законодатель. И тот факт, что в тексте главы 54 ГК нет дополнительных ограничений к статусу участников, вряд ли можно рассматривать, как признание за любой коммерческой организацией права быть стороной договора.

Кроме того, необходимо учитывать и возможности свободного заключения и исполнения такого договора коммерческой концессии, который предусматривает использование комплекса исключительных прав при продаже товаров, полученных от правообладателя. Иными словами, речь идет об учете статуса сторон как субъектов вещных прав. Так, если на стороне правообладателя предполагается участие унитарного предприятия, то важно помнить, что не являясь собственником своего имущества, в том числе производимого товара, оно не всегда может свободно им распоряжаться. Общеизвестно, что такое предприятие не вправе свободно распоряжаться недвижимым имуществом, а согласно ст. 295 ГК и ст. 18 ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях», в случаях, установленных законом или иными правовыми актами, унитарное предприятие, основанное на праве хозяйственного ведения, не вправе свободно распоряжаться движимым имуществом. Хотя казенное предприятие по общему правилу свободно распоряжается только производимой им продукцией, в законе или иных нормативных актах может быть установлено иное. Более того, законом об унитарных предприятиях устанавливается еще одно по сравнению с ГК объективного характера ограничение их права распоряжения имуществом. Они вправе распоряжаться своим имуществом, в том числе с согласия собственника имущества, только в пределах, не лишающих их возможности осуществлять деятельность, предмет и цели

которой определены уставами таких предприятий. Сделки, совершенные государственным или муниципальным предприятием с нарушением этого требования, являются ничтожными.

Еще одно требование, которое необходимо учитывать сторонам как при заключении, так и исполнении договора, сформулировано в абз. 3 п. 1 ст. 49 ГК, согласно которому отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии). Требование о лицензировании отдельных видов деятельности распространяется в том числе и на граждан-предпринимателей²⁰¹. Критерием определения лицензируемых видов деятельности является риск нанесения ущерба правам, законным интересам, здоровью граждан, обороне и безопасности государства, культурному наследию народов РФ. Констатируя, что виды деятельности, осуществление которых может повлечь за собой нанесение вышеперечисленного ущерба и регулирование которых не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием, п. 1 ст. 17 закона о лицензировании устанавливает перечень таких видов деятельности. Однако, нельзя забывать, что виды лицензируемой деятельности не исчерпываются данным законом, поскольку его действие не распространяется на виды деятельности, перечисленные в п. 2 ст. 1. Виды деятельности, перечисленные в нем, лицензируются на основании других федеральных законов, в частности, деятельность, работы и услуги в области использования атомной энергии подлежат лицензированию на основании ФЗ «Об использовании атомной энергии»²⁰². Включение в этот перечень исключений такого вида деятельности, как использование результатов интеллектуальной деятельности, не должно вводить в заблуждение относительно природы такого лицензирования и собственно лицензии. Лицензия в данном случае не представляет собой разрешение, выдаваемое органами власти, а отношения по ее получению не носят административно-правового характера. Это разрешение частного лица — субъекта исключительных прав, которое оно дает другому лицу на использование объекта исключительных прав, а отношения носят исключительно гражданско-правовой характер.

²⁰¹ См. ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» от 08.08.2001 № 128-ФЗ (СЗ РФ, 2001, № 33 (часть I), ст. 3430) в ред. ФЗ от 13.03.2002 № 28-ФЗ, от 21.03.2002 № 31-ФЗ, от 09.12.2002 № 164-ФЗ, от 10.01.2003 № 17-ФЗ, от 27.02.2003 № 29-ФЗ, от 11.03.2003 № 32-ФЗ.

²⁰² См. ФЗ «Об использовании атомной энергии» от 21.11.1995 № 170-ФЗ (СЗ РФ, 1995, № 48, ст. 4552) в ред. ФЗ от 10.02.1997 № 28-ФЗ, 10.07.2001 № 94-ФЗ, 28.03.2002 № 33-ФЗ, 11.11.2003 № 140-ФЗ

Ограничения для участников договора могут быть связаны также с тем, является ли участник юридическим лицом или гражданином-предпринимателем и какую сторону в доюворе он соответственно представляет. Эти ограничения касаются прежде всего права на ведение отдельных видов деятельности, поскольку законом в ряде случаев прямо указывается, что определенным видом деятельности не могут заниматься граждане-предприниматели. Следовательно, если комплекс исключительных прав по договору передается для использования при ведении такого вида деятельности, на стороне пользователя может выступать только юридическое лицо.

Законодатель допускает выступление индивидуального предпринимателя как в роли правообладателя, так и в роли пользователя. Следует только учитывать, что гражданин не может иметь такого средства индивидуализации, как фирменное наименование, следовательно, его позиция как правообладателя может вызывать сомнения и вот почему. Право на фирменное наименование представляется центральным в комплексе исключительных прав, входящих в предмет договора. На это указывает, в частности, то, что его прекращение является абсолютным основанием для прекращения договора, в то время как прекращение исключительных прав на другие объекты договора его не прекращает. Что касается коммерческого обозначения, то, возможно, оно и может порождать права на него у индивидуального предпринимателя, однако, в силу того, что в законодательстве РФ нет ни определения данного понятия, ни указания на то, что на этот объект устанавливаются исключительные права, вряд ли права на него могут занимать такое же место в качестве центрального, конституирующего признака договора, как права на фирменное наименование. Более того, если судить по массовой практике зарубежного франчайзинга, то франчайзеры — это повсеместно коммерческие организации (нередко транснациональные корпорации)²⁰³.

В научной литературе высказывается мнение, что недостаточным квалификационным признаком правообладателя является его гражданско-правовой статус. В качестве обязательного формального признака должно рассматриваться и требование действительно быть правообладателем, т.е. обладать теми исключительными правами, которые являются объектом договора²⁰⁴. Это требование вытекает из определения договора, согласно которому правообладатель обязан

²⁰³ Более детальная характеристика фигур современных франчайзера и франчайзи содержится в главе 2 настоящей монографии.

²⁰⁴ Гражданское право. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Часть 2. М.: Проспект, 1998, с. 631.

предоставить комплекс принадлежащих ему исключительных прав. Иными словами, он должен подтвердить законность своего статуса правообладателя в том числе предоставив доказательства этого не только своему контрагенту, но и государственным органам, осуществляющим регистрацию договора.

Исходя из положений главы 54 ГК, договор франчайзинга может заключать и группа лиц, объединившихся без образования юридического лица (простое товарищество). В роли правообладателя такое товарищество можно представить себе скорее теоретически. Во-первых, оно не обладает единым фирменным наименованием, а во-вторых, даже обладая исключительными правами на коллективный товарный знак, оно не вправе его передавать третьим лицам, в том числе по договорам, в силу п. 2 ст. 20 ФЗ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» 1992 г.

Поскольку договор коммерческой концессии порождает длящееся правоотношение и по своей экономической сути рассчитан на длительный период, то за время его действия могут произойти изменения на стороне участников. Для этих изменений могут быть различные основания — волевые действия самого участника или обстоятельства, от него не зависящие. Такого рода обстоятельства могут послужить основанием для прекращения договора, его досрочного расторжения, но иногда это не влияет на юридическую судьбу договора, он сохраняется, хотя при этом меняется один из участников.

Специальные нормы рассматривают ситуацию, когда перемена происходит на стороне правообладателя. Законодатель исходит из того, что перемена на этой стороне не должна явиться основанием для прекращения договора. Правда, гипотеза нормы указывает на случай, когда не весь комплекс исключительных прав, а лишь единичные исключительные права, входящие в этот комплекс, переходят к другому лицу. Однако, как представляется, и переход всего комплекса прав правообладателя к другому лицу, в том числе в порядке универсального правопреемства, не является основанием для его прекращения. Этот вывод можно сделать, анализируя специальное регулирование, связанное с наследственным правопреемством²⁰⁵, которое предусматривает

^{7(b)} Заметим от себя, что это положение ГК носит, скорее гипотетический характер. Франчайзер — это практически всегда юридическое лицо. Уделяя, на наш взгляд, чрезмерное внимание фигуре правообладателя как индивидуального предпринимателя (физического лица), законодатель в то же время обходит существенный вопрос о том, что является средством индивидуализации такого предпринимателя, которое способно породить исключительные права. Фирменное наименование граждан имеет не вправе, имя гражданина не является

сохранение договора при наличии или приобретении наследником легального статуса предпринимателя. Зарегистрироваться в качестве предпринимателя наследник должен в течение шести месяцев. Этот срок равен общему сроку для принятия наследства. На период, пока наследник не вступил в права наследства и не приобрел статуса предпринимателя, права и обязанности правообладателя осуществляются управляющим, назначаемым нотариусом. Такой управляющий должен руководствоваться нормами о доверительном управлении.

Перемена на стороне правообладателя может явиться основанием для появления множественности лиц на стороне правообладателя, если наследников несколько. Множественность лиц на стороне правообладателя возникнет и тогда, когда к другому лицу переходят отдельные исключительные права или исключительные права на отдельные объекты, поскольку в этом случае наряду с первоначальным правообладателем появляется еще один или несколько других лиц, к которым перешли соответствующие права.

Если множественность лиц на стороне правообладателя обусловлена тем, что отдельные исключительные права из входящих в комплекс имеют отдельных субъектов, то количественные изменения в субъектном составе возможны и в сторону уменьшения. Это будет тогда, когда исключительные права на отдельные объекты прекратятся в период действия договора. В комплексе исключительных прав, предоставляемых правообладателем пользователю, только права на фирменное наименование или коммерческое обозначение имеют бессрочный характер. Охраняемые же патентным законодательством исключительные права могут истечь или по иным основаниям прекратиться в период действия договора. По разным причинам могут прекратиться и права на охраняемую коммерческую информацию (ноу-хау). В таких случаях, как определяет ст. 1040 ГК, договор коммерческой концессии сохраняется. Однако те участники на стороне правообладателя, которым принадлежали права, выходят из договорного обязательства.

Таким образом, давая характеристику сторонам договора, недостаточно рассматривать только их качественный показатель, важно учитывать и количественный.

объектом исключительных прав, а понятие «коммерческое обозначение» в законе не определено и соответственно проблематично говорить о наличии исключительных прав на этот объект.

§ 4. Предмет и иные условия договора

Вопрос о предмете договора относится к одному из основных, поскольку условие о предмете является существенным условием. Так как общее правило гласит, что для заключения договора стороны должны придти к согласию по всем его существенным условиям, можно сделать вывод, что недостижение согласия или отсутствие даже попытки согласовать существенное условие, неважно по каким причинам, не приводит к искомому юридическому результату. Договор считается незаключенным, а следовательно, у его сторон не возникает никаких прав и обязанностей.

Что касается предмета договора, то здесь проблема заключается прежде всего в том, что в законодательстве отсутствует определение предмета договора и не всегда четко формулируется норма относительно того, какие условия, входящие в содержание предмета договора, должны быть согласованы сторонами. Иногда законодатель наряду с понятием предмета договора использует понятие «объект», при этом не уточняя, идет ли речь об объекте договора или обязательства (см., например, ст. 607 ГК «Объекты аренды»), при этом иногда термины «объект» и «предмет» отождествляются (ср., например, ст. 607 и ст. 666 ГК). В Правилах²⁰⁶, устанавливающих порядок регистрации договора коммерческой концессии в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, предмет данного договора понимается как перечень объектов исключительных прав, вернее, как перечень юридически индивидуализирующих их признаков, - номер патента, свидетельства на товарный знак или номер его международной регистрации и т.д., в отношении которого заключен договор (п. 36). Опять налицо смешение объекта и предмета договора.

Таким образом, эти вопросы вынуждена разрешать теория гражданского права. Поскольку и в теории не существует единого мнения по этим вопросам, основная трудность заключения договора сводится именно к тому, чтобы не ошибиться в формулировании основного из существенных условий - условия о предмете, поскольку отсутствие в договоре даже одного из составляющих его элементов вряд ли можно восполнить положением закона.

Если говорить проще, то предметом договора является тот правовой результат, который хотели бы получить стороны, а с позиции товарообмена — это указание на тот товар, который желает получить одна сторона и за который желает получить плату другая сторона.

²⁰⁶ Приказ Роспатента от 29.04.2003 г. № 64

Теоретическая конструкция «договор—правоотношение», предложенная в труде «Договорное право Общие положения»²⁰⁷, позволяет авторам сделать достаточно понятный и емкий вывод, который представляется весьма полезным для практики составления договоров. Под предметом всякого гражданско-правового договора ими предлагается понимать предусмотренные договором действия, которые должна совершить обязанная сторона или обязанные стороны^{2^}. При этом авторы, на наш взгляд, по существу комбинируют единый правовой феномен из договора как сделки (правоустанавливающего юридического факта) и порождаемого ее правоотношения (обязательства). Можно было бы при этом отметить явную «глобализацию» самого понятия «предмет договора», поскольку он поглощает, вбирает в себя и само понятие обязательства. Это, во-первых, приводит к тому, что предмет включает в себя все иные условия договора - срок, место, способ совершения действия. Во-вторых, поскольку в возмездной сделке возникает также обязательство другой стороны по внесению платы, то в предмет договора может попасть и это действие обязанной стороны.

Поскольку углубленное рассмотрение теоретической стороны гражданско-правового договора не входит в задачу данной работы, теоретические выводы российских цивилистов используются только для пояснения, иллюстрации, инструмента для практики составления, заключения, исполнения договора коммерческой концессии. Так и в данном случае, применительно к уяснению, что же должно быть отражено в этом договоре при формулировании условия о его предмете, представляется достаточно удобным исходить из того, что предметом договора коммерческой концессии является действие правообладателя, которое формирует его главную обязанность и которое сформулировано в самом определении договора.

Подчеркнем, что под действием, составляющим предмет договора, понимается не только услуга (действие, не имеющее материального результата), а любое юридически значимое действие, в том числе и разрешение, которое одна сторона договора дает своему контрагенту. В данном случае можно согласиться с мнением Л. А. Трахтенгерца, которая, признавая за договором коммерческой концессии лицензионную природу, рассматривает в качестве его предмета разрешение (лицензию) на использование исключительных прав²⁰⁹. От себя уточним,

²⁰⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Общие положения. М. Статут, 1998. С. 5, 222-234.

²⁰⁸ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ соч., с. 1006.

²⁰⁹ Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций/Отв. ред. ОН Садиков. М. БЕК, 1997, с. 587.

что предмет данного договора ~~ разрешение на использование комплекса исключительных прав, но не только их.

Для того, чтобы договор был надлежаще исполнен в соответствии с его предметом, необходимо не только определить само действие, но и указать тот объект, на который это действие направлено. Иными словами, предмет договора включает в себя в качестве элемента и объект договора. Таким объектом в договоре коммерческой концессии является комплекс исключительных прав, а действием - предоставление этого комплекса на время для использования в предпринимательской деятельности, которое, по сути, и есть разрешение (лицензия) на использование комплекса этих прав. Именно действие правообладателя, выражающееся в разрешении пользователю использовать комплекс исключительных прав в предпринимательской деятельности, и составляет экономический интерес последнего, именно за него он готов платить как за товар, именно это действие требует урегулирования в рамках договора. Это урегулирование и составляет вкупе с условием о предмете само содержание договора. Еще раз хотелось бы подчеркнуть, что плата в данном случае поступает не за сам комплекс исключительных прав, поскольку они не уступаются, т.е. не передаются насовсем, не переходят бесповоротно, и не за пользование этими правами, поскольку закон не формирует обязанности пользователя их использовать²¹⁰, а за разрешение их использовать (лицензию)²¹¹. Право пользователя использовать объекты исключительных прав вытекает из содержания исключительного права. Плата осуществляется именно за само предоставление такого комплекса исключительных прав.

Таким образом, объект договора - неотъемлемый элемент формирования предмета договора, это то материальное благо — комплекс исключительных прав, на которое направлено само действие обязанного субъекта. Исключительные права в аспекте интеллектуальной собственности представляют собой имущественные права, т.е. материальное благо. В то же время сами исключительные права в свою очередь имеют свой собственный объект — идеальные блага. Таким

²¹⁰ Поскольку форма оплаты может включать в себя отчисления от использования комплекса исключительных прав, можно сделать вывод о прямой экономической заинтересованности правообладателя в том, чтобы пользователь не просто использовал эти права, но и использовал их с определенным экономическим эффектом. Так как закон не формулирует прямой обязанности пользователя использовать комплекс исключительных прав, то можно сделать вывод, что использование этого комплекса является его правом.

²¹¹ Гражданское право России. Часть вторая. Обязательственное право. Курс лекций / Отв. ред. О.Н. Садиков. М.: БЕК, 1997, с. 587.

образом, мы имеем сложную двухзвенную конструкцию объекта в договоре коммерческой концессии, которая представляет собой содержательный, необходимый для согласования сторонами, элемент предмета договора. Во-первых, это исключительные права, а во-вторых, это — указание на собственно объекты исключительных прав, входящих в этот комплекс.

Термин «исключительное право» используется в законодательстве РФ в различных ситуациях, но всегда имеет один и тот же лексический и юридический смысл. Это закрепление права только за одним субъектом, кроме которого никто не может его реализовывать. Так, категория исключительного права (полномочия) присутствует в административном праве²¹². К исключительным правам в теории относят также права и свободы человека как публичные права²¹³.

Иногда подчеркиваются исключительные правомочия субъекта гражданских прав²¹⁴, в том числе вещных прав.

Основное значение имеет этот термин применительно к области прав на такие идеальные объекты, как результаты интеллектуальной деятельности. В ГК РФ к ним также приравниваются средства индивидуализации товаропроизводителя и его товара. Исключительные права в этом смысле отождествляются с понятием «интеллектуальная собственность». Исключительные права на идеальные объекты, которые используются в предпринимательской деятельности, формируют также понятие «промышленная собственность». Эта категория используется активно в международном праве, а термин встречается также в российском праве.

Таким образом, можно различать понятие исключительных прав в широком смысле, когда закон акцентирует внимание на монопольной сути данного права, позволяющее только его обладателю использовать составляющие его содержание правомочия или полномочия. В узком, специальном смысле понятие исключительных прав применяется только в отношении результатов интеллектуальной деятельности. Именно в этом специальном значении используется термин «комплекс исключительных прав» при регулировании отношений коммерческой концессии.

²¹² См., например, ст. 22 ФЗ «О связи» 2003 г., в которой указывается, что регулирование использования радиочастотного спектра является исключительным правом государства.

²¹³ См., например, Дозорцев В. А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М.: Статут, 2003. С. 22—23, 41.

²¹⁴ В ст. 36 «Земельного кодекса РФ» 2001 г., например, говорится об исключительном праве на приватизацию земельных участков или приобретение права аренды земельных участков.

Понятие исключительных прав сформулировано с использованием категории содержания права, т.е. субъективных прав правообладателя. Эти формулировки в отдельных законах звучат неодинаково, хотя сейчас наметилась тенденция к их унификации. Содержание исключительного права предполагает три вида субъективных прав (или правомочий) правообладателя, которые представляют собой возможность 1) использования объекта исключительных прав любыми способами и в любой форме, не запрещенной законом; 2) запрещение другим такого использования, за исключением случаев, предусмотренных законом, 3) разрешение такого использования другим лицам. Поскольку законодатель ставит знак равенства между исключительными правами и интеллектуальной собственностью, можно сделать вывод, что объектом договора коммерческой концессии является интеллектуальная собственность или, с некоторой оговоркой, — промышленная собственность²¹⁵. Под последней принято понимать совокупность исключительных прав, используемых в предпринимательской деятельности. Одно из двух последних правомочий явно избыточно. Поэтому новая редакция закона об авторском праве указывает только на то из них, в котором сформулирована возможность разрешать другим лицам использовать объект своих исключительных прав.

Вопрос о такой правовой категории, как объект договора коммерческой концессии, также порождает определенные сложности. Представляется, что не все права, включенные в него, можно безоговорочно отнести к исключительным. Это в первую очередь права на такие объекты, как коммерческое обозначение и охраняемая коммерческая информация. Хотя большая часть российских цивилистов рассматривает эти права как исключительные²¹⁶, есть и такие, которые не разделяют эту позицию. Так И.А. Зенин полагает, что ноу-хау не относится к объектам исключительных прав, а является неохраняемой конфиденциальной информацией²¹⁷. Правда, отрицая исключительный характер прав на такую информацию, он также отрицает наличие вооб-

215 Э Этот вывод можно сделать со следующей оговоркой В Парижской конвенции 1883 г «Об охране промышленной собственности» содержится исчерпывающий перечень объектов промышленной собственности, который не включает в себя все объекты, способные быть включенными в предмет договора коммерческой концессии

²¹⁶ См., например, *Дозорцев В.А.* Указ. соч. С. 22—23. Анализ различных позиций ряда российских специалистов по этому вопросу см. также. *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Указ. соч. С. 1007-1008.

²¹⁷ Гражданское право. Учебник / Отв. ред. Е.И. Суханов. Изд. 2-е, перераб. и доп. Том II. Полутом 1 М : БЕК, 1999, с. 577.

ше каких бы то ни было прав на нее, поскольку не признает ее охраняемой Законодатель, однако, как раз признает ее охраняемой, хотя и не указывает, что права на нее имеют исключительный характер. Это следует из ст. 151 Основ законодательства Союза ССР и Республик, которые в этой части пока продолжают действовать.

Представляется, что для признания коммерческой тайны в качестве объекта исключительных прав нет достаточных формально-юридических оснований. Согласно ст. 138 ГК, исключительное право признается в случаях и в порядке, установленных ГК и другими законами. Из этого следует, что исключительное право рассматривается в законе в качестве позитивного права, которое устанавливается государством. Таким образом, такое идеальное благо, как результаты интеллектуальной деятельности, не способно порождать исключительные права естественным путем. Они появляются в случае признания их таковыми государством, т.е. законом. И возникать эти исключительные права у субъекта должны в порядке, также установленном законом. В ГК, равно как и в других законах, а также международных договорах РФ нет не только указания на то, что на коммерческое обозначение или охраняемую коммерческую информацию возникают исключительные права и указания, на основании какого юридического факта они возникают, но и собственно определения данных объектов. Хотя большинство юристов отождествляют категорию охраняемой коммерческой информации с понятием «коммерческая тайна», правовой режим которой устанавливает ст. 139 ГК, то сравнение этой статьи с предыдущей статьей, посвященной интеллектуальной собственности, также будет не в пользу признания ее объектом исключительных прав. Более того, и в ФЗ «О коммерческой тайне» 2004 г. также нет указания на характер этих прав на данный объект²¹⁸. Если признать, что такого рода информация является результатом интеллектуальной деятельности, даже не обладая признаками новизны или творчества, то самое подходящее место указать на исключительный характер прав на нее уже в тексте самой статьи.

Если говорить о существовании прав на коммерческую тайну, оставив в стороне формально-юридический признак, то можно было бы согласиться с трактовкой сущности этого права, предложенной А. П. Сергеевым, который считает возможность отнесения коммерческой тайны к самостоятельному объекту интеллектуальной собственности важнейшим теоретическим вопросом. Прежде чем ответить на этот

²¹⁸ ФЗ «О коммерческой тайне» от 29.07.2004 № 98-ФЗ (СЗ РФ 2004, № 32, ст. 3283).

вопрос, автор проанализирован

тех свойств, которыми должен обладать любой объект интеллектуальной собственности. К этим признакам относятся характер объекта (идеальный, нематериальный); способ происхождения (результат творческой, умственной деятельности, хотя и не обязательно творческой), способность создавать монополию для обладателя этого объекта (т.е. порождать исключительные права). Если наличие двух признаков у рассматриваемого объекта в целом не вызывает сомнений, то на проблематичность последнего указывает сам автор анализа, хотя при этом признает фактическую монополию лица на информацию, т.е. монопольное владение и пользование ее обладателем при условии ее неизвестности третьим лицам²¹⁹. Интересно, что при этом А.Л. Сергеев подчеркивает, что владелец коммерческой тайны обладает лишь фактической, а не юридической монополией на ее использование. Однако если такая информация получена третьим лицом самостоятельно, то у этого третьего лица возникает возможность такой же фактической монополии. В таком случае равные возможности обладателей такой информации создают угрозу даже этой юридической монополии, как конституирующему признаку интеллектуальной собственности. Если же говорить о юридической монополии, то она может возникнуть лишь в случае прямого закрепления законодателем исключительных прав на коммерческую тайну в ст. 139 или в законе о коммерческой тайне и признании, таким образом, ее в качестве объекта интеллектуальной собственности.

Хотя в п. 1 ст. 1027 ГК РФ среди иных объектов исключительных прав, составляющих объект договора коммерческой концессии, поименована также и охраняемая коммерческая информация (т.е. информация, составляющая коммерческую тайну), это, скорее, следует рассматривать как недостаток юридической техники или редакционный недостаток. Данная норма относится к обязательному регулированию, которое производно от прав (правомочий) правообладателя. Следовательно, возникает вопрос, почему законодатель предварительно не указал в законе на основания и способ возникновения этих исключительных прав на данный объект у самого правообладателя, как он это сделал в отношении фирменного наименования, товарного знака, объектов, охраняемых патентом. Представляется, что способность объекта формировать фактическую монополию для: сумма им владеющего порождает юридическую монополию вследствие

использования механизма исключительных прав. А этот механизм рассчитан как раз на ситуацию открытости информации, ее доступности. Иными словами, исключительные права – это юридический запрет, нарушение которого влечет наступление не только гражданско-правовой, но также административной и уголовной ответственности. Поэтому одно из условий существования коммерческой тайны законодатель связывает с тем, что обладатель такой информации принимает меры к охране ее конфиденциальности, возлагая на него это специфическое бремя, устанавливая в законе исключительность прав на такую информацию. В этой связи возникает вопрос: а возможно ли в принципе охранять неизвестную третьим лицам информацию теми же специфическими юридическими методами, как и известную, например, объекты авторского и патентного права, фирменные наименования и товарные знаки.

В любом случае, пока законодательно не закреплена юридическая монополия на этот объект, в правоприменительной практике нет оснований говорить об исключительном характере прав на охраняемую коммерческую информацию. В то же время нельзя полностью отрицать родственность (близость) природы этих прав к исключительным, поэтому пока, как представляется, более уместно говорить о них как о «квазиисключительных» правах.

Ту же логическую цепь рассуждений в основном можно распространить и на другой объект, упомянутый в определении договора коммерческой концессии, – коммерческое обозначение.

Отсутствие прямого признания законодателя за этими объектами исключительных прав вносит еще одну проблему в предмет договора коммерческой концессии. Это проблема комплекса. В данном случае указание на то, что объектом является комплекс исключительных прав, лексически можно толковать, во-первых, как множественность, а не единичность прав, а во-вторых, их неоднородность. Иными словами, это должны быть права как минимум на два объекта, причем на такие объекты, права на которые имеют исключительный характер. Мы же имеем дело только с одним объектом исключительных прав, формирующих обязательный набор прав, входящих в объект договора, – исключительные права на фирменное наименование правообладателя.

В то же время комплексность²²⁰ нельзя понимать как совокупность прав на один и тот же объект или на несколько однородных объектов,

²⁰ Представляется, что комплекс исключительных прав должен рассматриваться как единый объект договора, обладающий признаками неделимости, наряду с другими имущественными комплексами, например, предприятием.

например, средства индивидуализации юридического лица. Это должна быть совокупность прав на разнородные объекты интеллектуальной собственности. Таким образом, можно сделать вывод: требование комплексности может быть удовлетворено лишь в том случае, если стороны включают в предмет договора исключительные права на такие объекты, которые, во-первых, способны иметь таковые права (например, фирменное наименование и товарный знак), а во-вторых, представляющие собой самостоятельные объекты (например, фирменное наименование и изобретение). Соотношение таких идеальных объектов, как фирменное наименование, коммерческое обозначение и охраняемая коммерческая информация, этому требованию в строгом смысле не отвечает.

В научной литературе встречается признание того, что в комплекс этих прав наряду с исключительными входят и иные права, хотя, к сожалению, не всегда указывается на характер этих иных прав²²¹. Представляется, что это также права на идеальные объекты, которые не имеют исключительного характера.

Объекты исключительных прав, формирующие комплекс как объект договора, опираясь на определение договора, можно разделить на две группы по признаку их необходимости. Таким образом, их делят на обязательные объекты, о чем упоминалось выше, и факультативные объекты²²². К первой группе относятся фирменное наименование и коммерческое обозначение, которые могут быть переданы по отдельности или вместе, а также охраняемая коммерческая информация. Ко второй группе — все иные объекты, примерный перечень которых содержится в ст. 1027 ГК. Это — товарный знак, знак обслуживания, охраняемые патентом объекты (изобретения, полезные модели, промышленные образцы), объекты авторского права, такие как программы для ЭВМ, объекты дизайнерского искусства (в частности, используемые при оформлении помещений, одежды служащих и т. п.) и др. Такими объектами гипотетически могут быть и другие объекты интеллектуальной собственности — селекционные достижения, топологии интегральных микросхем, базы данных. Следует, однако, лишь раз подчеркнуть, хотя позиция российских специалистов в этом вопросе практически едина, что не может быть объектом по своей

²²¹ См., например *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ соч., с. 978, Комментарий к главе 54 «Коммерческая концессия» ГК РФ (авторы: Н. Васильева, С. А. Сосна), Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, Часть второй /Под ред. Т. А. Абовой и А. Ю. Кабалкина М. Юрайт, 2003, с. 826.

²²² *Брагинский М. И., Витрянский В. В.* Указ соч. С. 990—999.

сущности (неотъемлемость от личности) деловая репутация. Коммерческий опыт, конечно, если его рассматривать в аспекте информации (накопленные навыки, умения) и деловых связей (практика), может быть объектом передаваемых прав, но права на использование таких объектов не являются исключительными.

Представляется, что для целей конкретного договора такой подход недостаточен. Если исходить из экономической цели договора, то можно сделать вывод о том, что пользователь обязан не только предоставить третьим лицам, как на это указывает ст. 1032 ГК, все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, заключая договор с правообладателем, но и предоставить им возможность приобрести товар, заказать работу или услуги, аналогичные тем, которые они могли бы получить непосредственно у правообладателя. Следовательно, комплекс исключительных прав по необходимости должен включать права не только на обязательные объекты по смыслу ст. 1027 ГК РФ, но и по существу обязательства. Например, если для создания полной иллюзии у третьего лица, к чему и должны стремиться стороны договора, что он покупает товар как бы у правообладателя, стороны должны предусмотреть, чтобы при этом товар не отличался ни качеством, ни свойствами, ни упаковкой и т.п. Если при этом изготовление товара требует использования запатентованной технологии, а в его упаковке используются охраняемые авторским правом объекты, то, соответственно, эти права должны по необходимости быть включены в комплекс, составляющий объект договора.

На наш взгляд, предмет договора исчерпывается рассмотренными элементами - указанием при его формулировке в договоре, во-первых, на действие (предоставление), во-вторых, на объект действия (комплекс исключительных и иных прав), в-третьих, на объекты этих исключительных и иных прав. Этот вывод относительно содержания предмета договора коммерческой концессии опирается на узкое понимание договора как сделки, т.е. на основание возникновения обязательства и, как представляется, отвечает его определению.

Если опираться на широкий подход к пониманию предмета договора коммерческой концессии в рамках конструкции «договор—обязательство», логика требует включения в него иных элементов - в частности, указания на действия, которые должны совершить стороны, обеспечивая предоставление права, сроки, место и способы совершения этих действий. Это и указание на вид предпринимательской деятельности, в процессе осуществления которой предполагается использование комплекса исключительных прав, указание на пределы и объем использования этого комплекса исключительных прав.

Такой широкий подход к пониманию предмета гражданско-правового договора в целом и договора коммерческой концессии в частности позволяет авторам теории «договора—обязательства» сделать вывод о том, что законодатель не устанавливает специальных требований в отношении существенных условий в смысле п. 1 ст. 432 ГК. В работе «Договорное право» отмечается, что в качестве существенного условия по признаку¹²¹ необходимости может *быть* названо условие о сроке действия, поскольку этот договор в принципе имеет срочный характер¹²¹. Однако существует точка зрения, что все существенные условия должны быть прямо выражены в договоре, даже если соответствующая такому условию норма представлена в законе императивно, т. е. у сторон нет возможности договориться о ином регулировании в договоре. Точка зрения, согласно которой отнесение условия к существенному даже в том случае, когда его отсутствие в договоре восполняется действием нормы закона (например, п. 3 ст. 424 ГК в отношении цены товара или п. 2 ст. 314 ГК относительно срока), разделяется далеко не всеми цивилистами. Это относится также и к условию о сроке, если законодатель допускает заключение договора без указания срока. В любом случае неоднозначный взгляд ученых на этот вопрос имеет теоретический характер и, как правило, непосредственно не сказывается на договорной технике. Даже если условие, отсутствие которого в договоре восполняется законом, рассматривать как существенное, договор будет считаться заключенным.

Поскольку мы, используя подход к договору как к сделке, рассматриваем эти параметры в качестве содержания договора²²⁴, то его условий, остановимся на них подробнее. Деление условий на существенные и несущественные важно для определения правового результата усилий участников договорного процесса. Договор считается заключенным, если стороны достигли соглашения по всем его существенным условиям²²⁵. Кроме условия о предмете, к существенным условиям, согласно п. 1 ст. 432 ГК, относятся условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые

²²³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ соч., с. 1012.

²⁷⁴ Авторы концепции «договор—обязательство» в качестве содержания договора рассматривают совокупность прав и обязанностей сторон, в то время как, по мнению других ученых, эта совокупность является содержанием не договора, а самого правоотношения.

²⁶ Этого, правда, недостаточно. Необходимо также придать договору требуемую форму и в случае необходимости произвести его государственную регистрацию. Если же договор относится к числу реальных сделок, то необходимо передать вещь (от лат. «res» — вещь).

для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. Последний критерий, по мнению В. В. Витрянского, не может быть применен к договору, который должен быть составлен в виде одного документа, подписанного сторонами, ибо заявление одной стороны, будучи односторонней сделкой, может быть сделано лишь в форме обмена документами²⁷⁶. Что касается указаний закона, то в главе 54 ГК нет специального указания на существенность отдельных условий. В то же время анализ норм данной главы, существа регулируемых отношений и цели договора, которая в данном случае присутствует в тексте самого определения договора, позволяет сделать вывод, что ряд условий следует рассматривать как существенные по признаку их необходимости.

Во-первых, к таким условиям следует отнести условия, устанавливающие пределы использования предоставленного комплекса исключительных прав. В данном случае они необходимы, поскольку предоставление права, его передача как исключительного лишают самого правообладателя возможности использовать эти права самому или передавать их другим лицам в пределах срока действия договора и в пределах территории, на которой эти права будут использоваться пользователем. Экономически это позволяет сохранить монополию, которую порождают исключительные права, и не конкурировать как самим сторонам в договоре, так и не создавать ситуации для такой конкуренции со стороны других лиц. Таким образом, эти условия, как необходимые, должны быть отражены в договоре. Это условие о сроке и о территории, на которой комплекс исключительных прав будет использоваться. Если в отношении срока можно использовать конструкцию договора без указания срока, то в отношении территории ситуация сложнее. Договоры в области авторского и патентного права предусматривают правило: если территория в договоре не указана, то подразумевается территория всей Российской Федерации. Применительно к договору коммерческой концессии такое правило не сформулировано, и опираться на него можно лишь по аналогии закона.

Во-вторых, в качестве существенного условия необходимо рассматривать условие об объемах использования комплекса исключительных прав. Безусловно, это требование не должно относиться к установлению объема использования деловой репутации. Деловая репутация, как отмечалось выше, не порождает у ее носителя прав, способных к передаче другому лицу. Этот идеальный объект, с одной стороны, не обладает

²⁷⁶ См. Брагинский *1 № И*, Витрянский *В В* Указ соч., с. 1013.

качеством отчуждаемости и товарности, с другой стороны, тесно связан с имущественными правами. В глазах потребителя товара и контрагента в договорах, оформляющих отношения между продавцом и покупателем, деловая репутация всегда учитывается, вернее, учитывается качество этого идеального объекта. В то же время такие объекты, как фирменное наименование, товарный знак, исключительные права, которые входят в объект договора, так или иначе сопрягаются с деловой репутацией и являются, образно говоря, ее информационными носителями. Представляется, что в этой связи можно было бы порекомендовать учитывать качество деловой репутации правообладателя в договорных отношениях, в частности, обязывать его не совершать действий, способных ее опорочить, а также осуществлять защиту деловой репутации от действий или посягательств на такие действия третьих лиц, если они способны нанести ей ущерб. Нарушение этих обязанностей можно рассматривать как существенное в смысле п. 2 ст. 450 ГК, поскольку именно деловая репутация правообладателя соединяется в сознании третьих лиц с его положением на рынке, высоким качеством и особыми свойствами товара, предлагаемого под его средствами индивидуализации.

Законодатель не расшифровывает термин «объем использования», указывая лишь на его пределы — минимальный или максимальный. Термин «объем использования» встречается в Патентном законе в отношении, в частности, прав преждепользователя, который не вправе расширять его по сравнению с тем, который был на момент установления этого права (ст. 12). Однако и в этом случае объяснения термина «объем использования» не дается, но по смыслу речь должна идти именно о способах использования в юридическом аспекте, а не об объемах в экономическом смысле (объем производства продукции, оборот и т.п.). Хотя экономические параметры объема использования сторонами целесообразно включать в условия договора в том случае, если этого требует выбранная ими форма возмездности. Так, роялти в виде процента от оборота позволит потребовать определенных минимальных показателей, а фиксированные периодические платежи — максимальных. Комбинация форм возмездности может потребовать использования обоих пределов. При этом, если в договоре будут предусмотрены максимальные показатели выпуска продукции, то такой товар будет обладать признаками контрафакции.

Согласно п. 36 Правил регистрации такого договора в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, производится проверка договора на наличие положений, относящихся к объему предоставляемых исключительных прав, в частности, установлены ли минимальный и (или) максимальный

объем использования, территория использования исключительных прав применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности и срок действия договора, если договор заключен на срок, причем эти сведения подлежат официальному опубликованию. Видимо, для целей регистрации в патентном ведомстве важнее отразить именно способы использования как категорию, прямо относящуюся к содержанию исключительного права, чем экономические параметры, которые могут представлять конфиденциальную информацию.

Представляется, что под объемом использования в договоре коммерческой концессии следовало бы понимать собственно те действия, способы использования, которые составляют содержание исключительного права, как оно определяется в специальных законах применительно к отдельным объектам исключительных прав. В лицензионных договорах они составляют понятие «пределы использования». Применительно к охраняемым патентом объектам это такие действия, как: ввоз на территорию РФ; изготовление, применение, предложение о продаже; продажа; иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы запатентованные изобретение, полезная модель или изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец. В отношении товарного знака закон о товарных знаках устанавливает следующие способы его использования: применение его на товарах, для которых товарный знак зарегистрирован, и (или) их упаковке, в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на вывесках, при демонстрации экспонатов на выставках и ярмарках, проводимых в РФ, при наличии уважительных причин неприменения товарного знака на товарах и (или) упаковке в сети Интернет.

Способы использования фирменного наименования и (или) коммерческого обозначения также должны быть установлены в договоре, однако, в законодательстве РФ нет специального перечня способов их использования. Оговорка о том, что способы использования этих объектов исключительных прав должны быть установлены в договоре, содержится в ст. 1032, хотя, на наш взгляд, это условие следует включить в условие об объемах использования.

Указание на объем передаваемых прав содержится в нормативных актах, регулирующих вопросы регистрации договора коммерческой концессии, хотя требование указания на минимальный или максимальный их объем не обязательно²²⁷. В таком случае максимальный объем включает все возможные способы использования, а минимальный

²²⁷ См. подробнее § 6.

требует прямого указания на входящие в объем способы использования. Объем прав использования объектов исключительных прав не может быть меньше такой их совокупности, которая необходима для того, чтобы пользователь мог продвигать на рынке товар, обладающий такими же свойствами и качествами, как и товар правообладателя.

Зарубежная практика показывает, что из всего комплекса прав франчайзи может получить от франчайзера только право на использование товарного знака при продаже товаров франчайзера (что типично для низших форм торгово-распределительного франчайзинга), но может получить наряду с этим и право пользоваться фирменным наименованием франчайзера, что уже придает франчайзи определенную степень отождествления с франчайзером. Предоставление франчайзи всего комплекса (полного «набора») прав потенциально обеспечивает наивысшую степень такого отождествления.

Насколько эта потенциальная степень становится реальной, зависит от объема прав, предоставляемых франчайзи. Так, право на использование товарного знака (и/или фирменного наименования) франчайзера может быть территориально не ограничено договором, но может быть и ограничено. При этом франчайзер может сохранить за собой право предоставлять те же средства индивидуализации и другим, помимо франчайзи, пользователям, но может и отказаться от этого своего права, придавая тем самым исключительный характер лицензии франчайзи. Подобным же образом различный объем прав может устанавливаться франчайзером и в отношении использования своего логотипа, промышленных образцов, полезных моделей, знаков обслуживания и т.п.

В рамках этих различий возможны еще более дробные различия. Так, франчайзер может обязать франчайзи приобретать товары для розничной торговли только у самого франчайзера, но может позволить ему приобретать такие товары и у других франчайзи своей франшизной сети или у уполномоченных франчайзером изготовителей товаров, либо поставщиков, что, возможно, принесет данному франчайзи экономию на транспортных или складских издержках. Но любая дифференциация прав франчайзи, состоящих в одной и той же франшизной сети, возможна только в том случае, если она не нарушает общих для всех них и равных экономических условий предпринимательства, устанавливаемых франчайзером. В противном случае возникает угроза дискриминации одних франчайзи в пользу других. Такая дискриминация зарубежным законодательством жестко пресекается. Поэтому объем, как и «набор» исключительных прав, предоставляемых франчайзером франчайзи в рамках

одной и той же франшизной сети, обычно предельно унифицируется, вследствие чего договорные условия в определенной степени напоминают условия договора присоединения.

В главе 54 ГК РФ ничего не говорится о недопустимости дискриминации пользователей вследствие предоставления им исключительных прав в разных «наборах» или различного объема.

Число «наборов» *как собственно объектов исключительных прав*, входящих в предоставляемый комплекс, так и различных объемов этих прав, существенно отличается в отдельных договорах. Но даже при их максимальном приближении к объему прав самого правообладателя, иными словами, при наиболее полном «наборе» и объеме предоставляемых прав, они никогда не совпадают и не могут совпадать с правами правообладателя. Потому что, как и у всякого пользователя чужой собственностью (в данном случае интеллектуальной), права пользователя (франчайзи) вторичны и производны от прав интеллектуального собственника, т.е. правообладателя (франчайзера).

К существенным условиям следует отнести условие о виде предпринимательской деятельности, в рамках которой пользователь будет использовать комплекс исключительных прав, а также условие о способе использования при осуществлении этой деятельности главных основных объектов исключительных прав правообладателя. Этот вывод вытекает из содержания ст. 1032 ГК, согласно которой пользователь обязан использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности фирменное наименование и(или) коммерческое обозначение правообладателя указанным в договоре образом.

Представляется также, что в договоре должно найти отражение и условие, указывающее на вид коммерческой концессии. Хотя законодатель не включил в нормативное регулирование четкое деление коммерческой концессии на два вида, из анализа соответствующих норм ГК можно сделать вывод, что такое деление не только возможно, но и необходимо. Деление коммерческой концессии на два вида вытекает из подхода законодателя, согласно которому он предусматривает два варианта договора. Первый вариант предполагает, что пользователь использует комплекс исключительных прав правообладателя при реализации (продаже) товара, изготовленного правообладателем. Второй вариант предусматривает реализацию товара, изготовителем которой является сам пользователь. Если сравнивать оба варианта, то можно заметить, что в главе 54 содержатся нормы, общие для обоих видов коммерческой концессии, но есть и нормы, специально рассчитанные на отдельный вид.

Если сравнивать оба вида коммерческой концессии, то можно сделать вывод, что первый вид соответствует коммерческой концессии

в истинном смысле или низшей форме зарубежного франчайзинга, а второй вид договора — собственно современному франчайзингу. Какой вид договора заключают стороны, вопрос немаловажный, во-первых, для самих участников. От этого зависит содержание обязанностей, связанных с инструктажем, обучением, требованием соответствия качества товара, ответственностью перед третьими лицами.

Так, вряд ли возможно включать в договор требования, согласно которым качество товара, производимого пользователем с использованием комплекса исключительных прав правообладателя, должно соответствовать качеству аналогичного товара, производимого самим правообладателем, если договор предусматривает только продажу товаров самого правообладателя. В последнем случае необходимо также разработать механизм связи между договором коммерческой концессии и теми договорами, которые опосредуют отношения сторон по передаче такого товара, будет ли это договор поставки или договор комиссии. В любом случае, чтобы данный договор представлял истинную коммерческую концессию, он должен включать условие, согласно которому пользователь будет иметь исключительное право также и на реализацию товара в пределах территории, указанной в договоре коммерческой концессии. А здесь возникает проблема, поскольку включение такого ограничительного условия в договор поставки содержит риск его недействительности, как ограничивающее правоспособность поставщика. Его можно будет включать в этот договор как законное условие, если в законе будет содержаться изъятие из общего правила, согласно которому сделка, направленная на ограничение дееспособности лица, ничтожна.

Во-вторых, условие о виде коммерческой концессии небезынтересно и для третьих лиц, приобретающих товар у пользователя, поскольку ответственность за ненадлежащее качество товара перед ним несут оба участника коммерческой концессии. При этом по отдельным требованиям ответственность правообладателя может быть солидарной, а может быть и субсидиарной. Также учитывается и такой показатель, как фигура производителя товара, реализуемого по договору коммерческой концессии третьим лицам. Ст. 1034 ГК РФ устанавливает два различных вида ответственности, предполагающей участие более одного лица, — субсидиарную и солидарную²²⁸.

В случае, когда товары (работы, услуги) правообладателя, которые пользователь продает (производит, предоставляет) потребителям,

²²⁸ Толкование данной статьи затруднено, на наш взгляд, из-за ее нечеткой редакции

оказываются ненадлежащего качества, правообладатель несет субсидиарную ответственность перед потребителями. В этом случае отношения правообладателя и пользователя, как и отношения обоих с потребителями, регулируются в соответствии с нормами ст. 399 ГК о порядке реализации требований кредиторов к лицу, которое несет дополнительную ответственность (субсидиарно), с другим лицом, являющимся основным должником.

По-иному разделяется ответственность сторон в случае, когда ненадлежащее качество обнаруживается у продукции (товаров, работ, услуг), произведенной самим пользователем, в том числе по патентам, образцам или технологиям правообладателя. Ст. 1034 ГК устанавливает в таком случае солидарную ответственность сторон перед потребителями. Более высокая степень ответственности правообладателя в этом случае оправдана: она соответствует более высокой степени его технологического участия в изготовлении продукции пользователя. Порядок несения солидарной ответственности сторонами (должниками) устанавливается статьями 322—324 ГК. Более того, требования третьих лиц, предъявляемые к пользователю как изготовителю товара, не ограничиваются только требованиями надлежащего качества или тождественности товара, изготавливаемого правообладателем. Это могут быть любые требования, которые покупатель вправе предъявить к изготовителю товара, в том числе требования о возмещении вреда, причиненного вследствие ненадлежащего качества товара. В этом случае норма ст. 1034 изменяет общую норму ст. 1096 ГК. Общая норма предусматривает только возможность потерпевшего выбрать себе ответчика между продавцом и изготовителем товара, но не предполагает их солидарной ответственности.

Зарубежная практика исходит из того, что франчайзер и франчайзи — независимые фигуры, и их рыночные действия на территории, закрепленной за франчайзи, как правило, «не пересекаются». Так, франчайзер только изготавливает или поставляет товары, тогда как франчайзи занимается только их розничной продажей. Тем не менее франчайзер не может быть полностью освобожден от ответственности перед конечными потребителями. Он — изготовитель (или поставщик) товаров или услуг либо творец идей, методов, рыночных приемов, посредством которых такие товары или услуги продаются или оказываются потребителю. Поэтому в определенных случаях он должен разделить ответственность с франчайзи.

Характер гражданской ответственности сторон коммерческой концессии, устанавливаемой ст. 1034 ГК, имеет свои достоинства и недостатки по сравнению, например, с зарубежным гражданским

законодательством и законодательством о защите прав потребителей. Нормы зарубежного права обычно оставляют на усмотрение судов решение вопроса о гражданской ответственности каждой из сторон франчайзинга перед третьими лицами. Достоинство норм ст. 1034 ГК состоит в том, что они указывают и на ответственность обоих участников, и на вид такой ответственности. Но это достоинство потенциально несет в себе и недостаток, чреватый известной предопределенностью распределения ответственности сторон. Современная тенденция развития законодательства стран с развитым рынком направлена на ужесточение требований в первую очередь к изготовителю продукции.

На основании содержания ст. 1032 ГК можно сделать вывод, что к существенным условиям должно относиться и условие, устанавливающее перечень всех дополнительных услуг, которые обязан оказывать третьим лицам пользователь, поскольку оно необходимо для надлежащего выполнения договора пользователем.

Можно было бы назвать также ряд условий, которые можно было бы порекомендовать сторонам отразить в договоре. Например, условие об объемах выпускаемой для продажи и(или) предлагаемой к продаже продукции пользователем с использованием комплекса исключительных прав правообладателя. В любом случае некоторые формы возмездности (отчисления от прибыли, роялти) в договоре коммерческой концессии, видимо, влекут необходимость согласования и этого условия. Это условие может быть включено в договор в качестве критерия при установлении способа определения его цены. Для сравнения можно привести авторские договоры об издании или переиздании произведения, в которых устанавливается предельный размер тиража.

Если в комплекс исключительных прав включены права на объекты, охраняемые патентом, в договор целесообразно включить условие, обязывающее правообладателя поддерживать патенты в силе в течение наименьшего из сроков — срока действия договора или срока действия патента, с установлением санкции за нарушение этого условия. Законным интересам сторон договора будет отвечать условие, обязывающее правообладателя принимать меры к охране и всемерной защите своей репутации, пресекать незаконное использование или посягательство на нее со стороны других лиц. Подобные требования можно установить и в отношении пользователя, включив в них также и его обязанность незамедлительно сообщать правообладателю обо всех фактах, свидетельствующих о риске нарушения или о нарушении исключительных прав.

Как уже отмечалось выше, условие о сроке договора не является существенным, поскольку стороны вправе заключить договор как с

указанием срока его действия, так и без указания срока (на неопределенный срок). Если договор заключен на неопределенный срок, то универсальный механизм его прекращения включает право любой стороны прекратить его по собственному желанию, но при условии заблаговременного предупреждения другой стороны. Этот же механизм используется и в ст. 1037 ГК, согласно которой каждая из сторон коммерческой концессии вправе в любое время отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если в самом договоре не предусмотрен более продолжительный срок. Одностороннее прекращение договора подразумевает, что оно реализуется и без согласия другой стороны. Предварительное уведомление другой стороны должно позволить ей избежать убытков, которые могут быть причинены прекращением договора.

Используя данный механизм прекращения договора, заключенного на неопределенный срок, законодатель иногда привносит в него такую деталь, которая не позволяет одной стороне воспользоваться правом одностороннего прекращения договора в течение определенного периода времени. Этот своего рода мораторий используется для того, чтобы договор нельзя было бы расторгнуть в течение минимального срока, необходимого другой стороне для достижения некоторого экономического результата. Более того, отсутствие такого временного запрета на использование права могло бы спровоцировать злоупотребление правом. В этом случае один из участников, для которого скорое расторжение договора не несет никаких рисков, мог бы буквально на следующий день после его заключения потребовать его прекращения. К этому его может подтолкнуть и более выгодное предложение от других лиц. В то же время другая сторона заинтересована в сохранении договора, поскольку с ним связаны существенные экономические интересы, при этом данная сторона уже понесла значительные издержки, связанные с подготовкой к использованию договорных прав. Такой временной запрет на использование права плательщика ренты на отказ от договора постоянной ренты путем ее выкупа предусмотрен нормами ст. 592 ГК, а норма ст. 31 закона об авторском праве устанавливает такой запрет для автора. Воспользоваться своим правом на односторонний отказ от договора, заключенного без указания срока, он может только по истечении пяти лет со дня его заключения.

Представляется, что существо отношений коммерческой концессии делает актуальным включение в действующее законодательство нормы, ограничивающей во времени право правообладателя на односторонний отказ от договора. Действительно, пользователь является не только более слабой в экономическом отношении стороной

в договоре, что само по себе позволяет сделать изъятие из принципа равенства сторон в сторону лучшей защиты от законных интересов. Он принимает на себя такие расходы и берет на себя такие обязательства, которые бы он не принял, если бы не рассчитывал на длительность отношений с правообладателем. Этот срок может быть императивно-дипозитивным, т.е. в законе целесообразно указать минимальный срок действия запрета, но дать возможность сторонам в договоре согласовать более длительный срок.

Безусловно, данный запрет будет относиться только к праву на отказ от договора, имеющему специальную регулятивную цель — прекращение договора, срок которого сторонами не определен. Если есть реальные основания расторгнуть договор или отказаться от него в одностороннем порядке, используя охранительные нормы, в частности, вследствие существенного нарушения договора пользователем, существенного изменения обстоятельств, правообладатель может использовать это право в любое время с момента заключения договора.

Такой запрет возможен только в случае включения соответствующих норм в законодательство. Сами стороны не могут включить подобное условие в договор. Оно будет ничтожным, как направленное на ограничение правоспособности лица.

Надо сказать, что законодатель уже использует при регулировании отношений коммерческой концессии механизм, основанный на учете интересов пользователя применительно к длительности использования комплекса исключительных прав правообладателя в собственной предпринимательской деятельности. Однако этот механизм рассчитан на договор, срок которого определен. Это право пользователя заключить такой договор на новый срок по истечении срока действия прежнего договора сформулировано в ст. 1035 ГК²²⁹.

§ 5, Объекты прав, входящих в предмет договора

Объекты, права на которые составляют объект договора коммерческой концессии, для целей характеристики предмета договора можно классифицировать по различным основаниям. Важным основанием является критерий обязательности их включения в условие о предмете. В этой связи выделяются обязательные объекты, права на которые являются конституирующим признаком договора в целом, к ним относятся средства индивидуализации правообладателя: фирменное наименование и коммерческое обозначение, охраняемая коммерческая информация.

²²⁹ Более подробно см. § 7 «Обязанности и права сторон».

Вторая группа — необязательные (факультативные) объекты, права на которые включаются в объект договора по необходимости, вызванной обстоятельствами экономического характера или особенностями той предпринимательской деятельности, в которой будет использоваться данный комплекс исключительных прав. Так, если в товаре, который будет продавать под чужими средствами индивидуализации пользователь, или при его производстве используется изобретение, полезная модель или промышленный образец, патентообладателем которого является правообладатель, то исключительные права на их использование должны быть включены в такой комплекс.

Таким образом, к факультативным объектам можно отнести часть или все иные объекты исключительных прав правообладателя.

Не все права, которые включаются в комплекс как объект договора, имеют характер исключительных²³⁰. Исключительные права как правовая категория, а также вопросы об объектах исключительных прав, основаниях их возникновения — весьма сложны и не являются специальным предметом рассмотрения в данной работе. Тем не менее необходимо указать, какую роль эта категория играет в гражданском праве в целом и в отношениях коммерческой концессии в частности, как оформляющих отношения товарооборота. По мнению В.А. Дозорцева, «исключительное право в отношении нематериальных объектов выполняет ту же функцию, что и право собственности в отношении материальных... при наличии физической возможности использования нематериального результата неопределенным кругом лиц закон устанавливает, что такое использование может осуществляться только правообладателем. Другие лица не вправе осуществлять такое использование, несмотря на наличие физической возможности, ибо для использования результата не надо нарушать право владения»²³¹.

В настоящее время в российской цивилистической науке наметилась тенденция признания исключительных прав на подавляющую часть, если не на все идеальные объекты или идеальные блага. Это возможно, если опираться на естественный характер исключительных прав, что теоретически допустимо. В то же время законодатель, видимо, рассматривает их с позиции позитивного права, на что указывает норма ст. 138 ГК РФ. Согласно этой статье, исключительные права как интеллектуальная собственность признаются за гражданами и юридическими лицами на такие идеальные объекты, как результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического

²³⁰ Аргументация, касающаяся данного вывода, содержится также в § 4 данной главы, где рассматривается предмет договора коммерческой концессии.

²³¹ Дозорцев В.А. Указ. соч. С. 37, 15.

лица, а также средства индивидуализации продукции, выполняемых работ или услуг в случаях и в порядке, установленных ГК и другими законами. Случаи признания исключительных прав – это собственно указание на основания их возникновения. В зависимости от существа самого охраняемого объекта различают два главных способа признания исключительных прав — фактический (факт создания результата интеллектуальной деятельности) и юридический (государственная регистрация результата интеллектуальной деятельности). Законодатель также допускает факультативное использование регистрации объекта, хотя эта регистрация не является собственно основанием возникновения исключительных прав, а, скорее, служит целям облегчения доказывания прав на него. Порядок признания прав — установленные законом требования к собственно фактическому составу, который служит основанием возникновения исключительных прав. Так, для фактического способа возникновения исключительных прав необходимо придание объекту формы объективного выражения (объекты авторского права), для юридического — обращение в компетентные органы государственной власти по поводу регистрации объекта и выдачи охранного свидетельства (патента). Использование в определении договора коммерческой концессии термина «исключительные права» в отношении всех объектов представляется не столько свидетельством признания за ними способности породить исключительные права, сколько прямым противоречием норме вышеуказанной статьи. Вряд ли собственно определение договора само по себе может служить целям, указанным в ст. 138 ГК, т.е. рассматриваться в качестве указания на случай и порядок признания исключительных прав, например, на коммерческое обозначение как средство индивидуализации. Ни в ГК, ни в других законах нет не только указания на случай и порядок признания исключительных прав на данный объект, но даже его определения. Поэтому, как указывалось в предыдущем параграфе, в комплекс прав, предоставляемых правообладателем пользователю, включаются как исключительные, так и неисключительные права. Следовательно, и объекты можно классифицировать как объекты исключительных прав и объекты неисключительных прав.

Согласно гражданскому законодательству РФ, исключительные права признаются на следующие из перечисленных в ст. 1027 объекты: фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания. Кроме того, в качестве факультативных объектов, исключительные права на которые могут входить в объект договора, следует назвать объекты, охраняемые в соответствии с патентным законодательством: изобретение, полезная модель, промышленный образец

Фирменное наименование (фирма) это средство индивидуализации юридического лица – коммерческой организации, позволяющее отличать ее в гражданском обороте от других юридических лиц. Фирменное наименование является частным случаем наименования юридического лица. Все юридические лица должны иметь наименование, а фирменное наименование обязаны (и вправе) иметь только коммерческие организации. Поэтому нормы, содержащие требования к наименованию юридического лица, соотносятся с нормами, определяющими требования к фирменному наименованию, как общие и специальные²³². Фирменное наименование — идеальный объект, представляющий собой информацию особого рода. Поэтому требования к содержанию фирменного наименования, устанавливаемые законом, обусловлены целевым назначением данного объекта. Как средство индивидуализации оно должно обладать признаками, позволяющими отличать его от других, уже существующих фирменных наименований. Кроме того, закон иногда требует, чтобы в фирменном наименовании содержались достоверные сведения об участниках или учредителях организации, о предмете ее деятельности и иные сведения.

Те сведения, которые должны быть включены в фирменное наименование, можно разделить на отдельные группы в зависимости от обязательности или факультативности их включения. Это позволяет структурировать фирменное наименование. При этом принято выделять две части — корпус фирмы (основная часть) и добавления (вспомогательная часть). Обе эти части в свою очередь делятся на отдельные элементы. Так, корпус фирмы должен содержать указание на организационно-правовую форму юридического лица, его тип и предмет деятельности, а в некоторых случаях и на другие его характеристики. Добавления включают обязательные и факультативные элементы²³³.

Фирменное наименование может быть полным и сокращенным. Полное наименование юридического лица обязано иметь, а сокращенное — вправе. Фирменное наименование должно быть на русском языке, но некоторые юридические лица вправе также зарегистрировать наряду с ним полное и(или) сокращенное фирменное наименование на иностранном языке или языке народов РФ. Таким образом,

²³² Специальные нормы содержатся в ГК РФ и в федеральных законах, регулирующих правовой статус юридических лиц — коммерческих организаций. Положение о фирме 1927 г. фактически утратило свое регулятивное значение, поскольку эти положения вступают в противоречие с действующим законодательством. В настоящее время разработан проект ФЗ «О фирменных наименованиях».

²³³ Подробнее см.: *Сергеев А.Л.* Указ. соч., С. 523–524.

юридическое лицо вправе иметь не одно, а несколько видов фирменных наименований, как полных, так и сокращенных. Так, одно полное наименование на русском языке является официальным в силу его обязательности по закону, все остальные — факультативны. Будучи зарегистрированными, каждое из них порождает исключительные права у юридического лица. В нормах ГК о коммерческой концессии не содержится ни требования о предоставлении в пользование права сразу на все зарегистрированные наименования, ни требования прямо перечислить те из них, права на которые передаются. Более того, как объект исключительного права фирменное наименование в определении договора используется в единственном числе. Вряд ли следует буквально толковать данную норму как требование предоставить исключительные права лишь на одно, притом официальное фирменное наименование, ведь смысл его использования в собственной предпринимательской деятельности — дать определенную информацию третьим лицам, потенциальным или реальным контрагентам пользователя. В зависимости от ситуации пользователю, возможно, более удобно использовать сокращенное фирменное наименование или наименование на иностранном языке, и именно оно будет объектом предоставляемых исключительных прав. Поэтому в договоре необходимо урегулировать вопрос о том, все или только некоторые фирменные наименования правообладателя являются объектом исключительных прав правообладателя, предоставляемых по договору пользователю.

Основные требования к содержанию фирменного наименования устанавливает ГК РФ. Специальные законы, устанавливающие статус отдельных коммерческих организаций, также содержат специальные требования к их фирменным наименованиям. Применительно к отдельным организационно-правовым формам юридических лиц — коммерческих организаций можно назвать следующие нормативные требования к содержанию их фирменного наименования.

Полное товарищество должно включать в свое фирменное наименование либо имена (наименования) всех его участников и слова «полное товарищество», либо имя (наименование) одного или нескольких участников. Если не все участники поименованы в фирменном наименовании, необходимо добавление слов «и компания». Фирменное наименование товарищества на вере должно содержать либо имена (наименования) всех полных товарищей и слова «товарищество на вере», которое можно заменить словами «коммандитное товарищество». Вместо указания на всех полных товарищей, фирменное наименование товарищества на вере может включать имя (наименование) не менее чем одного полного товарища с добавлением слов

«и компания». При этом включение в фирменное наименование имени или наименования вкладчика (коммандитиста) автоматически придает ему статус полного товарища. Это связано с качеством данного фирменного наименования: оно обладает конкретностью, т.е. дает возможность неопределенному кругу лиц сделать вывод о составе участников хозяйственного товарищества, а именно — кто является полным товарищем. Эта информация важна в связи с тем, что полные товарищи вправе, по общему правилу, действовать от имени товарищества без доверенности и, кроме того, они в субсидиарном порядке отвечают по обязательствам товарищества солидарно.

Фирменное наименование общества с ограниченной ответственностью должно содержать наименование общества и слова «с ограниченной ответственностью».

Фирменное наименование общества с дополнительной ответственностью должно содержать наименование общества и слова «с дополнительной ответственностью». К обществу с дополнительной ответственностью применяются правила об обществе с ограниченной ответственностью, поскольку иное не предусмотрено ст. 95 ГК РФ, поэтому положения ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» в отношении фирменного наименования можно распространить и на общество с дополнительной ответственностью.

Фирменное наименование акционерного общества должно содержать его наименование и указание на то, что общество является акционерным. Поскольку акционерное общество обязано иметь полное и вправе иметь сокращенное фирменное наименование на русском языке, обязательные требования к полному и сокращенному наименованию устанавливаются ФЗ «О акционерных обществах». Так, полное фирменное наименование обязательно должно быть на русском языке, хотя общество вправе дополнительно к нему иметь полное фирменное наименование на языках народов РФ и(или) иностранных языках. Полное фирменное наименование на русском языке должно содержать полное наименование общества и указание на тип общества - закрытое или открытое. Фирменное наименование на русском языке не может содержать иные термины и аббревиатуры, отражающие его организационно-правовую форму, в том числе заимствованные из иностранных языков (например, «корпорация», «компания»), если иное не предусмотрено федеральными законами и иными правовыми актами РФ. Сокращенное фирменное наименование общества может быть как на русском языке, так и на языках народов РФ и(или) на иностранных языках. И должно содержать полное или сокращенное наименование общества

и слова «закрытое акционерное общество» или «открытое акционерное общество», либо аббревиатуру «ЗАО» или «ОАО».

Фирменное наименование производственного кооператива должно содержать его название и слова «производственный кооператив» или «артель». Фирменное наименование сельскохозяйственной либо рыболовецкой артели (колхоза) должно содержать ее наименование и слова «сельскохозяйственная артель» или «колхоз» либо «рыболовецкая артель» или «рыболовецкий колхоз».

Унитарное предприятие должно иметь полное фирменное наименование и вправе иметь сокращенное фирменное наименование — оба на русском языке. Оно может иметь также полное и(или) сокращенное фирменное наименование на языках народов РФ и(или) на иностранных языках.

Полное фирменное наименование государственного или муниципального предприятия на русском языке должно содержать слова «федеральное государственное предприятие», «государственное предприятие» или «муниципальное предприятие» и указание на собственника его имущества — соответственно на Российскую Федерацию, субъекта Российской Федерации или муниципальное образование.

Фирменное наименование казенного предприятия, т.е. предприятия, основанного на праве оперативного управления, на русском языке должно содержать слова «федеральное казенное предприятие», «казенное предприятие» или «муниципальное казенное предприятие» и указание на собственника его имущества — Российскую Федерацию, субъект Российской Федерации или муниципальное образование. Запрещено включать в фирменное наименование унитарного предприятия на русском языке иные, отражающие его организационно-правовую форму термины, в том числе заимствованные из иностранных языков, если иное не предусмотрено федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ.

Законы, регулирующие отдельные виды предпринимательской деятельности, также включают в себя положения относительно фирменного наименования коммерческих организаций, которые осуществляют такую деятельность. В частности, законы о банковской деятельности и об организации страхового дела требуют, чтобы указание на вид деятельности было включено в фирменное наименование. Так, согласно п. 3 ст. 4.1. Закона РФ «Об организации страхового дела в Российской Федерации» 1992 г.²³⁴, фирменное наименование субъекта страхового дела — юридического лица должно содержать слова, указывающие на

²³⁴ Данная статья излагается в редакции ФЗ от 10.12.2003 № 172-ФЗ

осуществляемый вид деятельности «страхование», «перестрахование», «взаимное страхование», «страховой брокер», или производные от таких слов и словосочетаний, а ст 7 ФЗ «О банках и банковской деятельности» 1990 г.²³⁹ требует, чтобы фирменное наименование кредитной организации содержало указание на характер деятельности этого юридического лица посредством использования слов «банк» или «небанковская кредитная организация»

Исключительные права правообладателя возникают только на зарегистрированное фирменное наименование (наименования) в порядке, установленном законом или иными правовыми актами (см п 4 ст 54 ГК РФ) Также законом или иными правовыми актами устанавливается порядок использования фирменных наименований В настоящее время специальной, самостоятельной регистрации фирменных наименований в России не осуществляется Они вносятся в Единый государственный реестр юридических лиц при их регистрации наряду с другими сведениями и документами согласно ст 5 ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц»²³⁶

Основной практический вопрос, который возникает по поводу фирменного наименования, — это отсутствие четких требований в отношении такого критерия, как новизна или неповторимость его содержания или отдельных охраняемых элементов В отсутствие прямого регулирования приходится опираться на судебную практику, которая также явно недостаточна Так, эта практика позволяет сделать вывод, что собственно наименование само по себе не является охраняемым элементом, поскольку нарушением является его использование вместе с обязательной частью, т е с указанием на организационно-правовую форму При этом нарушением считается использование тождественного фирменного наименования при одновременном наличии таких условий, как совпадение сферы фактической деятельности сторон (деловой и территориальной), а также неблагоприятные последствия этой тождественности для третьих лиц, в частности, в виде реального смешения или введения в заблуждение потребителей относительно того, какое лицо оказывает им услуги

Все эти условия могут быть выявлены лишь при обращении в суд Представляется более целесообразным установить процедуру

²³⁹ Статья излагается в редакции ФЗ от 23 12 2003 № 185-ФЗ В отношении приведения сокращенного наименования кредитных организаций, действующих в форме акционерного общества в соответствии с Федеральным законом «Об акционерных обществах», см Письмо ЦБ РФ от 03 04 2002 № 38-Т

²³⁶ ФЗ от 08 08 2001 № 129-ФЗ (СЗ РФ, 2001, № 33, ст 3431)

предварительной проверки заявленного фирменного наименования в компетентных органах государства, чтобы на этом этапе создать механизм охраны законных интересов и прав участников гражданского оборота. Это регулирование должно стать предметом отдельного закона, который, как представляется, будет следующим этапом в совершенствовании правового статуса предпринимателей после принятия закона об их государственной регистрации и создания единой государственной системы для ее проведения, действующей по принципу «одного окна».

В соответствии со ст. 1027 ГК к исключительным правам правообладателя, предоставляемым им пользователю, относится также право на товарный знак и знак обслуживания. Специальные нормы, содержащие понятие товарного знака и знака обслуживания, регулирующие основания и порядок приобретения и прекращения исключительных прав на них, порядок и способы их использования и защиты, изложены в Законе «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров»²³⁷ и некоторых иных правовых актах²³⁸. Основные положения российского законодательства о товарных знаках вполне соответствуют зарубежному законодательству и международно-правовым нормам о торговых марках.

Товарный знак используется как средство индивидуализации товара в форме вещей, а знак обслуживания — для индивидуализации товара в форме услуг, т. е. товара, не имеющего овеществленной формы²³⁹.

Видовую классификацию товарных знаков можно производить по разным основаниям. Например, по способам (формам) их объективного выражения можно выделить такие виды, как словесные, изобразительные, объемные и иные, комбинированные. Такую комбинацию, в частности, представляет такое сочетание словесной (лексической)

²³⁷ Закон РФ от 23.09.1992 № 3520-1 (Ведомости СНД и ВС РФ, 1992, № 42, ст. 2322) в ред. ФЗ от 11.12.2002 № 166-ФЗ, 27.12.2000 № 150-ФЗ, 30.12.2001 № 194-ФЗ, 24.12.2002 № 176-ФЗ. О судебной практике применения норм данного закона см. Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 29 июля 1997 г. № 19 «Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак».

²³⁸ См., например, Правила составления, подачи и рассмотрения заявки на регистрацию товарного знака и знака обслуживания (утверждены Приказом Роспатента от 29.11.1995 г., зарегистрированы в Минюсте РФ 08.12.1995 г. № 989), Правила признания товарного знака в РФ (утверждены Приказом Роспатента от 17.03.2000 г., зарегистрированы в Минюсте 18.05.2000 г. № 2231).

²³⁹ Далее по традиции введенной законодателем, в тексте используется общий родовый термин «товарный знак», под которым также понимается и знак обслуживания.

и изобразительной (графической) формы, которое представлено логотипом. Поскольку правообладатель может зарегистрировать товарный знак в различных формах объективного выражения как заявленное обозначение, возникает вопрос о том, можно ли эти различные формы рассматривать как один товарный знак. Учитывая требование единства заявки, согласно которому заявка подается на один товарный знак, различные формы его выражения, рассчитанные хотя и на однородную группу товаров, но используемые различными способами, влекут необходимость к их регистрации в качестве отдельных товарных знаков. Например, словесно-изобразительный товарный знак используется на товаре, объемный — в качестве упаковки, а музыкальный — в рекламе на радио. Более того, закон не запрещает субъекту предпринимательской деятельности иметь не один, а неограниченное число товарных знаков, зарегистрированных в отношении однородных товаров. Это значит, что в объект договора коммерческой концессии могут быть включены исключительные права не на один, а на большее число товарных знаков. Например, по договору коммерческой концессии между «Колгейт-Палмолив» США (правообладатель) и «Колгейт-Палмолив» РФ (пользователь) были предоставлены исключительные права почти на шестьдесят товарных знаков²⁴⁰.

В зависимости от количества субъектов исключительных прав можно говорить об индивидуальных и коллективных товарных знаках. По договору коммерческой концессии можно предоставить права только на индивидуальный товарный знак, т.к. п. 2 ст. 20 закона о товарных знаках содержит запрет на передачу коллективного знака и права на его использование другим лицам.

Основания возникновения правовой охраны также могут служить основанием деления товарных знаков на охраняемые в силу их государственной регистрации и охраняемые в силу их общеизвестности. Критерии, определяющие общеизвестность товарного знака, являются также основанием для деления знаков на общеизвестные и общеизвестные (обыкновенные). Эти критерии можно сформулировать на основании ст. 19.1 закона о товарных знаках. Это, во-первых, интенсивное использование такого знака и, во-вторых, как результат такого использования — его широкая известность на всей территории РФ среди соответствующих потребителей в отношении товаров данного лица на дату, указанную в заявлении, с которым это лицо обращается в компетентный государственный орган. Хотя условия для признания товарного знака общеизвестным возникают фактически,

²⁴⁰ См.: Дьяченко Д. Фатальный успех концессии / Бизнес-адвокат, 2000, № 5.

само признание его таковым осуществляется государством. Причем быть признанным общеизвестным может как зарегистрированный товарный знак, так и незарегистрированное обозначение на общеизвестный товарный знак. Правовая охрана общеизвестному товарному знаку предоставляется на основании решения Палаты по патентным спорам, этот знак вносится федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности в Перечень общеизвестных в РФ товарных знаков. Его владельцу выдается свидетельство на общеизвестный товарный знак, а сведения, относящиеся к такому знаку, публикуются в официальном бюллетене Роспатента. Правовая охрана, предоставляемая такому знаку, идентична той, которая предоставляется по закону о товарных знаках обыкновенным товарным знакам, но действует такая охрана бессрочно.

Субъектом прав на товарный знак могут быть как юридические лица, так и граждане-предприниматели.

Исключительное право на использование товарного знака включает в себя применение его в товарах, для которых он зарегистрирован, а также их упаковке, этикетках, которые производятся, предлагаются к продаже, демонстрируются на выставках, ярмарках, вводятся в гражданский оборот на территории РФ иным образом, использование в рекламе, печатных изданиях, на официальных бланках, на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот, на вывесках, в сети Интернет. Этот перечень способов использования товарного знака имеет неисчерпывающий характер, однако, понятно, что не все способы могут формировать объем прав, предоставляемых для использования по договору коммерческой концессии, например, вряд ли вправе пользователь использовать чужой товарный знак, как и чужое фирменное наименование, в официальных документах или на бланках.

Исключительные права на товарный знак приобретаются в результате его государственной регистрации, которая предполагает обязательную проверку (формальную экспертизу и экспертизу заявленного обозначения²⁴¹), и подтверждаются свидетельством, срок действия которого — 10 лет с даты подачи заявки в государственный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности²⁴². Срок

²⁴¹ См. Рекомендации по отдельным вопросам экспертизы заявленных обозначений, утвержденные приказом Роспатента от 23.03.2001 г. III 39 (в ред. Приказа Роспатента от 06.07.2001 г. № 91).

²⁴² В связи с реформой системы федеральных органов исполнительной власти эти функции теперь возложены на Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, которая подведомственна Министерству образования и науки РФ

действия свидетельства может быть продлен по ходатайству владельца свидетельства, поданному в этот орган в течение последнего года его действия, еще на десять лет. Таким образом, это право может быть использовано неоднократно, что позволяет объективно сохранять его в комплексе исключительных прав в течение всего срока действия договора коммерческой концессии.

Сторонам договора, особенно пользователю, надо, однако, иметь в виду, что правовая охрана товарного знака может прекратиться также и по обстоятельствам, которые не связаны с истечением срока действия его регистрации или отказа от нее правообладателя, но и в результате оспаривания и признания такой правовой охраны недействительной. Так, согласно п. 1 ст. 28 закона о товарных знаках, предоставление правовой охраны товарному знаку может быть оспорено и признано недействительным полностью или частично в течение всего срока ее действия или в иные сроки, установленные в этой статье в указанных в ней случаях. Это такие случаи, когда создается угроза нарушения чужих прав, в том числе исключительных прав. Например, если товарный знак тождествен или схож до степени смешения с товарными знаками других лиц, имеющими более ранний приоритет, в том числе охраняемыми в соответствии с международным договором РФ на ее территории в отношении однородных или признанными в установленном данным законом порядке общеизвестными в РФ²⁴³. Основанием для оспаривания товарного знака могут быть и такие действия правообладателя, связанные с его регистрацией, которые в установленном законом порядке признаны актом недобросовестной конкуренции. Прекращение правовой охраны, а следовательно, и прекращение исключительных прав на товарный знак, в этом случае, будучи результатом неправомерных действий правообладателя по договору коммерческой концессии, дает право пользователю на применение санкций, если в результате такого нарушения он понесет убытки.

Как показывает практика, товар, который является основой предпринимательской деятельности по договору коммерческой концессии, в той или иной мере обладает особым качеством, свойствами, иногда даже уникальными, поскольку в нем или при его производстве используются объекты, охраняемые патентом. Поэтому исключительные права на использование запатентованных объектов, как правило,

²⁴³ Регистрация в качестве товарного знака в отношении однородных товарных обозначений, сходных до степени смешения с охраняемым в силу международного договора РФ или признанным в РФ общеизвестным, допускается лишь с согласия правообладателя.

входят в объект договора. Центральное место среди источников правового регулирования в области патентного права занимает Патентный закон от 23.09.1992 г. № 3517-1²⁴⁴, который в последнее время претерпел существенные изменения.

Перечень объектов патентного права исчерпывается теми, которые указаны в этом законе. Это - изобретения, полезные модели и промышленные образцы. В законе содержится определение каждого из них, а также указываются признаки, которыми они должны обладать для того, чтобы их можно было запатентовать (условия патентоспособности).

Под изобретением понимается техническое решение в любой области, относящееся либо к продукту, либо к способу. К продукту, в частности, относятся устройство, вещество, штамм микроорганизма, культура клеток растений или животных. Способ определяется как процесс осуществления действия над материальным объектом с помощью материальных средств. В качестве полезной модели понимается техническое решение, относящееся только к устройству. Именно поэтому иногда техническое решение называют «малым изобретением», поскольку оно по своей сущности также является техническим решением, но в отношении лишь одного вида продукта. Кроме того, в отличие от изобретения к нему не предъявляется требование отвечать такому условию патентоспособности, как изобретательский уровень. Два других условия — новизна и практическая применимость, необходимые для получения патента на изобретение, составляют условия патентоспособности полезной модели в целом. С товарной точки зрения, полезная модель менее ценна, чем изобретение, поэтому законодатель при проверке полезной модели опирается на презумпцию ее соответствия требованиям патентоспособности и не проводит экспертизу по существу, ограничиваясь лишь формальной экспертизой, а размер пошлин за поддержание патента на нее в силе значительно ниже, чем на изобретения. В то же время отсутствие экспертизы по существу увеличивает для сторон, включивших права на этот объект в договор, риск того, что в результате опровержения этой презумпции данные права могут прекратиться.

Третий объект — промышленный образец по своей сути существенно отличается от двух предыдущих, в нем охраняется не только содержание, но и форма, поскольку он представляет собой художественно-конструкторское решение изделия промышленного или кустарно-ремесленного производства, определяющее его внешний вид. Новое

²⁴⁴ См. Патентный закон от 23.09.1992 г. № 3517-1 (Ведомости СНД и ВС РФ, 1992, № 42, ст. 2319) в ред. ФЗ от 07.02. 2003 № 22-ФЗ, 27.12.2000 № 150-ФЗ, 30.12.2001 № 194-ФЗ, 24.12.2002 № 176-ФЗ

регулирование изменило условия патентоспособности промышленного образца, оставив в их числе лишь два — новизну и оригинальность

Исключительные права на эти объекты возникают в результате их государственной регистрации в федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам и подтверждаются выданным патентом, за поддержание которого в силе требуется периодически уплачивать патентные пошлины²⁴³. Исключительные права на использование изобретения, полезной модели или промышленного образца включают в себя такие действия, как ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажу, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, который произведен запатентованным способом или в котором использованы запатентованные изобретения или полезная модель, либо изделие, в котором использован запатентованный промышленный образец. Эти права существуют в течение срока действия патента. Для каждого объекта предусмотрен свой срок действия патента: для изобретения — 20 лет²⁴⁶, полезной модели — 5 лет, промышленного образца — 10 лет с даты подачи заявки на регистрацию. По ходатайству патентообладателя срок действия патента на полезную модель может быть продлен еще на 3 года, на промышленный образец — на 5 лет. Действие патента может прекратиться досрочно как по воле патентообладателя, так и в результате его оспаривания и признания недействительным. Последняя редакция Патентного закона предусматривает возможность восстановления действия патента на изобретение, полезную модель или промышленный образец, если его действие было прекращено в связи с тем, что патентная пошлина за поддержание патента в силе не была уплачена в установленный срок. В этой связи признается право послепользования, т.е. право на дальнейшее безвозмездное использование этих

²⁴³ См. Положение о пошлинах за патентование изобретений, полезных модели, промышленных образцов, регистрацию товарных знаков, знаков обслуживания, наименований мест происхождения товаров, предоставление права пользования наименованиями мест происхождения товаров, утвержденные Постановлениями Правительства РФ от 12.08.1993 № 793 с последующими изменениями, утвержденными Постановлениями Правительства РФ от 12.08.1996 № 947, от 16.04.1997 № 423, от 20.08.1997 № 1058, от 31.03.1998 № 372, от 14.01.2002 № 8.

²⁴⁶ Специальные правила исчисления срока действия патента предусмотрены для патента на изобретение, относящееся к лекарственному средству, пестициду или агрохимикату, для применения которых требуется получение в установленном законом порядке разрешения.

объектов без расширения объема такого использования лицами, которые начали их использование либо сделали необходимые к этому приготовления в период между датой прекращения действия патента и датой публикации в официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности сведений о восстановлении действия патента. Естественно, как право преждепользования, так и *право* послепользования несколько *снижают* «качество» исключительных прав, предоставляемых по договору.

В комплекс исключительных прав могут входить также права на объекты авторского права²⁴⁷, к которым относятся результаты творческой деятельности в области литературы, науки и искусства, в число которых также включены программы для ЭВМ. Охрана авторского права таких программ предусматривает в том числе и охрану операционных систем. Исключительные права на объекты авторского права возникают в силу факта его создания, что подразумевает не только создание идеального объекта в уме, но обязательное придание ему формы объективного выражения (устной, письменной, пространственной и т.д.). С этого момента начинается исчисление срока действия этих прав. Согласно общему правилу, авторские права существуют в течение всей жизни автора и еще 70 лет после его смерти. Закон допускает факультативную регистрацию лишь одного объекта авторского права - программы для ЭВМ²⁴⁸.

К числу объектов исключительных прав, согласно положениям законов, также относятся топологии интегральных микросхем и селекционные достижения (новые сорта растений и породы животных)²⁴⁹.

Наиболее сложными объектами, права на которые входят в объект договора, являются коммерческое обозначение и охраняемая коммерческая информация, потому что в законе не содержатся их определения и нет указания на исключительный характер самих прав.

Коммерческое обозначение понимается как в теории права, так и на практике по-разному. Объединяет все позиции признание того, что это обозначение, которое используется в предпринимательской

²⁴⁷ См. ФЗ «Об авторском праве и смежных правах» от 09.07.1993 № 5351-1 (Ведомости СНД и ВС РФ, 1993, № 32, ст. 1242) в ред. ФЗ от 19.07.1995 № 110-ФЗ, от 20.07.2004 № 72-ФЗ.

²⁴⁸ См. Закон РФ «О правовой охране программ для электронно-вычислительных машин и баз данных» от 23.09.1992 № 3523-1 (Ведомости СНД и ВС РФ, 1993, № 42, ст. 2325) в ред. ФЗ от 24.12.2002 № 177-ФЗ

²⁴⁹ См. Закон РФ «О правовой охране топологий интегральных микросхем» от 23.09.1992 № 3526-1 (Ведомости СНД и ВС РФ, 1993, № 42, ст. 2328) в ред. ФЗ от 09.07.2002 № 82-ФЗ, Закон РФ «О селекционных достижениях» от 06.08.1993 № 5606-1 (Ведомости СНД и ВС РФ, 1993, № 36, ст. 1436).

деятельности. Следовательно, этим уже определяется субъект прав — гражданин-предприниматель и юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией. Поскольку предпринимательской деятельностью как неосновной и с определенными ограничениями вправе заниматься и некоммерческая организация, то можно предположить, что и она может быть субъектом прав на коммерческое обозначение. Ясно, что как всякое обозначение, коммерческое обозначение признано служить целям индивидуализации. И здесь возникает основной вопрос индивидуализации чего (объекта) или кого (субъекта) служит коммерческое обозначение. Согласно одной точке зрения, это индивидуализация основного объекта предпринимательской деятельности — предприятия как имущественного комплекса. Эта точка зрения в свое время нашла отражение в проекте Части третьей ГК. В статье, озаглавленной «Исключительное право на коммерческое обозначение предприятия», указывалось, что юридическое лицо, осуществляющее предпринимательскую деятельность, или индивидуальный предприниматель имеет исключительное право на постоянно используемое незарегистрированное наименование (коммерческое обозначение) принадлежащего ему предприятия как имущественного комплекса, если употребление им такого наименования общеизвестно. Согласно другому подходу, под коммерческим обозначением понимается средство индивидуализации предпринимателя, представляющее собой незарегистрированное наименование, которое стало широко известным в силу его постоянного использования²⁵⁰.

Этот вывод можно сделать и на основе грамматического толкования нормы ГК, содержащей определение договора коммерческой концессии. Использование разделительного союза между фирменным наименованием и коммерческим обозначением предполагает передачу последнего в качестве средства индивидуализации правообладателя, если у него нет фирменного наименования (например, гражданина-предпринимателя). Этому подходу придерживались и авторы проекта ГК РФ, в том числе его главы 54 (что видно из комментариев, которые были впоследствии даны), а также другие известные российские цивилисты²⁵¹.

²⁵⁰ См. Юридическая энциклопедия / Под ред. акад. Б. Н. Топорнина. М.: Юрист, 2001, с. 435.

²⁵¹ См. Комментарий главы 54 «Коммерческая концессия» Г. Е. Авилова в Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель / Под ред. О. М. Козырь, А. Л. Маковского, С. А. Хохлова. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996, с. 553; Брагинский М. И., Витрянский В. В., Суханов Е. А. Комментарий к Части второй Гражданского кодекса для предпринимателей. Фонд «Правовая культура», 1996, с. 247.

Свой вывод некоторые из них делают на основе анализа ст. 6-bis Парижской конвенции об охране промышленной собственности, которая посвящена защите общеизвестных знаков. Более того, В.В. Витрянский при этом подчеркивает, что «в настоящее время в качестве правообладателя коммерческого обозначения как общеизвестного знака определенного лица может выступать лишь иностранный предприниматель, находящийся в стране-участнице Парижской конвенции»²⁵².

Толкование данной статьи дает также возможность сделать вывод, что в качестве коммерческого обозначения может рассматриваться также и незарегистрированный товарный знак, а это позволяет рассматривать коммерческое обозначение как средство индивидуализации не только производителя товара, но и самого товара.

Существует позиция, согласно которой коммерческое обозначение может охватывать любые обозначения, используемые в предпринимательстве, способные индивидуализировать как самого субъекта, так и объекты предприятий как имущественных комплексов, включая сеть таких предприятий (магазины, рестораны, гостиницы) и обозначений, используемых в вывесках, в оформлении помещений, в одежде персонала и т.п.

Представляется, что в целях регулирования отношений коммерческой концессии под коммерческим обозначением следует понимать именно средство индивидуализации самого правообладателя как субъекта предпринимательской деятельности. Предоставление одной стороной и использование другой стороной права на фирменное наименование или коммерческое обозначение — фундамент договора; без предоставления такого права нет самого предмета договора. В отличие от других исключительных прав правообладателя оно имеет бессрочный характер, и его прекращение без замены на новое неизбежно влечет за собой прекращение договора. Как уже говорилось, и франчайзинг в его современном облике ведет свое существование со времени, когда обладатель права на фирменное наименование или коммерческое обозначение стал предоставлять его в пользование своему контрагенту. Существовавшие до той поры договорные формы предоставления пользователю других исключительных прав на средства индивидуализации (в т.ч. низшие формы коммерческой концессии) еще не могли считаться франчайзингом. Только обретя право на «фирму» своего патрона, пользователь стал тем, кем он ныне является — современным франчайзи.

²⁵² Брагинский МИ, Витрянский В.В. Указ. соч., с. 993.

Понятие охраняемой коммерческой информации, входящей в комплекс исключительных прав, которые правообладатель предоставляет пользователю, также не раскрывается в законе. Более того, в нормах закона используются близкие по смыслу, но различные по лексическому звучанию понятия. Так, в подразделе 3 ГК, содержащем общие нормы об объектах гражданских прав, в качестве одного из них называется служебная и коммерческая тайна. Большинство юристов ставят знак равенства между охраняемой коммерческой информацией и коммерческой тайной. В ст. 139 ГК перечисляются условия, в соответствии с которыми информация составляет служебную или коммерческую тайну. Во-первых, такая информация должна иметь реальную или потенциальную ценность в силу ее неизвестности другим лицам, во-вторых, к ней не должно быть свободного доступа на законном основании, в-третьих, сам обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, должен принимать меры по охране ее конфиденциальности. Каждое из этих условий является необходимым, а все вместе они достаточны, чтобы информация была признана охраняемой в качестве коммерческой тайны, а права на нее подлежали защите всеми способами, предусмотренными законодательством. Более подробное, специальное регулирование коммерческой тайны и ее правового режима содержится в ст. 3 ФЗ «О коммерческой тайне». Информация, составляющая коммерческую тайну, это научно-техническая, технологическая, производственная, финансово-экономическая или иная информация (в том числе составляющая секреты производства — ноу-хау), которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к которой нет свободного доступа *на законном основании и в отношении которой обладателем такой информации введен режим коммерческой тайны*. В свою очередь, коммерческая тайна определяется в этом законе как конфиденциальность информации, позволяющая ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду.

Права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, возникают с момента установления им в отношении такой информации режима коммерческой тайны, т.е. в момент принятия правообладателем правовых, организационных, технических и иных мер по охране ее конфиденциальности. Эти меры, согласно ст. 10 Закона «Об коммерческой тайне», включают;

1) определение перечня информации, составляющей коммерческую тайну;

2) ограничение доступа к информации, составляющей коммерческую тайну путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля за соблюдением такого порядка;

3) учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана,

4) регулирование отношений по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров,

5) нанесение на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, грифа «Коммерческая тайна» с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц — полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей — фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Наряду с этими мерами обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, вправе применять при необходимости средства и методы технической защиты конфиденциальности этой информации и другие, не противоречащие законодательству Российской Федерации, меры.

Меры по охране конфиденциальности информации признаются разумно достаточными, если, исключается доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, любых лиц без согласия ее обладателя; обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны.

Обладатель информации, составляющей коммерческую тайну, согласно ст. 10 Закона «О коммерческой тайне», имеет право.

- устанавливать, изменять и отменять в письменной форме режим коммерческой тайны в соответствии с настоящим федеральным законом и гражданско-правовым договором;
- использовать информацию, составляющую коммерческую тайну, для собственных нужд в порядке, не противоречащем законодательству Российской Федерации,
- разрешать или запрещать доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, определять порядок и условия доступа к этой информации;
- вводить в гражданский оборот информацию, составляющую коммерческую тайну, на основании договоров, предусматривающих включение в них условий об охране конфиденциальности этой информации;

- требовать от юридических и физических лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, органов государственной власти, иных государственных органов, органов местного самоуправления, которым предоставлена информация, составляющая коммерческую тайну, соблюдения обязанностей по охране ее конфиденциальности;
- требовать от лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, в результате действий, осуществленных случайно или по ошибке, охраны конфиденциальности этой информации;
- защищать в установленном законом порядке свои права в случае разглашения, незаконного получения или незаконного использования третьими лицами информации, составляющей коммерческую тайну, в том числе требовать возмещения убытков, причиненных в связи с нарушением своих прав.

Примечательно, что, перечисляя в специальном законе права на коммерческую тайну, законодатель не указывает на их исключительный характер, хотя, как не в данном законе, выполнить требование ст. 138 ГК РФ, признав вышеперечисленные права на такую информацию исключительными и установив порядок признания за лицом исключительных прав на нее.

Аналогичные юридические признаки были сформулированы в ст. 151 Основ Гражданского законодательства Союза ССР и Республик 1991 г. в отношении такого идеального объекта, как секреты производства (ноу-хау). В статье также указывалось, какого рода эта информация: техническая, организационная или коммерческая.

Не только в законодательстве, но и на практике используются различные термины для обозначения охраняемой коммерческой информации: «конфиденциальная информация», «торговые секреты», «коммерческие секреты», «секреты фирмы» и т.д. В любом случае под охраняемой коммерческой информацией применительно к договору коммерческой концессии надо подразумевать такую информацию, которая отвечает признакам коммерческой тайны, независимо от того, к какой области она относится.

Надо признать, что критерии зарубежного аналога секретной и потому охраняемой коммерческой информации сформулированы несколько шире и более благоприятно для франчайзи. В зарубежном законодательстве, в частности, выдвигается еще одно требование к ней — ее достоверность, а также полнота и очевидная полезность для франчайзи.

В этой связи представляется, что российское законодательство пока проигрывает зарубежному в отношении реальных гарантий добросовестности информации, предоставляемой франчайзи франчайзером. Та же зарубежная практика показывает, что для франшизных отношений недостаточно общих требований к качеству информации, содержащихся в договорно-обязательственном законодательстве. Недостаточно их в законодательстве об интеллектуальной собственности. В предыдущих главах монографии уже анализировались образцы зарубежного специального законодательства о т.н. «предпродажном» (преддоговорном) раскрытии информации, требуемом от франчайзера. Речь о нем пойдет ниже. Представляется, что в такого рода законодательном оформлении отношений по предоставлению доказательств соответствия охраняемой коммерческой информации этим требованиям на этапе преддоговорных контактов нуждается и российская коммерческая концессия.

Содержание п. 2 ст. 1027 ГК указывает также на возможность использования по договору коммерческой концессии и таких идеальных объектов, как деловая репутация правообладателя и его коммерческий опыт.

Под деловой репутацией понимается оценка деловых, профессиональных, этических и иных качеств предпринимателя со стороны его реальных и потенциальных контрагентов и в целом со стороны общества и государства. С качеством деловой репутации, ее уровнем связана способность предпринимателя успешно конкурировать на рынке. Деловая репутация предпринимателя в немалой степени зависит от качества предлагаемого им товара. Поэтому деловая репутация ассоциируется у большинства контрагентов — потребителей его товара как со средствами индивидуализации товара, так и со средствами индивидуализации самого производителя. Поэтому нельзя отрицать того факта, что, используя средства индивидуализации правообладателя и средства индивидуализации его товара, пользователь опирается на его деловую репутацию, хотя сама деловая репутация неотчуждаема и непередаваема в пользование, поскольку представляет личное нематериальное благо, тесно связанное с имущественными правами, но не формирующее самостоятельного имущественного права. Поэтому включать в предмет договора право на использование деловой репутации, также как и указывать объем использования — невозможно. Другое дело, что сторонам, видимо, следует предусмотреть в договоре меры, которые каждая из них должна предпринять для недопущения негативного влияния на деловую репутацию правообладателя. Можно также предусмотреть ответственность за совершение действий (бездействие) в ситуации, когда создается угроза или непосредственно

опорочена репутация правообладателя, поскольку это прямым образом способно отразиться (сказаться) на «качестве» всего комплекса исключительных прав, предоставляемых в пользование. Это представляется важным, поскольку российская правовая доктрина, а вслед за ней и судебная практика не признают принципа конкуренции исков. Поэтому если права лица нарушены другим лицом, состоящим с ним в договорных отношениях, то требования о возмещении вреда применяются лишь в случаях, прямо предусмотренных законом.

Понятие «коммерческий опыт» представляется еще более размытым и неопределенным, чем понятие «охраняемая коммерческая информация», как правило, коммерческий опыт рассматривается в научной литературе как совокупность знаний и навыков, приобретенных лицом в процессе своей коммерческой деятельности. Поэтому некоторые авторы отождествляют коммерческий опыт с другими идеальными объектами, охраняемыми законом. Например, А. А. Иванов ставит знак равенства между коммерческим опытом и ноу-хау, указывая при этом, что коммерческий опыт и деловая репутация являются объектами исключительных прав²⁵³. Другие авторы считают, что коммерческий опыт является результатом приобретенных правообладателем знаний и навыков в силу продолжительной работы в определенной сфере предпринимательской деятельности и не имеет ничего общего с ноу-хау. Более того, коммерческий опыт вообще, по их мнению, не может быть отнесен к объектам субъективных гражданских прав, его нельзя передать в юридическом смысле, а им можно только поделиться, что реализуется в процессе выполнения обязанностей по инструктажу²⁵⁴.

Поскольку законодатель использует термин «коммерческий опыт» только в связи с указанием необходимости не выходить за пределы его использования, то суды, рассматривая вопрос о нарушении этих пределов, в каждом конкретном случае будут исходить из существа той информации, которая понимается сторонами как деловой опыт. В этой связи стороны заранее в договоре могут согласовать вопрос о том, что они понимают под коммерческим опытом в аспекте собственных отношений или хотя бы определить критерии отнесения к нему той или иной информации.

Дальнейшая юридическая судьба договора коммерческой концессии после его заключения может складываться различно в зависимости от такой характеристики объекта исключительных прав,

¹⁵³ Гражданское право. Учебник / Под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Часть 2. М.: Проспект, 1998. С. 632-633.

¹⁵⁴ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Указ соч., с. 1011.

как способность порождать бессрочные права на их использование или ограничение срока действия таких прав

Законом введены абсолютные ограничения на срок действия исключительных прав на ряд объектов интеллектуальной собственности, например, на изобретение, полезную модель, промышленный образец, объекты авторского права. Прекращение срока действия исключительных прав на эти объекты является основанием свободного и безвозмездного их использования как объектов общественного достояния. Хотя исключительные права на объекты, охраняемые патентом, могут прекратиться до истечения установленного в законе срока, как уже отмечалось выше, это может произойти вследствие отказа от них самого патентообладателя или вследствие оспаривания патента и признания его недействительным

Срок действия исключительного права на некоторые другие объекты, такие как товарный знак, знак обслуживания, хотя и установлен законом, однако, способен к возобновлению. Но и в этом случае возможно досрочное прекращение прав на товарный знак по основаниям и в порядке, предусмотренным в законе о товарных знаках

Есть также объекты, для которых законом вообще не установлен срок действия исключительных прав, к ним относятся фирменные наименования. Это, правда, не значит, что права на него не могут прекратиться в силу других обстоятельств, например, прекращения самого субъекта права на фирменное наименование вследствие его реорганизации или ликвидации, а также прекращения самого объекта, путем отказа коммерческой организации от прежнего фирменного наименования и замены его новым. К сожалению, законодатель вообще не дает специального регулирования в отношении оснований и способов изменения или замены фирменного наименования. Право на такое изменение следует из общего права юридического лица вносить изменения в учредительные документы. При этом нормы ГК и специальных законов требуют включения фирменного наименования в данные документы в качестве обязательных сведений, в том числе и как существенного условия учредительного договора

Срок действия прав на охраняемую коммерческую информацию в законе установлен как неопределенный срок. Этот срок определяется как срок существования всех тех показателей, которые являются критерием отнесения такой информации к коммерческой тайне. Как только данная информация перестает отвечать хотя бы одному из условий, сформулированных в ст. 139 ГК и в ст. 3 ФЗ «О коммерческой тайне», ее правовая охрана прекращается

Из сказанного следует, что права, в том числе исключительные, на отдельные объекты, составляющие комплекс как объект коммерческой концессии, могут прекратиться в период действия договора. При этом законом предусмотрены два основных варианта судьбы договора. Первый — сохранение договора, но с изменением условия о предмете, что объективно ведет к пересмотру и других условий, в частности о цене договора. Второй — его обязательное прекращение. Прекращение договора предусмотрено для случая, когда прекращаются права на такой объект, без которого сами отношения теряют экономический смысл. Утрата экономического интереса со стороны пользователя в случае изменения существа объекта также является основанием для прекращения договора, хотя и не абсолютным.

Эти различные последствия прекращения прав на отдельные объекты исключительной собственности, предоставленных по договору коммерческой концессии, регулируются нормами статей 1037, 1039 и 1040 ГК, в которых сформулированы специальные основания изменения договора, в том числе по требованию одной стороны, или его прекращения, в том числе обязательного.

К таким специальным основаниям прекращения договора коммерческой концессии относится прекращение прав правообладателя на принадлежащее ему фирменное наименование или коммерческое обозначение. При этом имеется в виду абсолютное прекращение права вследствие прекращения самого объекта без замены его новым фирменным наименованием и соответственно аналогичными новыми правами. Если такой замены не происходит (например, в случае ликвидации юридического лица правообладателя), то договор прекращается безусловно. При замене правообладателем прежнего фирменного наименования (коммерческого обозначения) на новое у пользователя появляется альтернатива: он может либо расторгнуть договор, либо сохранить его, согласившись на новое фирменное наименование (коммерческое обозначение). Определенную сложность вызывает ситуация, когда права на фирменное наименование прекращаются у правообладателя вследствие их перехода к другому лицу по договору (например, купли-продажи предприятия) или в порядке универсального правопреемства (реорганизация правообладателя). Нормы п. 3 ст. 1037 явно вступают в противоречие с нормами п. 1 ст. 1038. Согласно последним, переход к другому лицу какого-либо исключительного права, входящего в предоставленный пользователю комплекс, не является основанием для изменения или расторжения договора, поскольку новый правообладатель становится стороной договора в части перешедшего к нему исключительного права.

Из положений ст 1037 ГК следует, что прекращение исключительных прав пользователя на другие объекты интеллектуальной собственности (на товарный знак, изобретения, полезные модели, промышленные образцы и т п) не может служить для сторон основанием для прекращения договора В этом случае договор коммерческой концессии продолжает действовать, за исключением положений, относящихся к прекратившемуся праву, а пользователь, если иное не предусмотрено договором, вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения В отличие от прав на фирменное наименование (коммерческое обозначение) они не играют конституирующей роли в договоре коммерческой концессии, хотя ценность комплекса оставшихся исключительных прав может значительно уменьшиться, особенно если такое прекращение явилось следствием оспаривания прав правообладателя В этом случае, как представляется, пользователь вправе не только требовать изменения условия о цене договора, но и возмещения ему убытков, вызванных таким изменением договора, если оно произойдет по обстоятельствам, зависящим от правообладателя В любом случае собственно характер обстоятельств, вследствие которых прекратилось исключительное право правообладателя, целесообразно учесть сторонам в согласовании иных последствий прекращения исключительных прав Однако правообладатель вряд ли согласится на условия, которые будут явно невыгодны для него, даже если они и будут направлены на снижение предпринимательского риска пользователя Это лишний раз подчеркивает необходимость включения регулирования данных отношений в закон, в том числе с использованием императивных норм, охраняющих интересы более слабой стороны в договоре, которой в данном случае является пользователь

Частично законодатель это уже учитывает Так, при расторжении договора по причине несогласия пользователя на новое фирменное наименование или коммерческое обозначение пользователь имеет право требовать возмещения понесенных им убытков Если же пользователь соглашается сохранить договор, действующий уже в отношении нового фирменного наименования или коммерческого обозначения, то он вправе только требовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения, если, например, качество (известность, репутация, престиж) нового фирменного наименования или коммерческого обозначения уступает прежнему, но не вправе требовать возмещения убытков, вызванных такой заменой

§ 6. Форма и государственная регистрация договора

В соответствии со ст. 1028 ГК договор коммерческой концессии заключается в письменной форме. Несоблюдение этого требования влечет за собой недействительность договора с момента его заключения. Соответственно, договор считается ничтожным. При этом, *хотя закон не указывает на это специально, этот договор должен быть заключен путем подписания одного документа*. Иными словами, нельзя использовать такой способ, как обмен документами - письмами, телеграммами, телетайпограммами и т.п., а также в ответ на письменную оферту давать акцепт в форме конклюдентных действий (т.е. действий, свидетельствующих об акцепте). Это связано с дополнительной обязательной формальностью — регистрацией такого договора.

Количество экземпляров договора, составленного путем подписания одного документа обеими сторонами, должно быть не менее количества его участников, а в необходимых случаях стороны могут согласиться на подписание большего количества экземпляров, например для целей регистрации, предоставления в налоговые, судебные органы или хранения дополнительных экземпляров для безопасности в банковском сейфе. Все экземпляры договора, подписанного сторонами, имеют одинаковую юридическую силу. В силу правила ст. 452 ГК РФ, изменение и расторжение договора должны иметь ту же форму, в которой он был заключен. Однако и способ выражения воли при письменной форме (путем составления одного документа, обмена документами, молчанием или конклюдентными действиями) при этом играет важную роль, особенно в нашем случае. Поскольку все изменения договора, так же как и его расторжение, подлежат государственной регистрации, то они должны быть совершены путем составления одного документа. Исключение составляют случаи, когда изменение или расторжение договора допускаются в одностороннем порядке и совершаются в форме односторонней сделки или производятся на основании судебного решения.

Помимо требования обязательной письменной формы договора коммерческой концессии ст. 1028 ГК предусматривает его обязательную государственную регистрацию. Действительно, логика указывает на то, что если возникновение права закон связывает с фактом государственной регистрации объекта или субъекта этих прав, то дальнейшая юридическая судьба этого права — предоставление во временное пользование или бесповоротная передача (уступка) также требуют государственной регистрации. Это объясняется целями, которым

служит государственная регистрация в гражданском обороте, - достоверность и публичность факта совершения сделки

Иными словами, факт государственной регистрации является свидетельством (доказательством) самой высокой юридической силы собственно факта заключения договора и его условий, а также дает право заинтересованным лицам получить в регистрирующем органе информацию о том, кому и в каком объеме предоставлены или переданы права по договору. Государственная регистрация сделки, которая определяет изменения в юридической судьбе зарегистрированного объекта и (или) прав на него, осуществляется тем же органом государственной власти, который произвел его первоначальную регистрацию или регистрацию объекта, вследствие которой на него возникают исключительные права. Поскольку объекты исключительных прав, предоставляемых по договору коммерческой концессии, неоднородны, то изначально они регистрируются различными государственными органами. Так, право на фирменное наименование возникает у юридического лица в результате государственной регистрации самого юридического лица.

В настоящее время регистрация юридических лиц осуществляется федеральным органом исполнительной власти по налогам и сборам (Министерством РФ по налогам и сборам). Именно оно регистрирует договоры коммерческой концессии. В то же время права на товарный знак, знак обслуживания, такие объекты, как изобретения, полезные модели, промышленные образцы возникают с момента их государственной регистрации другим государственным органом — федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности (Роспатентом)²⁵⁵. Поэтому движение прав на эти объекты должно отражаться путем регистрации договора также и в этом ведомстве. Таким образом, договор требует как минимум двойной регистрации, т.е. одновременной регистрации в двух различных органах государственной власти.

Согласно п. 2 ст. 1031 ГК, обязанность обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии возлагается на правообладателя. Это значит, что он должен совершить все необходимые действия по такой регистрации, а также взять на себя расходы, связанные с ней. Однако, в силу диспозитивности нормы, стороны в договоре могут

²⁵⁵ В связи с Указом Президента РФ от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти» функции этого органа возлагаются на Федеральную службу по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам, которая находится в ведении Министерства образования и науки Российской Федерации

предусмотреть иное. В частности, обязанность зарегистрировать договор во всех ведомствах может быть возложена на пользователя либо стороны могут разделить между собой обязанности по регистрации в различных ведомствах, либо производить регистрацию совместно. Единственно, что невозможно в силу общего правила диспозиции, это исключить действие данной нормы к отношениям сторон. Также можно иначе регулировать отношения, связанные с отнесением расходов по регистрации на одного из участников договора или на обоих в различных пропорциях. В любом случае эти расходы должны учитываться как накладные при определении цены сделки в целом.

Отношения, связанные с государственной регистрацией договора коммерческой концессии, имеют административный характер и регулируются специальными правилами. Это, во-первых, Порядок регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии), утвержденный Приказом Министерства РФ по налогам и сборам²⁵⁶ (далее - Порядок регистрации), и, во-вторых, Правила регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передачи исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных, утвержденные Роспатентом²⁵⁷ (далее — Правила регистрации). Эти правила, как следует из их названия, рассчитаны на регистрацию договоров о передаче исключительных прав или их предоставлении во временное пользование, в том числе лицензионных договоров, по поводу различных объектов интеллектуальной собственности. Однако не включенный в заголовок документа договор коммерческой концессии нашел отражение в его тексте, ему посвящена глава V Правил, названная «Особенности регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)». Эти документы регулируют также отношения по регистрации изменений, прекращения, досрочного расторжения договора или расторжения договора коммерческой концессии, заключенного на неопределенный срок.

Представляется, что будет не лишним более подробно осветить процедуру регистрации договора коммерческой концессии, поскольку порядок такой регистрации был разработан совсем недавно. Хотелось бышний раз подчеркнуть для предпринимателей, перед

²⁵⁶ Приказ МНС России от 20.12.2002 № БГ-3-09/730 (Зарегистрировано в Минюсте РФ 16.02.2003 № 4125).

²⁵⁷ Приказ Роспатента от 29.04.2003 № 64.

которыми встанет задача провести регистрацию такого договора, что в отличие от гражданских правоотношений, при регулировании которых законодатель опирается на принцип свободы договора, т.е. свободу сторон в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора, административные отношения такой свободы не допускают. Таким образом, требования регистрирующего органа являются обязательными, и их перечень имеет исчерпывающий характер и отражается в нормативных актах. Иными словами, должностные лица не вправе требовать более того, на что указывается в административно-правовых актах.

Сравнение двух актов — Порядка регистрации и Правил регистрации дает основание сделать вывод о том, что некоторые требования, содержащиеся в них, совпадают, а некоторые — разнятся. Различными являются также структура этих источников правового регулирования и способ систематизации норм. Так, Правила регистрации, рассчитанные на регистрацию договоров по поводу различных объектов исключительных прав, а также — различной правовой природы, содержат общие положения, которые применяются к регистрации любого договора, и разделы (главы), включающие специальные нормы, учитывающие особенности этих договоров. Правила регистрации, предметом регулирования которых являются только договоры коммерческой концессии, не содержат деления на общие и специальные нормы путем выделения в отдельный раздел общих положений.

Регистрацию договора на основании Порядка регистрации осуществляет тот территориальный орган МНС России, который осуществил регистрацию юридического лица, выступающего по договору в качестве правообладателя. Если правообладатель зарегистрирован в качестве юридического лица в иностранном государстве, регистрация осуществляется регистрирующим органом, осуществившим регистрацию юридического лица, являющегося пользователем.

Различается процедура регистрации. Регистрация договора в Патентном ведомстве предполагает следующие пять этапов:

- обращение в регистрирующий орган;
- проверка договора в целях установления его соответствия положениям законодательства РФ, регулирующего отношения в сфере интеллектуальной собственности;
- регистрация договора;
- внесение сведений о зарегистрированных договорах соответственно в Государственные реестры;

- ® публикация сведений о зарегистрированных договорах коммерческой концессии.

Процедура регистрации договора в государственном налоговом органе включает в себя только два этапа:

- « обращение в регистрирующий орган;
- » регистрация договора.

Проверка договора и публикация сведений не осуществляются.

Отличается не только процедура регистрации, но и содержание совпадающих этапов. Так, обращение в регистрирующий орган представляет собой подачу заявки. Заявка на регистрацию должна включать в себя различный набор документов. Согласно Порядку регистрации, в регистрирующий орган должны быть представлены:

- в заявление о регистрации договора коммерческой концессии, подписанное заявителем;
- документ, подтверждающий полномочия заявителя на совершение действий, связанных с регистрацией договора коммерческой концессии;
- копия документа, подтверждающего статус каждой из сторон договора коммерческой концессии в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя;
- три экземпляра договора коммерческой концессии, которые должны быть прошиты, листы пронумерованы, в них не должно быть подчисток, приписок, зачеркнутых слов или иных неоговоренных исправлений;
- два экземпляра описи представленных документов.

Согласно же Правилам регистрации заявка включает в себя:

- ® заявление, составленное согласно образцу, содержащемуся в Приложении к Правилам регистрации;
- патент.

При установлении соответствия предоставленного на регистрацию договора положениям законодательства в области интеллектуальной собственности регистрирующий орган проверяет наличие в договоре положений, относящихся к определению сторон договора, предмету договора (номер патента, свидетельства на товарный знак или номер международной регистрации и т.д., в отношении которых заключен договор), объему предоставляемых исключительных прав (в частности,

установлены ли минимальный и (или) максимальный объем использования, территория использования исключительных прав применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности и срок действия договора, если договор заключен на срок). Кроме того, проверяется наличие в договоре обязательного условия о том, что пользователь обязан обеспечивать соответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ и услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем, а также о том, что правообладатель будет контролировать выполнение этого условия. Устанавливается также, содержит ли договор коммерческой концессии право пользователя разрешать другим лицам использовать объекты, охраняемые в соответствии с патентным законодательством, или охраняемые в РФ товарные знаки, на условиях субконцессии, согласованных им с правообладателем либо определенных в договоре.

Порядок регистрации не предусматривает отдельной процедуры проверки содержания договора, однако, в нем указывается, что при осуществлении его регистрации необходимо иметь в виду, что предметом договора является комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю (в том числе право на фирменное наименование и/или коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие, предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т.д.), а сторонами по договору могут быть коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей.

Собственно регистрация осуществляется регистрирующим органом путем проставления на представленных договорах коммерческой концессии специальной надписи (штампа). При этом два экземпляра возвращаются заявителю, а третий хранится в регистрирующем органе. Согласно Порядку регистрации, этим процедура регистрации не исчерпывается, поскольку она осуществляется посредством внесения записи о договоре в специальный журнал. Регистрация в территориальных органах МНС России осуществляется в срок, не более чем пять рабочих дней со дня представления документов в регистрирующий орган. Внесение записей о зарегистрированных договорах таким образом не является самостоятельным этапом в процедуре регистрации договора в органах МНС в отличие от его регистрации в Роспатенте. Правила регистрации Роспатента включают в качестве отдельного этапа внесение сведений о зарегистрированных договорах коммерческой концессии

и зарегистрированных изменениях, внесенных в зарегистрированный договор коммерческой концессии, соответственно в:

- Государственный реестр изобретений Российской Федерации;
- Государственный реестр полезных моделей Российской Федерации;
- « Государственный реестр промышленных образцов Российской Федерации;
- Государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации.

В целях регистрации договоров коммерческой концессии органы МНС обязаны вести журнал учета регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии), который ведется на бумажном носителе по форме согласно Приложению к Порядку регистрации. В этом журнале указываются порядковый номер, вид зарегистрированного документа (договор коммерческой концессии (субконцессии), изменение соответствующего договора, соглашение о расторжении или акт судебного органа о его изменении или расторжении), дата и номер регистрации, сведения о заявителе, включая указание на документ, подтверждающий его полномочия, а также сведения о выдаче и получении зарегистрированных документов.

Внесение сведений о зарегистрированных договорах коммерческой концессии в реестры и журналы осуществляется также в целях их хранения регистрирующими органами. Однако единого документа хранения сведений о регистрации этих договоров не ведется. Журналы ведутся территориальными органами МНС и в Порядке регистрации не предусматривается их централизованного ведения. Что касается записей в Реестрах Роспатента, то они предусматривают централизованное хранение информации о регистрации прав по отдельным объектам интеллектуальной собственности, а не самого договора.

В то же время сведения о заключенных договорах, их изменении или расторжении публикуются в соответствующем официальном бюллетене федерального органа исполнительной власти по интеллектуальной собственности, что обеспечивает их максимальную публичность, т.е. доступ к информации об этом неограниченному кругу лиц. Публикации подлежат следующие сведения:

- дата и номер регистрации договора;
- определение сторон договора;
- предмет договора;
- объем передаваемых прав.

Отличительной особенностью договора коммерческой концессии является его двойная государственная регистрация, можно сказать, действует правило «двух окон». При этом важно иметь в виду, что последствия несоблюдения требований закона к форме договора или к его государственной регистрации имеют неодинаковые правовые последствия. Так, несоблюдение письменной формы путем подписания сторонами одного документа влечет абсолютную недействительность договора — ничтожность. Отсутствие же регистрации договора не влечет его ничтожности, а только лишает стороны права ссылаться на него в отношениях с третьими лицами. Иными словами, нельзя доказать, что товар, который пользователь предлагает третьим лицам или передает им по заключенным с ними договорам, не обладает признаками контрафакции. Таким образом, вести предпринимательскую деятельность на основе прав, полученных по договору коммерческой концессии, невозможно. Однако отношения между сторонами договора коммерческой концессии возникают с момента придания договору требуемой формы. Иными словами, правообладатель уже должен исполнять свои обязанности по предоставлению этих прав и т.н. инструктированию сотрудников пользователя, а пользователь обязан исполнять указания правообладателя в отношении оформления помещений итд.

Изменения договора, его расторжение должны быть произведены с соблюдением тех же требований к форме и государственной регистрации. В то же время не любое изменение требует государственной регистрации договора. Например, если естественным путем, в силу истечения срока действия патента, прекращается право на охраняемые им объекты, и они приобретают режим общественного достояния (свободного и безвозмездного использования любым субъектом), то такие изменения не требуют государственной регистрации. Формальности, связанные с прекращением действия патента, осуществляются федеральным органом исполнительной власти по интеллектуальной собственности.

§ 7. Обязанности и права сторон

Договор коммерческой концессии порождает различные виды обязательств. Одна группа представляет собой обязательство, субъектами которого являются только стороны договора — правообладатель и пользователь. Это обязательство может включать в себя только права и обязанности, предусмотренные договором коммерческой концессии, а может включать в себя более широкие связи сторон. Если по

данному договору пользователь использует комплекс исключительных прав правообладателя для продажи товара, произведенного правообладателем, то необходимо также урегулировать отношения по поводу этого товара. Для этого необходимо заключить договор поставки, а также иные договоры, необходимые для его исполнения, в частности, — перевозки, страхования, хранения. В результате возникает комплекс отношений, которые служат сбытовому франчайзингу.

Таким образом, в широком смысле франчайзинг, так же как и некоторые другие новеллы, например лизинг, можно понимать в узком и широком смысле как договор и как обязательство, в том числе комплексное, вытекающее из ряда взаимосвязанных договоров. Регулирование в ГК не создает общего механизма, связывающего все эти сделки в единый комплекс, хотя договор поставки для целей франчайзинга может объективно потребовать включения в законодательное регулирование новых положений. Сами стороны не всегда могут, опираясь на свободу договора, сделать это на уровне договора, в частности, изменить императивные требования закона.

В данном параграфе будут рассматриваться только те права и обязанности правообладателя и пользователя, которые вытекают из договора коммерческой концессии. При этом их можно характеризовать, опираясь на универсальные критерии. Так, некоторые обязанности представляют собой активные действия должника, некоторые — пассивные, т.е. воздержание от действия (запрет). В силу сложного, комплексного характера обязательства коммерческой концессии обязанности и права сторон могут относиться к различным аспектам договора: к предмету, к возмездности, к иным, а содержание этих обязанностей может формировать отдельные правоотношения в рамках общего обязательства коммерческой концессии; по передаче имущества в виде прав, вещей, в том числе денег, по предоставлению информации, а следовательно, их можно делить на натуральные, денежные и информационные обязательства. Ряд обязанностей один из контрагентов может исполнить при условии встречного исполнения со стороны другого контрагента. Для данного договора характерно, что законодатель иногда формулирует одинаковые требования к обоим участникам (например, обязанности не включать в договор условия, способствующие монополистическому разделу рынка). Вряд ли это требование можно рассматривать как их обязанность по отношению друг к другу. Скорее, это обязанность публичного характера, обращенная к ним как к субъектам предпринимательской деятельности. Характерно для него и то, что некоторые права и обязанности сторон содержательно совпадают или могут совпадать. Так, действия

пользователя, направленные на заключение договоров коммерческой субконцессии, могут формировать содержание как права, так и обязанности пользователя, так же как и действия правообладателя, имеющие целью контроль качества товаров, работ и услуг, производимых пользователем, — это одновременно и право, и обязанность правообладателя

Другая группа обязательств — это отношения с третьими лицами, основанием возникновения которых являются договоры, заключаемые пользователем с третьими лицами в процессе осуществления деятельности, для целей которой заключен данный договор. Эта группа правоотношений охранительного характера представляет собой ответственность обоих участников коммерческой концессии перед третьими лицами. Такие обязательства возникают на основании двух договоров — договора пользователя с третьими лицами (покупателями, заказчиками) и договора правообладателя и пользователя — коммерческой концессии. Отношения сторон, обусловленные их ответственностью, могут вытекать из деликтов, например, в силу причинения вреда третьим лицам вследствие недостатков товаров, работ и услуг, которые были переданы или выполнены пользователем.

Поскольку обязательственное правоотношение (обязательство) порождает по определению обязанности сторон, а права требования возникают как им корреспондирующие, традиционно при анализе содержания обязательств акцентируется внимание именно на обязанностях сторон. В то же время отдельные связи в обязательствах возникают на основе указания в законе или в договоре не на обязанность стороны, а на ее право. В связи с этим и в данном параграфе в основном будут рассматриваться обязанности сторон, права же будут рассмотрены в том случае, если указаны в законе именно в качестве права той или иной стороны.

ОБЯЗАННОСТИ И ПРАВА ПРАВООБЛАДАТЕЛЯ

Главная обязанность правообладателя, согласно определению, содержащемуся в ст. 1027 ГК, — предоставить пользователю комплекс исключительных прав. Законодатель не указывает, когда, где, каким способом должны быть совершены эти действия. Однако из существа исключительных прав на каждый отдельный объект можно сделать конкретный вывод о том, что следует предусмотреть сторонам в договоре в связи с исполнением этих обязанностей. Эти обязанности включают в себя два рода действий. К первому относится предоставление информации

о существе — форме и/или содержании охраняемых элементов объекта интеллектуальной собственности. Ко второму — разрешение на использование каждого из таких объектов.

Нет необходимости предоставлять информацию о существе охраняемого патентом или законом объекта, если эта информация имеет открытый характер (изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, обнародованные авторские произведения и т.д.). Если объектом предоставляемых прав является информация, составляющая секреты производства, коммерческую тайну, т.е. охраняемую коммерческую информацию, то для этого случая необходимо учитывать требование п. 1 ст. 1031 ГК, в котором сформулирована обязанность правообладателя передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору. В этой связи представляется целесообразным согласовать условие о том, какая информация, в какой форме (на каких материальных носителях), когда и где должна быть предоставлена правообладателем пользователю. Если эти условия не будут согласованы, то следует опираться на общие нормы ГК РФ об обязательствах относительно формы сделки, сроков и места исполнения обязательства. Так, надлежащее исполнение обязанности стороной является юридическим фактом — односторонней сделкой, а раз ее совершает юридическое лицо, то она должна иметь письменную или любую иную форму, но не устную (ст. 161 ГК). Если срок или сроки в обязательстве не установлены, то правообладатель обязан передать пользователю такую информацию в разумные сроки (п. 2 ст. 314 ГК). Место исполнения обязательства определяется в соответствии с положениями ст. 316 ГК. Не всегда характер информации, ее необходимость и достаточность могут быть заранее определены сторонами. Поэтому удобно заранее согласовать порядок предоставления информации, потребность в которой может быть обнаружена в период действия договора.

Наряду с обязанностью передать пользователю информацию, правообладатель обязан проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением прав, в том числе - с использованием объектов этих прав. В частности, при передаче информации, представляющей собой охраняемую коммерческую информацию, необходимо предупреждать о ее конфиденциальности в целях неразглашения ее другим лицам. Иногда полезно в договоре согласовать порядок доступа к этой информации работников пользователя, способ хранения материальных носителей этой информации и ответственность за ее разглашение.

Ст. 1031 ГК указывает на обязанность правообладателя выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке, и, если иное не предусмотрено договором, обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии. Если правообладателем является иностранное юридическое лицо, обеспечение государственной регистрации договора по смыслу п. 2 ст. 1027 будет обязанностью пользователя.

Понятие «лицензия» в праве используется в двух значениях, хотя, если говорить более точно, лицензия как разрешение имеет неоднозначную юридическую природу. В одном случае под лицензией понимается разрешение, которое выдается властвующим субъектом, государством и обозначает право лица заниматься определенным видом деятельности. Это условие отражено в п. 1 ст. 49 ГК, в силу которого отдельными видами деятельности, перечень которых определяется законом, юридическое лицо может заниматься только на основании специального разрешения (лицензии). Такое лицензирование представляет собой одну из форм государственного контроля и средство обеспечения технической, экономической, информационной и иных видов безопасности и распространяется, как правило, на виды деятельности, представляющие собой повышенную опасность для окружающих либо иной риск для контрагентов, третьих лиц, общества и государства. Отношения по поводу такого лицензирования регулируются нормами административного права по методу власти и подчинения. Иными словами, лицензия в этом случае понимается как институт административного права и в ней соответственно проявляется административно-правовая природа.

В другом случае лицензия имеет гражданско-правовую природу и представляет собой разрешение для субъекта, обладающего исключительным правом, на использование объекта этих прав. Лицензии призваны удостоверить права пользователя на использование объектов исключительных прав правообладателя: фирменного наименования, товарного знака, знака обслуживания, изобретения, полезной модели, промышленного образца и свидетельствовать о том, что продукция, товары и услуги правообладателя, предоставляемые третьим лицам, не являются контрафактными.

Разрешение правообладателя на использование объектов интеллектуальной собственности, представляя собой волевое правомерное действие лица, может быть выражено в односторонней сделке или в договоре. В России используется второй из названных способов, т.е. путем заключения договора, поскольку такое разрешение по существу формирует ядро предмета любого договора, имеющего лицензионную

природу. Более того, если исключительные права, предоставляемые по договору, возникают в результате государственной регистрации объекта этих прав и подтверждаются патентом или свидетельством, выданным государством, то юридическая «судьба» этих прав фиксируется государством. Поскольку эта фиксация подтверждает законность их использования другим лицом, способ такой фиксации должен обладать публичностью и достоверностью. Этому отвечает требование регистрации договора, предметом которого является предоставление исключительных прав, в компетентных органах государственной власти. Выдача лицензий имеет место тогда, когда нет необходимости заключать лицензионный договор. Такой порядок применяется в отношении открытых лицензий.

Возникает вопрос: о каких лицензиях идет речь в п. 1 ст. 1031 ГК? Понятно, что законодатель не имеет в виду лицензии на занятие определенным видом деятельности, поскольку ее выдает не частное лицо, а государство в лице компетентного органа. Речь также не может идти об открытой лицензии, поскольку она является неисключительной (простой) и не может фигурировать в отношениях по договору коммерческой концессии. Таким образом, остается только один способ, которым правообладатель может исполнить свою обязанность по выдаче пользователю предусмотренных договором лицензий, обеспечив их оформление в установленном законом порядке. Это - заключение отдельных лицензионных договоров по поводу исключительных прав на отдельные объекты, входящих в комплекс прав, предоставляемых по коммерческой концессии, а также последующая регистрация этих договоров в компетентных органах государственной власти. Этот способ, однако, представляется крайне неудобным и громоздким. Он увеличивает расходы сторон, связанные с заключением и исполнением договора коммерческой концессии. Самое главное, регистрация договора коммерческой концессии в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков (по интеллектуальной собственности) служит тем же целям и обладает публичностью и достоверностью, что и регистрация лицензионных договоров. Поэтому заключение отдельных лицензионных договоров и их регистрация в рамках общего договора коммерческой концессии представляется избыточной, а норма, содержащая требование о выдаче пользователю лицензий, может относиться только к отношениям с иностранным правообладателем.

Обязанность правообладателя предоставить пользователю комплекс исключительных прав, как кажется на первый взгляд, представляет собой комплекс единовременных действий. Однако, чтобы пользователь

мог в течение всего срока действия договора использовать этот комплекс, необходимо, прежде всего, чтобы правообладатель заботился о том, чтобы эти права не прекратились преждевременно. В этой связи целесообразно включить в договор условие, обязывающее правообладателя поддерживать в силе патенты и свидетельства, т.е. уплачивать патентные пошлины и ходатайствовать о возобновлении срока действия патентов и свидетельств в том случае, если такую возможность предоставляет закон (в частности, на полезную модель, промышленный образец, товарный знак). Кроме того, желательно обязать правообладателя осуществлять защиту объектов исключительных прав и своей деловой репутации, поскольку иное способно ущемить законные интересы пользователя.

Если в период действия договора коммерческой концессии какое-либо право из входящих в объект договора прекратилось по основаниям, не зависящим от пользователя, правообладатель обязан сообщить об этом пользователю. Однако он не обязан сообщать о прекращении права в связи с истечением срока, если пользователь может получить эту информацию самостоятельно, например, опираясь на срок действия патента. Правообладатель обязан сообщить пользователю также об изменении фирменного наименования или коммерческого обозначения,

В статье 1031 ГК сформулированы обязанности правообладателя оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников пользователя. Действие по выполнению данной обязанности представляет собой услугу или, вернее, целый комплекс услуг, содержание которых зависит от соответствующего этапа договорного обязательства. Первоначальный этап наиболее сложен для правообладателя, поскольку он должен обеспечить нормальные стартовые условия для деятельности пользователя. Поэтому основной объем таких услуг падает на него. Это — первоначальная и основная, по сути, услуга по обучению персонала пользователя. Хотя зарубежное законодательство обычно тоже не дает развернутого перечня действий по оказанию первоначальной помощи или услуг франчайзера франчайзи, богатая франшизная практика подсказывает, чего франчайзи вправе требовать от франчайзера на этапе «запуска» своего бизнеса.

Необходимо проводить и последующее обучение вновь принятых работников или повышение квалификации действующих сотрудников. Порядок обучения может быть различным: организация обучения специально для работников пользователя и/или приглашение их на различного рода семинары, которые правообладатель проводит публично и для других пользователей. Выше уже отмечалось, что Эти-

ческая хартия Европейской федерации франчайзинга помимо обучения франчайзи и его персонала понимает под такой помощью выбор франчайзером места расположения предприятия франчайзи, его оснащение, содействие франчайзи в лизинге оборудования, включая при необходимости лизинг транспортных средств, решение вопросов, возникающих в связи с запретительными или ограничительными предписаниями местного законодательства в отношении размещения франшизного предприятия, комплектование имущества, подбор товарных запасов, составление необходимых описей и реестров, предоставление франчайзи всех нужных ему учебных, инструктивных и методических документов, и другие виды помощи.

Часть обязанностей правообладателя, перечисленных в ст. 1031 ГК, сформулирована в диспозитивных нормах, т.е. стороны в договоре могут предусмотреть иное регулирование, а также исключить соответствующую обязанность правообладателя. Так, диспозитивно сформулирована обязанность правообладателя оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников пользователя. Эта обязанность дает пользователю больше возможностей опираться на опыт и навыки правообладателя, но закон дает последнему возможность уклониться от нее, особенно, если учесть, что в экономическом отношении правообладатель более сильная сторона. Чтобы избежать этого, зарубежная практика использует императивные нормы, в частности, таким примером служит Регламент № 4087/88 комиссий ЕС.

Еще одна обязанность правообладателя, указанная в ст. 1031 ГК, требует от него контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии. Логика, безусловно, требует, чтобы действия по выполнению данной обязанности были сформулированы также как право правообладателя, поскольку он отвечает за качество продукции, производимой пользователем, перед третьими лицами. Тем не менее сторонам необходимо согласовать способы и порядок осуществления контроля, а также сформулировать его пределы, в частности запрет на вмешательство в коммерческую деятельность пользователя.

Обеспечение соответствия товаров, работ, услуг пользователя стандартам качества правообладателя — ключевое условие франчайзинга как особой системы отношений обладателя исключительных прав и пользователя такими правами, смысл самого существования франчайзинга как специфического способа предпринимательства.

В конечном итоге данное требование служит законным интересам третьих лиц, приобретающих товар, заказывающих работу или услугу пользователя и рассчитывающих на то качество, которое ассоциируется в их сознании с фирмой и товарным знаком правообладателя. Поэтому трудно понять, почему законодатель сформулировал эту обязанность правообладателя в диспозитивной форме. Несомненно, она должна быть императивной. Именно так формулируется эта обязанность франчайзера в зарубежном законодательстве.

В то же время контроль франчайзера рассматривается и как его неотъемлемое право. Без такого контроля невозможно обеспечить нерушимость исключительных прав франчайзера и, соответственно, прав других франчайзи, а также целостность и сохранность интересов франшизной сети в целом. На практике именно контрольные полномочия франчайзера в отношении операции франчайзи, их виды, формы и порядок реализации обычно очень тщательно и детально прописываются в договоре.

Включение в договор условия об ограничении прав сторон в соответствии со ст. 1033 ГК, обязывает правообладателя воздерживаться от предоставления другим лицам аналогичных комплексов исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории и от осуществления на ней в течение срока действия договора аналогичной деятельности, а также соблюдать иные ограничительные условия, предусмотренные договором. Он также обязан воздерживаться от заключения договоров коммерческой концессии с другими лицами в пределах территории, которая была закреплена за прежним добросовестным пользователем, по прекратившемуся договору, в случае отказа на его предложение заключить договор на новый срок. Эта обязанность существует в течение трех лет со дня истечения прежнего договора.

Если договор включает в себя условие о заключении пользователем субконцессионных договоров, правообладатель приобретает дополнительное право. Это право вступать в прямые отношения с субпользователем. Оно вытекает из положения п. 3 ст. 1029, согласно которой при досрочном прекращении договора коммерческой концессии права и обязанности вторичного правообладателя по договору коммерческой субконцессии (пользователя по договору коммерческой концессии) переходят к правообладателю, если он не откажется от принятия на себя этих прав и обязанностей по этому субдоговору. Поскольку данная норма диспозитивна, в договоре можно предусмотреть и иное регулирование, в том числе исключение ее действия в отношении сторон.

ОБЯЗАННОСТИ И ПРАВА ПОЛЬЗОВАТЕЛЯ

Обязанности пользователя можно разделить на две основные группы.

Первая группа обязанностей относится к предмету договора и деятельности, осуществляемой пользователем с использованием чужой интеллектуальной собственности. Вторая обусловлена возмездным характером договора.

Общую обязанность в отношении предмета договора можно сформулировать, опираясь на определение договора в ст. 1027, как обязанность не выходить за пределы использования предоставленных прав: по объему, сфере предпринимательства, территории, срока.

В отношении сферы предпринимательства и объема предоставленных прав это требование включает в себя, во-первых, запрет на использование комплекса предоставленных пользователем прав в сфере деятельности, не предусмотренной в договоре; во-вторых, запрет на использование таких объектов, исключительные или неисключительные права на которые не включены в объект договора; в-третьих, использование переданных объектов только указанными в договоре способами (в пределах переданных прав). Последнее требование частично сформулировано в ст. 1032 ГК и относится только к фирменному наименованию и коммерческому обозначению правообладателя.

Такие способы разнообразны, например, указание «фирмы» при маркировке товаров и на относящихся к ним документам, упоминание средств индивидуализации франчайзера в рекламе, использование при оформлении помещений, униформы служащих. Формулируя аналогичную обязанность франчайзи, зарубежное законодательство обязывает его также отслеживать факты незаконного или неправильного использования третьими лицами средств индивидуализации франчайзера и немедленно доводить такие факты до сведения франчайзера и других участников франшизной сети. Возможно, это положение было бы целесообразно включить и в будущий российский закон о франчайзинге.

Требование использовать средства индивидуализации правообладателя указанным в договоре способом следовало бы распространить и на иные объекты прав, составляющих объект договора, - товарный знак, знак обслуживания, охраняемые патентом объекты, объекты авторских прав, охраняемую коммерческую информацию. В отношении ограничений по территории и срокам — эта обязанность основана на запрете осуществлять предпринимательскую деятельность за пределами закрепленной за пользователем территории, если условие о территории включено в договор, и запрете использовать объекты исключительных

прав правообладателя и конфиденциальную информацию, предоставленную пользователем, после окончания договора К прямым запретам, составляющим содержание обязанностей как воздержание от действия, законодатель относит также обязанность не разглашать секреты производства правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию, соблюдать ограничительные условия, включенные в договор в соответствии со ст 1033 ГК

Неразглашение секретов производства правообладателя и другой полученной от него конфиденциальной коммерческой информации — одно из ключевых условий франчайзинга, а следовательно и коммерческой концессии. Такая обязанность может возникнуть у будущего пользователя еще до заключения договора коммерческой концессии как преддоговорная обязанность и сохраняться в течение определенного времени после истечения срока действия договора либо после его досрочного прекращения. Однако как преддоговорная обязанность она может возникнуть только на основании закона, а российский закон такую обязанность не устанавливает. Установление такой обязанности в договоре неизбежно требует заключения вспомогательного договора. Это может быть условием предварительного договора или входить в рамочное соглашение²⁵⁸, либо быть предметом иного вспомогательного, носящего организационный характер, договора.

Важно иметь в виду, что, устанавливая пределы использования чужой интеллектуальной собственности, законодатель не устанавливает обязанности пользователя непременно использовать предоставленный комплекс прав. Это — его право, которое имеет вышеуказанные пределы и порождает прямо связанные с ним обязанности. Причем эти обязанности обусловлены не только законными интересами правообладателя и соответственно корреспондируют его правам требования, но и законными интересами третьих лиц, покупателей производимого пользователем товара или заказчиков в отношении производимых им работ или предоставляемых услуг.

К таким обязанностям пользователя, согласно ст 1032 ГК, относятся требования обеспечивать соответствие качества производимых им по договору товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем, оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (рабо-

²⁵⁸ На возможность использования договора коммерческой концессии как рамочного см *Брагинский МИ, Витрянский В В* Указ соч., с 1002

ту, услугу) непосредственно у правообладателя. Это — ключевые требования во франчайзинге. Покупатели, клиенты и другие потребители продукции (товаров, работ, услуг), производимой или сбываемой франчайзи, должны быть уверены, что им гарантируется качество такой продукции на уровне не ниже фирменного качества франчайзера. Как уже говорилось, потребитель должен отождествлять продукцию франчайзи с продукцией франчайзера. В достижении этой цели действия франчайзи и франчайзера полностью совпадают. То же самое относится и к российским участникам договора коммерческой концессии.

Для максимально возможного достижения цели отождествления в сознании третьих лиц продукции, работ и услуг правообладателя с аналогичной продукцией, работами и услугами пользователя последний обязан соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования предоставленных пользователю исключительных прав тому, как они используются самим правообладателем, в т.ч. указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав. Эту обязанность пользователь должен выполнять и в случаях, когда он продает товары, приобретенные им у правообладателя, и когда он самостоятельно производит товары, работы или оказывает услуги с использованием комплекса прав правообладателя. В первом случае он обязан продать товар или оказать услугу, сохранив их «фирменное» качество, во втором — обеспечить собственным товарам или услугам качество оригинальных товаров или услуг правообладателя.

Пользователь также обязан оказывать своим покупателям или заказчикам все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, если бы приобретали товар или услугу непосредственно у самого правообладателя. Это может быть, например, подготовка технически сложных изделий к эксплуатации, послепродажное обслуживание или ремонт, посылка товаров по почте и т.п. Зарубежное законодательство, как отмечалось выше, допускает в таких случаях возможность использования со стороны пользователя отдельных нефраншизных (т.е. не предусмотренных франшизным соглашением) запасных частей, материалов или аксессуаров, которые франчайзи вправе приобрести у третьих лиц либо изготовить самостоятельно. Разумеется, он обязан при этом полностью соблюдать стандарты качества товара или услуги, как если бы их произвел сам франчайзер.

Обязанность оказывать дополнительные услуги третьим лицам порождает ряд вопросов: как быть, если в период действия договора

правообладатель разработает и начнет оказывать своим клиентам новые дополнительные услуги, не предусмотренные сторонами в договоре коммерческой концессии? Обязан ли при этом пользователь их оказывать автоматически, поскольку норма указывает на равный объем дополнительных услуг, на которые могут рассчитывать клиенты как правообладателя, так и пользователя? Соответственно, возникает ли у пользователя, причем также автоматически, право получать у правообладателя информацию об этих новых дополнительных услугах и требовать необходимого содействия с его стороны в приобретении навыков по их оказанию. Во всяком случае у него возникает потребность в урегулировании этих отношений, исходя при этом не только из собственных интересов, но и из интересов своих клиентов. Представляется, что стороны должны включить в договор условия, содержащие механизм реализации этой обязанности пользователя. Тем не менее необходимо, как представляется, включение в ГК императивной нормы, обязывающей обе стороны согласовывать отношения по обеспечению прав третьим лицам получать у пользователя набор дополнительных услуг, аналогичным тем, которые предоставляет или предлагает своим покупателям или заказчикам правообладатель, с тем чтобы не ущемлять интересы третьих лиц.

Стремление к отождествлению продукции пользователя и правообладателя не должно вести к отождествлению самих этих личностей. Каждый из них независим и самостоятельно несет ответственность перед третьими лицами. Вот почему ст. 1032 указывает на обязанность пользователя информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии.

Образно говоря, в отношении третьих лиц пользователь должен стремиться к двуединой цели, которая, на первый взгляд, кажется парадоксальной — одновременно создать у этих лиц иллюзию, что они получают «фирменный» товар у производителя, т.е. абсолютно ему тождественный, в помещении, оформленном так же как у «фирменного» продавца, со всеми сопутствующими услугами и т.д., и тут же эту иллюзию развеять, определенно показав, что на самом деле эти лица имеют дело с другим субъектом, который, правда, использует все эти фирменные средства на законном основании. Наиболее важно при этом проинформировать третье лицо, что таким законным основанием является договор коммерческой концессии, поскольку в отличие от других лицензионных договоров только этот договор дает возможность третьим

лицам в случае ненадлежащего качества такого «фирменного» товара рассчитывать на ответственность не только пользователя, с которым он вступает в договорные обязательственные отношения, но и на владельца «фирмы».

Нельзя также сбрасывать со счетов, что в отношении подругам основаниям, например, получая кредиты в банке, закупая сырье, заказывая оборудование, пользователь вступает как самостоятельное юридическое лицо или как индивидуальный предприниматель, приобретая права и исполняя обязанности под собственным именем. Использование чужих средств индивидуализации допускается только в целях реализации продукции, товаров, работ и услуг в той сфере предпринимательской деятельности, которая определена в договоре коммерческой концессии. Более того, свою франшизную деятельность он осуществляет отдельно и независимо от всякой иной, в том числе коммерческой деятельности.

Отдельная группа обязанностей пользователя обусловлена договором (договорами) коммерческой субконцессии. Заключение таких договоров может составлять содержание как права, так и обязанности пользователя в силу нормы ст. 1029. Иными словами, надо пояснить, почему право и когда обязанность. Важно иметь в виду, что как право, так и обязанность заключать такие субдоговоры следуют непосредственно из договора, а не из закона. Поэтому если в договоре соответствующие условия отсутствуют, ни прав, ни обязанностей по этому поводу у пользователя не возникает. В эту группу обязанностей входит обязанность согласовать с правообладателем условия таких субдоговоров и отвечать перед ним за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей в субсидиарном порядке, если иное не предусмотрено договором коммерческой концессии.

Зарубежная практика показывает, что экономический смысл такого субдоговора заключается в том, что у франчайзера появляется возможность расширять рынки сбыта своих товаров или услуг за счет средств новых участников франшизной сети и перекладывать на них часть своих предпринимательских рисков. Как уже отмечалось, причины, по которым исключительные права предоставляются не непосредственно франчайзером, а от имени и через посредство франчайзи, могут быть самыми разными. Здесь и возможная географическая отдаленность франчайзера от рынков сбыта (возможно, в другом государстве) вследствие чего для привлечения новых участников удобнее пользоваться услугами ближайшего к этим рынкам франчайзи, и незнание франчайзером местных условий и особенностей, которые могут быть хорошо известны франчайзи, и неблагоприятные налоговые

или иные условия деятельности (особенно для иностранного франчайзера), которые не распространяются на местного франчайзи, и др

В случае, если заключение субфраншизных договоров предусматривается в «основном» договоре франчайзинга как обязанность франчайзи, в нем обычно определяются и основные условия деятельности франчайзи по привлечению собственных субфранчайзи. Это - срок, в течение которого франчайзи обязан заключить то или иное число субфраншизных договоров, виды и объем передаваемых по субфранчайзингу исключительных прав, критерии, которыми должен руководствоваться франчайзи при отборе субфранчайзи (либо конкретно определенных лиц)

Поскольку юридическая природа субдоговора производна и зависима от юридической природы основного договора, то недействительность договора коммерческой концессии (в целом или в части) автоматически должна повлечь за собой недействительность договора коммерческой субконцессии (в целом или в соответствующей части). Напротив, в силу независимости договора коммерческой концессии от договора коммерческой субконцессии недействительность последнего не влечет никаких юридических последствий для первого. Особенностью коммерческой концессии, как и франчайзинга, однако, является то, что прекращение основного договора (как срочного, так и заключенного без указания срока) не обязательно лишает субпользователя предоставленных ему исключительных прав. В этом случае исключительные права пользователя обычно переходят к правообладателю без прекращения субдоговора, а субпользователь в своих отношениях с правообладателем занимает место бывшего франчайзи.

Таким образом, договор субфранчайзинга трансформируется в договор франчайзинга, поскольку перестает существовать основание его зависимой, производной природы. Понятно, что этот новый франчайзи пользуется по отношению к франчайзеру только теми правами и выполняет только те обязанности, которые были предоставлены ему по договору субфранчайзинга.

Согласно ст. 1029 ГК, эти положения действуют в том случае, если правообладатель в выраженной форме не отказался от принятия на себя прав и обязанностей по субконцессионному договору либо если стороны не предусмотрели в договоре иные последствия на такой случай.

Трансформация договора субфранчайзинга возможна при прекращении договора франчайзинга, заключенного без указания срока его действия, равно как и при досрочном прекращении договора франчайзинга, заключенного на определенный срок.

Франчайзинг подразумевает своеобразное распределение ответственности перед франчайзером, которую в случае необходимости

совместно несут франчайзи и субфранчайзи. Последний не состоит в договорных отношениях с самим франчайзером, соответственно у него нет обязательств по договору перед франчайзером. Но своими действиями субфранчайзи может причинить вред франчайзеру и поэтому он несет в таких случаях ответственность перед франчайзером. Но и франчайзи как лицо, самостоятельно осуществившее выбор субфранчайзи и контролирующее его действия, не освобождается от ответственности за такие действия, если они причинили вред франчайзеру. Ст. 1029 ГК устанавливает на этот случай субсидиарную ответственность пользователя, если в договоре коммерческой концессии (но не субконцессии) на этот счет не предусмотрено иное. Заметим попутно, что зарубежное законодательство обычно не указывает, какую долю ответственности несут франчайзи в аналогичных случаях, оставляя решение этого вопроса на усмотрение сторон франчайзинга, а при отсутствии в договоре соответствующего решения - на усмотрение суда.

Предметом договора субфранчайзинга остаются все те же «первичные» исключительные права франчайзера, которые франчайзи от своего имени предоставляет субфранчайзи в объеме и в разновидностях, устанавливаемых самим франчайзи по собственному усмотрению или по договору с франчайзером. Субфранчайзинг — это, как говорилось, производный («вторичный») франчайзинг. Поэтому к нему в полной мере применяются все те нормы законодательства, которыми регулируется франчайзинг, если только договор субфранчайзинга не предусматривает особенностей, не позволяющих применять к нему такие нормы.

Отдельную группу обязанностей пользователя формирует обязанность, обусловленная возмездным характером сделки. За предоставление в *пользование комплекса исключительных и некоторых* неисключительных прав пользователь обязан выплатить или выплачивать вознаграждение.

Ст. 1030 ГК императивно формулирует эту обязанность пользователя, поскольку договор коммерческой концессии относится к предпринимательским договорам. Стороны не могут включить в договор условие, освобождающее пользователя от исполнения этой обязанности полностью или частично, ибо по смыслу п. 1 ст. 572 это порождает отношения дарения. Дарение же в отношениях между коммерческими организациями, за исключением обычных подарков, стоимость которых не превышает пяти установленных законом минимальных размеров оплаты труда, запрещается в силу ст. 575 ГК. Этот запрет распространяется и на отношения между коммерческими организациями и гражданами-предпринимателями по смыслу п. 4 ст. 23 ГК. Размер, порядок, формы и виды вознаграждения определяются

сторонами в договоре. В ст. 1030 ГК предлагается примерный, неисчерпывающий перечень форм вознаграждения. Это - фиксированные разовые или периодические платежи, отчисления от выручки, наценка на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем пользователю для перепродажи, В договоре могут быть предусмотрены иные формы или их комбинации.

Форма вознаграждения зависит от способа формирования цены договора. Цена же может складываться из целого ряда иных показателей, достаточно разнородных и разнообразных: платежи за предварительное обучение и периодический инструктаж персонала пользователя, расходы, связанные с оформлением договора и поддержанием патентов в силе (патентные пошлины). Кроме того, если договор включает иные услуги, оказываемые правообладателем пользователю в качестве дополнительных, как это имеет место за рубежом, договор будет включать также плату за них.

К таким услугам, в частности, относятся услуги по осуществлению текущего или периодического учета и отчетности пользователя: за аудит, рекламу торговой марки, за посредничество правообладателя с арендодателями, лизингодателями, кредиторами франчайзи, за исследование местной рыночной конъюнктуры, приспособление к требованиям местного законодательства, за подготовку и (или) размещение производственных и складских помещений франчайзи, оформление внешнего вида и интерьеров помещений, выкладку товаров, расстановку персонала, за оплату франчайзером регистрационных сборов, пошлин, оформление лицензий и другие услуги франчайзера.

Российское законодательство не предусматривает возможности включения в договор всех этих услуг в качестве дополнительных, служащих целям эффективного функционирования сети коммерческой концессии. Поэтому, включая условия о таких услугах в договор коммерческой концессии, следует быть осторожным, чтобы вследствие этого предмет договора не был существенно изменен. В этом случае договор может утратить свою природу и будет рассматриваться как смешанный договор.

Хотя в законе нет прямого указания на то, что вознаграждение правообладателя может осуществляться только в денежной форме, по смыслу ст. 1030 предполагается именно денежная форма возмездности. Указание в статье на форму платежей относится скорее к способу формирования (исчисления) платежа. В любом случае эта форма исключает возможность раздела между сторонами дохода пользователя от использования исключительных прав правообладателя, поскольку в этом случае в договоре явно возобладает природа договора о совместной деятельности.

Представляется удобным использовать сочетание фиксированного разового платежа и периодических платежей. Разовый платеж – аналог паушальной оплаты в лицензионных договорах, которая выплачивается в момент предоставления лицензии, в нашем случае – по факту заключения договора или его государственной регистрации. Периодические платежи – аналог роялти, которые выплачиваются в течение всего срока действия договора. Размер роялти может быть фиксированным или представлять собой процент от дохода, оборота пользователя или иных показателей. Последний способ не всегда удобен, поскольку требует от правообладателя контроля за оборотом, финансами и бухгалтерией пользователя, поэтому на практике часто используют фиксированный размер роялти.

Пользователь вправе в одностороннем порядке требовать изменения цены договора, т.е. соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения вследствие изменения правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения, права на использование которых входят в комплекс исключительных прав. Также пользователь вправе требовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения, если в период действия договора прекратилось иное исключительное право, входящее в этот комплекс, в связи с истечением срока его действия или по иным основаниям. Последнее правило, правда, сформулировано в диспозитивной норме ст. 1040 ГК, и, следовательно, стороны могут предусмотреть в договоре иное регулирование, в том числе и исключить данное право правообладателя.

Анализ правового регулирования позволяет выявить и некоторые другие права пользователя, которым корреспондируют обязанности правообладателя. Это, например, право пользователя разрешать другим лицам использование предоставленного ему комплекса исключительных прав или части этого комплекса на условиях субконцессии, право требовать расторжения договора и возмещения убытков в случае изменения правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения, права на использование которых входят в объект договора, а также требовать возмещения убытков в связи с прекращением этих прав, повлекших прекращение договора.

В силу императивной нормы ст. 1035 ГК РФ пользователь, который надлежащим образом исполнял свои обязанности, вправе требовать от правообладателя заключения договора с ним на новый срок и на тех же условиях. Это право существенно отличается от преимущественного права на заключение договора на новый срок, например по договору аренды, или преимущественного права покупки доли

в общей собственности. Преимущественное право предполагает возможность заключения договора на новых условиях, причем таких, которые предлагает третьим лицам прежний арендодатель или продавец. А в данном случае пользователь вправе требовать заключения нового договора на условиях прежнего договора.

Нормы ГК, регулирующие данные отношения, сформулированы явно благоприятно для российского пользователя. По зарубежному законодательству аналогичное право франчайзи осложняется различными оговорками (например, требованием наличия^Р в договоре выраженного или подразумеваемого условия о намерении франчайзи возобновить договор после его истечения либо условия о предварительном уведомлении франчайзера о таком намерении, или требованием предварительной уплаты франчайзеру определенной суммы за право на заключение нового договора). Такие условия существенно ослабляют права франчайзи и превращают заключение договора на новый срок в одну из наиболее конфликтных сфер франчайзинга.

Действительно, франчайзи (или пользователь), вложив свои средства в деятельность, основанную на договоре франчайзинга, имея уже обученный и подготовленный персонал, инфраструктуру, которая соответствует требованиям договора, приняв на себя экономические риски, связанные с нею, заинтересован в случае успеха в продолжении этой деятельности. Интерес правообладателя в возобновлении договора также обуславливается успешным ведением бизнеса пользователем при надлежащем исполнении последним своих договорных обязательств. Причем, если договор заключен на неопределенный срок, считается, что стороны будут использовать свое право на отказ от него лишь в случае утраты интереса.

Что же касается договора, срок которого определен, то при сохранении к нему интереса обеих сторон можно либо по общему согласию изменить условие о сроке, увеличив его, тогда договор сохраняется на всех прежних условиях, либо заключить новый договор. Однако новый договор, если бы он заключался по взаимному согласию, естественно требовал бы учета воли обеих сторон в согласовании новых условий, в том числе условия о возмездности. Однако при этом большая заинтересованность в возобновлении договора у пользователя, чем может воспользоваться правообладатель и навязать пользователю новые условия, которые ему могут быть невыгодны. Поэтому законодатель сформулировал императивно норму, в которой предоставил пользователю право требовать от правообладателя по истечении срока договора заключить аналогичный договор на новый срок.

Право на возобновление договора предоставляется лишь пользователю, который не нарушал условия закончившегося договора. Если опираться на презумпцию добросовестности, сформулированную в п. 3 ст. 10 ГК, отказ правообладателя от заключения договора на новый срок с прежним пользователем будет правомерным, если он докажет, что ранее имело место ненадлежащее исполнение пользователем своих обязанностей. Таким доказательством могут служить направленные пользователю претензии, удовлетворенные судом иски и т.п.

Единственная причина, по которой правообладатель может отказать добросовестному пользователю в заключении договора на новый срок, это нежелание заключать подобные договоры вообще. В этом случае доказательством может служить только воздержание правообладателя от заключения аналогичных договоров с другими лицами в пределах территории действия прежнего договора. Такой запрет действует в течение трех лет с момента прекращения договора коммерческой концессии. Этот запрет распространяется и на право согласия правообладателя на заключение договоров субконцессии в пределах этой же территории. Таким образом, этот отказ по существу не всегда связан с личностью прежнего пользователя, это может быть обусловлено нежеланием вообще заключать договор с кем бы то ни было или с решением прекратить правообладателем распространять свою франшизную сеть на указанную территорию прекратившегося договора. Однако, если правообладатель впоследствии пожелает включить в свою франшизную сеть эту территорию, он опять-таки должен направить оферту, т.е. предложить заключить договор прежнему контрагенту. Иными словами, у бывшего пользователя в течение трех последующих лет сохраняется право на возобновление договора. Обязанность заключить новый договор с прежним пользователем сформулирована в норме альтернативно, поскольку второй вариант поведения прежнего правообладателя в этой ситуации — это возмещение бывшему контрагенту понесенных убытков. Право выбора среди двух вариантов поведения — у должника, как на это указывает общее правило ст. 320 ГК. Если бывший правообладатель решил выбрать первый вариант, он должен направить бывшему пользователю оферту, содержащую такие условия, которые должны быть не менее благоприятны для пользователя, чем условия прекратившегося договора.

Это последнее требование содержится в п. 2 ст. 1035 ГК, тогда как в п. 1 этой же статьи говорилось, что новый договор должен быть заключен на тех же условиях, что и прежний договор. Формулировку п. 2 следует признать более удачной, потому что заключить договор на прежних условиях иногда бывает невозможно в силу обстоятельств

объективного порядка. Как уже говорилось в прежних главах книги, в зарубежном законодательстве не существует столь четко изложенной обязанности франчайзера заключить новый договор с франчайзи по истечении срока действия прежнего договора, как и обязанности придерживаться трехлетнего моратория на аналогичную франшизную деятельность на бывшей франшизной территории, либо возместить бывшему франчайзи убытки, причиненные невозобновлением договора. По этой причине зарубежный франчайзи часто бывает вынужден добиваться реализации своих прав на заключение нового договора посредством иных, общих норм обязательственного и договорного права, опираясь на принципы «справедливости», «добросовестности», доброй воли сторон, «добросовестных намерений» и т.п. В смысле положения ст. 1035 ГК РФ российское законодательство выглядит в этой части более разработанным в сравнении с зарубежным законодательством.

Если прежний правообладатель решил заключить договор с другим лицом, то он обязан возместить прежнему пользователю убытки. Законодатель, однако, не указывает на причину этих убытков, что в данном случае важно для их исчисления и установления причинно-следственной связи. Поэтому возникает вопрос: эти убытки связаны с незаключением договора в течение трехлетнего периода или к ним можно приплюсовать в том числе и убытки, вызванные отказом от заключения договора непосредственно после окончания предыдущего? Представляется, что бывший пользователь вправе рассчитывать на возмещение убытков, вызванных и тем, и другим обстоятельством.

Срок существования рассмотренных обязанностей правообладателя и соответствующих им прав пользователя ограничен тремя годами с момента прекращения прежнего договора. Следовательно, по истечении этих трех лет правообладатель снова может воспользоваться свободой выбора контрагента и условия договора в силу действия принципа свободы договора, сформулированного в ст. 1 и в ст. 421 ГК.

Особое внимание законодателя к формулированию дополнительных прав пользователя, причем в ряде случаев в императивной форме, создание альтернативы, выбора использования того или иного права, свидетельствует о стремлении в большей мере учитывать интересы пользователя как более слабой в экономическом отношении стороны. Хотя при этом, представляется, еще далеко не исчерпаны резервы в выработке иных норм, позволяющих лучше защищать эти интересы. Так, конструкция договора, заключенного без указания срока, дает право любой стороне во всякое время от него отказаться, уведомив об этом другую сторону не менее чем за шесть месяцев, если другой срок не установлен договором. Поскольку начиная франчайзинговую

деятельность пользователь вкладывает в нее немалые средства, берет на себя большие риски, а отдача предполагается только через определенное время, прекращение договора через полгода после его заключения способно привести его к краху. В этой связи было бы целесообразным включить в закон норму, согласно которой своим правом на отказ от договора правообладатель вправе воспользоваться не ранее установленного договором срока, а, возможно, такой минимальный срок даже установить в законе.

*is**it**\$c*

Круг обязанностей сторон договора коммерческой концессии не исчерпывается теми, которые рассмотрены выше. Отдельную группу обязанностей составляют такие, которые возникают вследствие неисполнения или ненадлежащего исполнения договора. Это обязательства в форме ответственности за нарушение договора: обязанность нарушителя возместить убытки другой стороне — в полном или ограниченном объеме. При этом, учитывая предпринимательский характер договора, нельзя включить в договор условие об освобождении от возмещения убытков в целом, если только за подобное нарушение не установлена обязанность нарушителя уплатить исключительную неустойку. Помимо этого стороны могут использовать различные формы обеспечения исполнения обязательств каждой стороной. Эти меры также порождают, в случае их использования, дополнительные обязанности сторон, в том числе и дополнительную ответственность. Помимо ответственности, санкции за нарушение договора могут включать и такие, как право стороны в одностороннем порядке изменить отдельные условия договора, а также требовать его расторжения (в том числе во внесудебном порядке) или отказаться от исполнения договора. Хотя законодатель в общих нормах об обязательствах и договорах, в специальных нормах о договоре коммерческой концессии и сформулировал подобные права и обязанности сторон, однако всегда надо помнить, что в нормативных актах невозможно предусмотреть все особенности, которые должны быть отражены в конкретном договоре. Поэтому потенциальные участники сами должны проанализировать ситуацию с тем, чтобы наиболее полно и четко сформулировать в договоре обязанности и права сторон в целях эффективной организации их деятельности и создания механизмов максимально-го избежания негативных последствий разного рода рисков.

§ 8. Ограничения прав сторон по договору коммерческой концессии

Современный франчайзинг практически не обходится без ограничений прав, а следовательно, правоспособности сторон. Этот подход наблюдается и в российском законодательстве. Согласно общему правилу, никто не может быть ограничен в правоспособности и дееспособности иначе, как в случаях и в порядке, установленных законом, а сделки, направленные на ограничение правоспособности и дееспособности, ничтожны, за исключением случаев, когда такие сделки допускаются законом (см. ст 22 и ст 9 ПС).

Таким образом, ст. 1033 ГК как раз и представляет собой такой случай, когда законом допускается возможность ограничения правоспособности сторон на основании договора коммерческой концессии. Безусловно, такие ограничения имеют место только на срок действия договора и в пределах территории его действия. Перечень тех прав сторон, которые могут быть ограничены договором (по существу речь идет о добровольном отказе каждого из участников от таких прав), не является исчерпывающим. Иными словами, в договоре можно ограничить и иные права участников. Такой подход законодателя представляется излишне широким и нарушающим технику правоприменения, согласно которой исключения из общего принципа нельзя толковать распространительно, а само исключение должно быть сформулировано предельно четко. Тем не менее остановимся на характере прав, поименованных в ГК для целей их ограничения в договоре.

В отношении правообладателя законодатель устанавливает возможность ограничения его права предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав либо использовать этот комплекс самому. Ограничение данного права сформулировано как обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории. Если опираться на сущность исключительного права как права, формирующего монополию правообладателя в отношении использования своего объекта, можно придти к выводу об избыточности данной нормы.

Исключительное право представляет собой юридически обеспеченную возможность субъекта на следующие действия: самому использовать объект этих прав, разрешать другим лицам использовать этот объект. Исключительное право формирует абсолютное правоотношение,

когда правообладателю противостоит неограниченный круг обязанных субъектов, единственной обязанностью которых является соблюдение запретов на любые действия (бездействия), нарушающие права правообладателя или препятствующие ему в их осуществлении. Если правообладатель предоставляет другому лицу по договору исключительное право (разрешает использовать свой объект исключительных прав на основании исключительной лицензии), это значит, что сам он не вправе использовать этот объект теми способами, которые согласованы сторонами в договоре в течение срока его действия и в пределах согласованной территории. Таким образом, даже если это ограничительное условие не будет включено в договор, запрет на использование тех объектов, исключительные права на использование которых формируют объект договора, будет следовать непосредственно из соответствующих нормативных актов (например, п.1 ст. 13 Патентного закона, п.2 ст. 30 закона об авторском праве). Этот запрет обусловлен тем, что, временно предоставив исключительное право другому лицу, правообладатель дает этому лицу возможность выступать монополистом. Следовательно, правообладатель не вправе нарушать такую монополию пользователя, осуществляя аналогичную деятельность в пределах согласованной территории в течение срока действия договора или предоставляя такое право другим лицам.

Ограничение прав пользователя выражается в принятии им на себя обязательства не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав. Частным случаем проявления такой конкуренции могло бы быть продвижение на рынке товаров конкурентов правообладателя, причем также на основании договоров коммерческой концессии. Именно поэтому договор может включать в себя условие об отказе пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов правообладателя, включая потенциальных, т.е. об отказе от своего права на заключение договоров данного вида. Собственно говоря, и вышеупомянутое обязательство правообладателя также направлено на то, чтобы не конкурировать самому с пользователем и не создавать ситуации, в которой конкурентом будет другое лицо, получившее от него разрешение на использование объектов исключительных прав. В экономическом смысле стороны имеют одинаковый интерес — продвигать тождественный товар на рынке, по существу разделив этот рынок территориально. Таким образом, условия, направленные на ограничения их

прав, служат тому, чтобы они выступали как партнеры, а не конкуренты, и не допускали, в том числе, возможности конкурировать с ними другим лицам в отношении тождественного или аналогичного товара

Обязанность пользователя согласовывать с правообладателем место расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление, вряд ли можно рассматривать как ограничение его прав, как составляющих содержание прав-воспособности. Представляется, что данная обязанность имеет регулятивный договорный характер, и норма, которая ее формулирует, уместнее поместить в ст. 1032 ГК. Вообще в ст. 1033 ГК необходимо включить только нормы, направленные на ограничение таких прав контрагентов, использование которых может нарушить монополию пользователя в пределах «его» территории или создать ситуацию конкуренции контрагентов в отношении товаров, работ и услуг, которые каждый из них предлагает на рынке с использованием комплекса исключительных прав на одни и те же объекты интеллектуальной (промышленной) собственности

Этой логике следуют и нормы, включенные в эту же статью. Эти нормы нацелены на недопущение злоупотребления исключительными правами в целях диктата на рынке, ущемления прав и законных интересов других лиц. На это указывает включенная в ст. 1033 норма, согласно которой ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа²⁵⁹ или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству. Центральное место в этом законодательстве занимает Закон РСФСР «О конкуренции и ограничении монополистической деятельности на товарных рынках» 1991 г (с последующими изменениями и дополнениями). Принципиальным моментом, зафиксированным в п. 2 ст. 2 этого закона, является указание на то, что он не распространяется на отношения, связанные с объектами исключительных прав, за исключением случаев,

¹⁵⁹ В связи с реформой федеральных органов исполнительной власти (См. Указ Президента РФ от 09.03.2004 № 314 «О системе и структуре федеральных органов исполнительной власти») принято Постановление Правительства РФ от 07.04.2004 № 189 «Вопросы федеральной антимонопольной службы», в котором названы такие функции антимонопольного органа, как надзор и контроль за соблюдением законодательства о конкуренции на товарных рынках, законодательства о естественных монополиях.

когда соглашения, связанные с их использованием, направлены на ограничение конкуренции.

Аналогичное положение содержится, как отмечалось, и в зарубежном законодательстве. Согласно, например, Регламенту № 4087/88 Комиссии Европейского союза при констатации Комиссии наличия во франшизном соглашении условий, выходящих за пределы разрешенных для франчайзинга ограничительных обязательств сторон, конкретное соглашение лишается права освобождения от запретов антимонопольной статьи 81 Римского договора. Но, пока наличие таких незаконных условий соглашения не доказано, франчайзинг автоматически освобождается от действия упомянутой антимонопольной статьи 81.

На защиту прав и законных интересов других лиц направлены положения п. 2 ст. 1033 ГК, согласно которым признаются ничтожными два конкретных условия, ограничивающих права сторон по договору. В частности, ничтожным является условие, по которому правообладатель получает право определять цену товаров, работ или услуг, которые соответственно продает, производит или оказывает пользователь, либо устанавливать верхний или нижний предел таких цен. Смысл этой нормы закона очевиден: законодатель стремится не допустить ценового сговора сторон и, как следствие, господства на рынке монопольно устанавливаемых цен.

Ничтожным является и условие, согласно которому пользователь получает право продавать товары, производить работы или оказывать услуги исключительно определенным категориям покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории. И в данном случае смысл нормы очевиден: законодатель не допускает появления в договоре условий, позволяющих дискриминировать те или иные категории покупателей или заказчиков (например, по национальным, религиозным или каким-либо иным мотивам). Пользователь также не вправе продавать товары (оказывать услуги) только лицам, проживающим или работающим на закрепленной за ним территории. Он обязан обслуживать всех обращающихся к нему лиц, хотя они могут проживать или работать на соседних франшизных территориях той же франшизной сети, что может не нравиться другим франчайзи. Но франчайзинг не исключает внутрисетевой конкуренции, и это является его преимуществом. Кроме того, нельзя забывать и о действии нормы ст. 426 ГК о публичном договоре, поскольку договоры пользователя с другими лицами в связи с осуществлением им предпринимательской деятельности в рамках договора коммерческой концессии, как представляется, должны быть отнесены

к таковым Согласно этой норме, отказ коммерческой организации от заключения публичного договора при наличии возможности предоставить потребителю соответствующие товары, услуги, выполнить для него соответствующие работы не допускается Более того, коммерческая организация не вправе оказывать предпочтение одному лицу перед другим в отношении заключения публичного договора, кроме случаев, предусмотренных законом и иными правовыми актами (например, законом о ветеранах)

Итак, взаимные ограничения обуславливаются тем обстоятельством, что стороны осуществляют свою деятельность в одной и той же сфере предпринимательства, и чтобы поддерживать отношения сотрудничества, без которых франчайзинг невозможен, сторонам требуется соблюдать два условия Во-первых, они должны действовать на рынке согласованно, посредством взаимных уступок и самоограничений Во-вторых, их действия не должны противоречить требованиям антимонопольного законодательства

Включение норм об ограничении прав сторон в главу о коммерческой концессии было бы излишним, если бы законодатель опирался на лицензионную природу отношений по предоставлению в пользование исключительных прав, даже если речь идет о такой их совокупности, которая формирует из них комплекс

В то же время, как уже отмечалось в прежних параграфах настоящей главы, такие ограничительные условия в отношении свободного использования прав, видимо, необходимо внести в закон в отношении договоров по передаче имущества в форме вещей (поставка), которые производятся правообладателем и затем передаются им пользователю для продажи с использованием при реализации этих товаров исключительных прав правообладателя

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Сравнение российского законодательства в области коммерческой концессии и зарубежного в области франчайзинга позволяет сделать вывод о том, насколько российское законодательство соответствует целям правового регулирования и какие шаги желательно предпринять в целях его дальнейшего совершенствования. Прежде всего, необходимо отметить, что глава 54 ГК с учетом общих положений Гражданского кодекса РФ, в том числе об обязательствах и договорах, безусловно, составляет определенную правовую основу для развития нормативной базы франчайзинга в его современном понимании. В частности, как отмечалось, глава 54 ГК детально регулирует отдельные договорные связи между правообладателем и пользователем, в том числе такие, которые зарубежное законодательство о франчайзинге оставляет за пределами своего прямого регулирования. В результате стороны договора франчайзинга за рубежом вынуждены руководствоваться только общими нормами обязательственного права или формулировать свои «инициативные» условия, которые в теории договорного права именуют случайными.

Вместе с тем ни глава 54 ГК, ни общие положения гражданского законодательства РФ сами по себе не представляются достаточными для полноценного, эффективного развития франчайзинга в России. Опираясь на существующую правовую основу, следует идти по пути создания отдельного, самостоятельного законодательства о франчайзинге, включающего в себя специальный федеральный закон. Такой закон позволит соединить в одном нормативном акте наряду с нормами гражданского права нормы других отраслей, в частности административного, в целях регулирования отношений участников франчайзинга с органами государственной власти и местного самоуправления. Учитывая сформулированный в ст. 3. ГК приоритет его

норм перед гражданскими нормами, содержащимися в других федеральных законах, необходимо включить в ГК отсылочную норму к специальному закону, что позволит учитывать особенности отношений в области франчайзинга

Наряду с разработкой специального закона представляется необходимым провести работу по устранению содержащихся в ГК и других нормативных актах тех противоречий, крупных пробелов и отдельных неточностей, о которых говорят российские цивилисты

Работа по совершенствованию законодательства в рассматриваемой сфере безусловно должна опираться на целостную и непротиворечивую правовую концепцию, выработка которой возможна при опоре на достижения современной теории гражданского права. Однако теоретические воззрения на существо и природу рассматриваемых отношений не отличаются единством как в России, так и за рубежом, что объясняется не в последнюю очередь новизной самого явления. Тем не менее есть такие вопросы, без решения которых дальнейшее движение в правовой сфере явно невозможно

Во-первых, это вопрос о сохранении понятия «коммерческая концессия» как родового или использования его как видового в отношении родового понятия франчайзинга. Представляется необходимым использовать термин «франчайзинг» как родового, заменив им термин «коммерческая концессия» в российском законодательстве. Соответственно стороны договора тогда следует именовать – франчайзер и франчайзи. Термин «коммерческая концессия» можно использовать для наименования такой разновидности франчайзинга, как сбытовой франчайзинг, когда франчайзи использует комплекс исключительных прав франчайзера для продажи товара правообладателя. Это может быть также товар, произведенный третьим лицом по лицензии франчайзера для целей реализации через франчайзинговую цепь. При этом деление договора франчайзинга на отдельные виды и их специальное регулирование может быть предметом закона о франчайзинге.

Во-вторых, необходимо определить природу данного договора и соответствующих отношений. Как отмечалось в работе, отнесение договора франчайзинга к типу лицензионных договоров позволит автоматически исключить эти договоры из сферы действия антимонопольного законодательства, использовать отсылочные нормы к соответствующему регулированию в отношении исключительных прав на отдельные объекты, входящие в объект договора. При этом представляется необходимым, чтобы законодатель продолжил идею исключительности (эксклюзивности) применительно к поставке товаров, когда франчайзи реализует не свой товар, а товар, изготовленный

правообладателем или по лицензионному соглашению с ним третьим лицом. В частности, сформулировать норму о том, что если поставка товара осуществляется для целей договора франчайзинга, стороны вправе включить в договор поставки условие, ограничивающее право поставщика заключить аналогичные договоры с другими лицами на закрепленной за франчайзи территории в течение срока его действия.

В-третьих, надо окончательно определиться с характером прав на охраняемую коммерческую информацию и коммерческое обозначение. Признание этих прав как исключительных требует специального оформления. В настоящее время ни ГК РФ, ни ФЗ «О коммерческой тайне» не содержат указания на то, что права на такую информацию имеют исключительный характер. Также необходимо разработать и закрепить в нормах права определение такого понятия, как коммерческое обозначение.

В работе над законопроектом «О франчайзинге» должна быть учтена отчетливо проявляющаяся в зарубежной практике тенденция к более надежной охране прав и интересов франчайзи, как экономически более слабой стороны договора франчайзинга. В первую очередь, как уже говорилось в главах книги, посвященных франчайзингу за рубежом, следует восполнить недостаток законодательной базы в части требований к достоверности информации франчайзера о его «фирменном бизнесе», предоставляемой еще до заключения договора франчайзинга. От качества такой информации, как уже неоднократно говорилось, во многом зависят результаты предпринимательской деятельности франчайзи.

По опыту других стран целесообразно, в частности, установить минимальный обязательный перечень сведений о «фирме» франчайзера, его франшизном опыте и стаже, о его франшизной сети, а также определить разумный срок для ознакомления потенциального франчайзи с такой информацией и принятия им осознанного решения. В интересах обеих будущих сторон, по-видимому, также формализовать их преддоговорные отношения, что позволит франчайзеру требовать от франчайзи соблюдения конфиденциальности передаваемой информации и оплаты возможных фактических расходов франчайзера на преддоговорные услуги для франчайзи, а последнему — гарантировать учет и при необходимости возврат любых предварительно уплаченных франчайзеру сумм либо зачет таких сумм в качестве вступительного (начального) взноса франчайзи после заключения договора франчайзинга.

На случай, если подобные преддоговорные обязательства одной или обеих сторон действительно имеют место, можно потребовать зафиксировать их во временном письменном договоре. Но такой

договор, если в нем не предусмотрено иное, не должен обязывать франчайзи заключать «основной» договор франчайзинга или предопределять его существенные условия или его предмет.

Законодательные положения о преддоговорном раскрытии информации могут быть изложены как в специальном законе о франчайзинге, так и в Гражданском кодексе — в виде общих требований к группе предпринимательских договоров, заключение которых невозможно без предварительного ознакомления одной из сторон с конфиденциальной информацией о правах, которые по договору предоставляет ей другая сторона. К таким договорам относятся некоторые категории лицензионных соглашений, соглашений о передаче технологии, агентских и представительских договоров и др. В частности, во Франции закон о преддоговорном («предпродажном») раскрытии информации распространяется на группу подобных договоров, включая франчайзинг. В США известное Постановление ФТК № 436 рассчитано только на франчайзинг, тогда как законы о преддоговорном раскрытии информации в различных штатах США, воспринявших требования Постановления № 436, адресованы либо только франчайзингу, либо более широкому кругу договоров.

Позиции франчайзи нуждаются в дополнительной законодательной поддержке и по условиям уже заключенного договора франчайзинга. Цель таких законодательных положений должна сводиться прежде всего к тому, чтобы исключить навязывание франчайзером франчайзи удобных для себя условий договора. Зарубежная практика франчайзинга дает много примеров, когда франчайзи вынужден соглашаться на заведомо неблагоприятные для него условия договора из опасения потерять еще больше, если он не согласится на такие условия. При этом договор формально не содержит никаких нарушений закона. И оспорить в судебном порядке такие условия франчайзи не в состоянии, потому что он осознанно согласился на них. Такая ситуация — прямое следствие экономического доминирования франчайзера.

В законе о франчайзинге помимо предусмотренных в главе 54 ГК средств удовлетворения прав и законных интересов франчайзи должны содержаться положения, прямо запрещающие (под угрозой признания их ничтожными) условия договора, по которым франчайзи заведомо и бесспорно соглашается на любую передачу в любой момент франчайзером прав франчайзи третьим лицам или принятию их на себя самим франчайзером, замену существующих договорных обязательств франчайзи новыми, отказ франчайзи от своих прав или отказ от оспаривания неблагоприятных для него действий франчайзера. Должны быть исключены из договора и условия, препятствующие

франчайзи объединяться в защиту своих прав и законных интересов на сетевом, отраслевом или национальном уровне

Среди оснований для досрочного прекращения франчайзером или отказа от возобновления им договора франчайзинга особое место занимает неоспоримое право франчайзера единолично решать, справляется франчайзи со своими обязанностями по договору или нет. Суды в таких случаях, как показывает зарубежная практика, часто не в состоянии отстоять интересы франчайзи, потому что определить, насколько «эффективен» или «неэффективен» франчайзи, может только франчайзер. Хотя в главе 54 ГК лучше, чем в зарубежном законодательстве сформулированы положения о компенсации франчайзи на случай одностороннего прекращения или невозобновления договора франчайзером, они не гарантируют франчайзи от неоправданных материальных потерь,

Одним из средств, способных хотя бы частично обеспечить интересы франчайзи, могла бы стать выработка нормативных типовых условий договора, позволяющих не только ограничить произвольные действия франчайзера, но в определенной степени снизить и субъективизм его требований к франчайзи. Тем самым можно добиться большей четкости и объективности критериев эффективности или неэффективности франчайзи. Такие типовые договоры могут быть приняты для франчайзинга в разных отраслях экономики или для франчайзинга, реализуемого в сходных экономических условиях.

Полезно также, как представляется, заимствовать положение законодательства некоторых стран, которое вводит ограниченный перечень оснований, в силу которых франчайзер имеет право в одностороннем и несудебном порядке прекратить договор франчайзинга или отказаться от его возобновления.

Разумеется, предлагаемые дополнения законодательства о франчайзинге никак не посягают на законные права франчайзера по договору. Главные из них — на неприкосновенность интеллектуальной собственности франчайзера и на получение должного результата от использования такой собственности другой стороной договора — в достаточной степени гарантированы положениями главы 54 ГК. Было бы, на наш взгляд, полезно даже еще усилить эти гарантии, введя в будущий закон о франчайзинге понятие франшизной сети и ее общих интересов. Тогда можно было бы оправдать некоторые неблагоприятные для индивидуального франчайзи действия франчайзера такими общими интересами франшизной сети.

Участие иностранных франчайзеров во франшизной деятельности в России и, главное, задачи сближения российского законодательства

с законодательством рыночно развитых стран (в первую очередь государств ЕС) неизбежно потребуют аналогичного использования понятий зарубежного франчайзинга в российском праве С этой целью необходимо будет выработать в законе о франчайзинге единообразную терминологию и дать понятия франчайзера, франчайзи, конечного потребителя франшизной продукции (покупателя, заказчика, услугополучателя), франшизных товаров, услуг или работ, уполномоченных (назначенных) франчайзером лиц для поставки товаров для франчайзи, франшизного помещения, франшизной территории, франшизных товаров или услуг и некоторых других Нуждаются в законодательном определении и отдельные виды франчайзинга (торговый, сервисный, производственный) В конечном счете, как уже говорилось, в перенаименовании нуждается и сама глава 54 ГК

Как представляется, в законе о франчайзинге должно быть закреплено понятие франшизы как пакета исключительных прав франчайзера, которая свободно (но с оговорками об особом статусе объектов интеллектуальной собственности) продается, покупается или возвращается франчайзеру Такая трактовка франшизы, на наш взгляд, способствует усилению оборотоспособности объектов интеллектуальной собственности, их рыночной капитализации и коммерческой привлекательности

Развитие франчайзинга потребует изменений не только в гражданском законодательстве, определенные коррективы должны быть внесены в антимонопольное законодательство Для этого понадобится предварительно переосмыслить роль и место некоторых видов договоров (франшизных, лицензионных, о кооперации и др) в современных рыночных отношениях Памятуя уроки эволюции зарубежного антимонопольного законодательства по отношению к франчайзингу, необходимо отказаться применительно к нему от таких упрощенных критериев оценки антирыночных и антиконкурентных действий, как создание монопольных объединений или превышение субъектом рынка законодательно установленных пороговых рыночных позиций (допустимых процентных значений)

Взамен предстоит более широко оценивать франчайзинг как договор, который своим совокупным эффектом способствует расширению и развитию рынка и, в конечном счете, выгоден всем трем ключевым субъектам франшизного сегмента рынка прежде всего потребителю, затем — франчайзеру и франчайзи Такой эффект договор с взаимными ограничениями сторон способен создать только в одном случае, а именно, когда он предусматривает создание вертикально интегрированной производственной или распределительной системы, в которую

франчайзи встраивается как функциональное технологическое звено, оставаясь в финансово-экономическом и юридическом отношении совершенно независимым от франчайзера.

Такая законодательная трактовка франчайзинга позволяет отделить его от разного рода «горизонтальных» договорных структур (картельных, пирамидальных и т.п.), стороны которых согласованно участвуют в разделе рынка. Они-то, как правило, и ограничивают свободу конкуренции и тем самым подрывают рынок.

Когда российское законодательство и суды научатся улавливать эти особенности франчайзинга, исчезнет почва для его отождествления с незаконными ограничительными договорными структурами.

Инвестиционное законодательство РФ также нуждается в существенных поправках в связи с появлением в гражданском законодательстве договора франчайзинга. Франчайзер — это инвестор, а принадлежащие ему объекты интеллектуальной собственности и права на них — общепризнанная разновидность капитальных вложений в экономику. Задача заключается в том, чтобы придать объектам интеллектуальной собственности франчайзера статус прямых инвестиций, что позволит распространить на них некоторые льготы, предусмотренные, в частности, законом об иностранных инвестициях в РФ. Пока к договорным (некорпоративным) формам прямых инвестиций относится только лизинг. Логика законодателя в данном случае непонятна. Существуют и другие, помимо лизинга, договорные (без создания юридического лица) формы осуществления прямых инвестиций в реальный сектор экономики: тот же франчайзинг, лицензионные соглашения, договор простого товарищества, соглашения о разделе продукции, о передаче технологии и др. Все, что требуется ~~ это причислить инвестиции, осуществляемые в российскую экономику по таким договорам, к прямым инвестициям. Тем самым франчайзингу будет обеспечен относительно благоприятный инвестиционный режим.

Определенные коррективы с учетом особенностей франчайзинга должны быть внесены и в налоговое законодательство. Вряд ли для франчайзинга необходим специальный налоговый режим, устанавливаемый Налоговым кодексом для отдельных видов предпринимательской деятельности. Слишком разнятся по своему экономическому и юридическому положению налогоплательщики — стороны франчайзинга.

Франчайзеры — это, как правило, юридические лица, зачастую крупные коммерческие компании и акционерные общества. Франчайзи — в основном индивидуальные предприниматели. Франчайзи в тех случаях, когда их бизнес соответствует критериям малого предпринимательства,

безусловно, должны облагаться налогами по правилам, установленным для малых предприятий. Франчайзеры и франчайзи — юридические лица, пользующиеся общим налоговым режимом.

Эти очевидные положения не снимают вопроса об особенностях налогообложения объектов интеллектуальной собственности, передача и использование которых составляют предмет договора франчайзинга. Такие особенности применительно к исчислению и взиманию налогов с франчайзеров и франчайзи (равно как и с других правообладателей и пользователей) должны быть четко сформулированы в Налоговом кодексе. Не затрагивая вопроса о создании для франчайзинга благоприятного налогового режима, просто отметим, что этот вопрос в высшей степени актуален. Франчайзинг — один из наиболее эффективных способов развития рыночных отношений, распространения передовых методов предпринимательства, инновационного бизнеса, новейших маркетинговых технологий. Он как нельзя лучше подходит к условиям России с ее **сформировавшимся** рынком, малоцивилизованной торговлей и запущенным либо просто отсутствующим сервисом.

Представляется, что развитию франчайзинга в России может также содействовать разработка практически отсутствующего ныне законодательства о современной сетевой торговле и сервисе, о купле-продаже бизнеса, о логистике — системе оптимальной организации (совмещения) разных видов грузопотоков и транспортно-складского хозяйства.

ПРИЛОЖЕНИЕ

РЕГЛАМЕНТ КОМИССИИ (ЕС) №4087/88

от 30 ноября 1988 года

о применении статьи 85(3) Договора¹ к отдельным видам
франшизных соглашений

КОМИССИЯ ЕВРОПЕЙСКИХ СООБЩЕСТВ,

Принимая во внимание Договор, учреждающий Европейское Экономическое Сообщество,

Принимая во внимание Постановление Совета № 19/65/ЕЭС от 2 марта 1965 года о применении статьи 85(3)² Договора к отдельным видам соглашений и согласованной торговой практики³, с дополнениями, внесенными Актом о вступлении Испании и Португалии, и, в частности, в статью 1 указанного документа,

Опубликовав проект настоящего Регламента⁴,

Проведя консультации с Консультативным Комитетом по ограничительной торговой практике и доминирующему положению на рынке

Принимая во внимание, что

(1) Постановление № 19/65/ЕЭС уполномочивает Комиссию при
менять статью 85(3) Договора посредством Регламента к отдельным
видам двусторонних исключительных соглашений, подпадающих под

1 Римский договор 1957 г о создании ЕЭС

2 Ныне статья 81 (3)

3 Official Journal, N 36, 06 03 1965

4 Official Journal, N C 229, 27 08 1987, p 3

сферу действия статьи 85(1)⁵, которые имеют своей целью либо исключительный сбыт, либо исключительную закупку товаров, или включают ограничения, вводимые в связи с передачей или использованием прав промышленной собственности

(2) Франшизные соглашения по существу состоят из лицензий на право промышленной или интеллектуальной собственности, относящейся к торговым маркам или товарным знакам и ноу-хау, которые могут быть объединены с ограничениями, относящимися к поставке или покупке товаров

(3) Можно выделить несколько видов франшиз в соответствии с их целью: производственная франшиза относится к производству товаров, сбытовая франшиза касается продажи товаров, а франшиза на обслуживание касается предоставления услуг

(4) На основе опыта Комиссии можно определить виды франшизных соглашений, которые подпадают под действие статьи 85(3), но обычно могут рассматриваться как удовлетворяющие условиям, зафиксированным в статье 85(3). Это относится к франшижным соглашениям, посредством которых одна из сторон поставяет товары или оказывает услуги конечным потребителям. С другой стороны, производственные франшизные соглашения не подпадают под действие настоящего Регламента. Такие соглашения, которые обычно регулируют отношения между производителями, имеют иные свойства, чем другие типы франшиз. Они состоят из лицензий на производство, основанных на патентах и/или техническом ноу-хау, в сочетании с лицензиями на товарный знак. На некоторые из них могут распространяться другие групповые изъятия, если они отвечают необходимым условиям

(5) Регламент охватывает франшизные соглашения между двумя предприятиями - франчайзером и франчайзи — о розничной продаже товаров или оказании услуг конечным потребителям или сочетании данной деятельности, такой, как переработка или адаптация товаров к особым нуждам их покупателей. Он также охватывает случаи, когда отношения между франчайзером и франчайзи осуществляются через третье предприятие - субфранчайзера⁶. Он не охватывает оптовые франшизные соглашения по причине недостатка опыта Комиссии в этой сфере

(6) Франшизные соглашения, как они определены в настоящем Регламенте, могут подпадать под действие статьи 85(1). Они могут, в частности, влиять на торговлю внутри Сообщества, когда заключаются

⁵ Ныне статья 81(1)

⁶ В Регламенте субфранчайзер обозначается как главный или старший франчайзи (master-franchisee)

между предприятиями из различных государств-членов иш когда они составляют основу сети, которая простирается за границами одного государства-члена

(7) Франшизные соглашения, как они определены в настоящем Регламенте, обычно улучшают сбыт товаров и/или оказание услуг, поскольку дают франчайзерам возможность создать единую сеть с ограниченными *капиталовложениями, что может помочь выйти на рынок новым* конкурентам, особенно малым и средним предприятиям, тем самым увеличивая конкуренцию между торговыми марками. Они также позволяют независимым торговцам быстрее создавать торговые точки и с большим шансом на успех, чем если бы им пришлось это делать без опыта и помощи франчайзера. Тем самым у них есть возможность более успешно конкурировать с крупными сбытовыми организациями

(8) Как правило, франшизные соглашения также предоставляют покупателям и другим конечным потребителям справедливую долю получаемой выгоды, поскольку совмещают преимущества единообразной сети с существованием торговцев, лично заинтересованных в эффективной работе их бизнеса. Единство сети и постоянное сотрудничество между франчайзером и франчайзи гарантируют постоянное качество товаров и услуг. Благоприятное воздействие франчайзера на конкуренцию между торговыми марками и тот факт, что потребители могут свободно обращаться к любому франчайзи из данной сети, гарантирует, что приемлемая часть выгоды достанется потребителям

(9) Настоящий Регламент должен определять обязанности, ограничивающие конкуренцию, которые могут быть включены во франшизное соглашение. В частности, это относится к предоставлению франчайзи исключительной территории в сочетании с запретом активного поиска покупателей за пределами этой территории, что позволяет им сконцентрировать свои усилия на отведенной территории. То же самое относится и к предоставлению исключительной территории субфранчайзеру, сочетающемуся с обязанностью не заключать франшизные соглашения с третьими лицами вне этой территории. Когда франчайзи продают или используют в процессе оказания услуг товары, произведенные франчайзером или в соответствии с его инструкциями и/или носящие его товарный знак, обязанность франчайзи не продавать, или не использовать в процессе оказания услуг конкурирующие товары, позволяет создать единую сеть, которая отождествляется с франшизными товарами. Однако данная обязанность должна быть приемлема только в отношении товаров, которые составляют основной предмет франшизы. Она определенно не относится к аксессуарам или запасным частям для данных товаров

(10) Упоминавшиеся выше обязанности, таким образом, не создают ограничений, которые не являются необходимыми для достижения вышеуказанных целей. В частности, ограниченная территориальная защита, предоставляемая франчайзи, совершенно необходима для защиты их капиталовложений.

(11) Желательно выделить в Регламенте ряд обязанностей, которые обычно содержатся во франшизных соглашениях и не ограничивают конкуренцию, и гарантировать, что если из-за специфических экономических или юридических обстоятельств они подпадают под действие Статьи 85(1), они также подпадают под изъятие. Этот перечень, который не является исчерпывающим, включает, в частности, условия, которые необходимы либо для сохранения общего единства и репутации сети, либо для предотвращения того, чтобы ноу-хау и помощь, предоставленные франчайзером, приносили выгоду конкурентам.

(12) Регламент призван указать условия, которые должны соблюдаться для применения изъятия. В целях гарантии, что конкуренция не исключена в отношении существенной части товаров, являющихся предметом франшизы, необходимо, чтобы оставался возможным параллельный импорт. Поэтому между франчайзи всегда должны быть возможны встречные поставки. Кроме того, при сочетании франшизной сети с другой системой сбыта франчайзи должны иметь возможность без ограничений пополнять запасы у уполномоченных дистрибьюторов. Для лучшей информированности покупателей, что призвано способствовать обеспечению получения ими справедливой доли конечной выгоды, должно быть предусмотрено, что франчайзи обязан указывать свой статус как независимое предприятие любыми доступными способами, которые не ставят под угрозу общее единство франшизной сети. Кроме того, когда франчайзи должны предоставлять гарантию на товары франчайзера, данная обязанность должна также применяться к товарам, поставляемым франчайзером другими франчайзи или иными согласованными дилерами.

(13) Регламент также призван указать ограничения, которые не могут быть включены во франшизное соглашение, если предполагается, что они подпадают под действие изъятия, предоставляемого Регламентом, в силу того, что такие положения являются ограничениями, подпадающими под действие Статьи 85(1), на которые не распространяется общая презумпция, что они приведут к положительным эффектам, необходимым для действия Статьи 81(3).

Это относится, в частности, к положениям о рынке между конкурирующими производителями, к условиям, чрезмерно ограничивающим франчайзи в выборе поставщиков или покупателей, и к случаям, когда франчайзи ограничен в определении собственных цен. Однако франчайзер должен иметь возможность рекомендовать цены франчайзи, если это не запрещено национальным законодательством и *до тех пор, пока это не приводит к согласованной торговой практике при реальном применении этих цен.*

(14) В отношении соглашений, которые автоматически не подпадают под действие изъятия, поскольку они содержат положения, в выраженной форме не изъятые Регламентом и в выраженной форме не исключенные из действия изъятия, можно презюмировать, что к ним может быть применима Статья 81(3). Комиссия сможет быстро установить, так ли это в случае конкретного соглашения. Поэтому следует считать, что такие соглашения подпадают под действие изъятия, предоставляемого настоящим Регламентом, когда о них извещена Комиссия, и Комиссия не возражает против применения изъятия в течение определенного периода времени.

(15) Если конкретные соглашения, изъятые настоящим Регламентом, тем не менее имеют последствия, которые несовместимы со Статьей 81(3), в частности, в интерпретации административной практики Комиссии и прецедентного права Суда Европейских Сообществ, Комиссия может отозвать действие группового изъятия. Это применимо, в частности, когда конкуренция значительно ограничена вследствие структуры данного рынка.

(16) О соглашениях, которые автоматически изъяты в соответствии с настоящим Регламентом, нет необходимости извещать. Тем не менее предприятия могут в конкретном случае испросить решение, принимаемое в соответствии с Постановлением Совета № 17⁷ с дополнениями, внесенными Актом о вступлении Испании и Португалии.

(17) Соглашения могут подпадать под действие либо настоящего Регламента, либо иного Постановления, в соответствии с их индивидуальной природой и при условии, что они отвечают необходимым условиям применения. Они не могут подпадать под действие сочетания положений настоящего Регламента и положений иных Постановлений о групповом изъятии.

⁷ Official Journal, N 13, 21 2.1962, p. 204/62.

ПРИНЯЛА НАСТОЯЩИЙ РЕГЛАМЕНТ

Статья 1

1 В соответствии со Статьей 81 (3) Договора и согласно положениям настоящего Регламента провозглашается что Статья 81(3) Договора не применима к франшизным соглашениям, сторонами которых выступают два предприятия и которые включают одно или более ограничений, перечисленных в Статье 2

2 Изъятие, предоставляемое параграфом 1, также применимо к субфраншизным соглашениям сторонами которых выступают два предприятия При его применении положения настоящего Регламента, касающиеся взаимоотношений между франчайзером и франчайзи, применимы *mutatis mutandis* к взаимоотношениям между франчайзером и субфранчайзером, а также между субфранчайзером и франчайзи

3 В целях настоящего Регламента

(а) «франшиза» означает пакет прав промышленной или интеллектуальной собственности, относящихся к товарным знакам, фирменным наименованиям, вывескам магазинов, полезным моделям, дизайну, авторскому праву, ноу-хау или патентам, которые должны использоваться для перепродажи товаров или оказания услуг конечным потребителям,

(б) «франшизное соглашение» означает соглашение, посредством которого одно предприятие, франчайзер, предоставляет другому предприятию, франчайзи, в обмен на прямое или косвенное финансовое встречное удовлетворение право использовать франшизу для продвижения на рынке определенных видов товаров и/или услуг, оно включает как минимум обязанности, относящиеся к

- ® использованию общего наименования или вывески магазина и предоставлению единообразно оформленных помещений и/или средств транспорта, указанных в договоре,
- сообщению франчайзером франчайзи ноу хау,
- ® длительному предоставлению франчайзером франчайзи коммерческой или технической помощи в течение срока действия соглашения,

(в) «субфраншизное соглашение» означает соглашение, посредством которого одно предприятие, франчайзер, предоставляет другому предприятию, субфранчайзеру, в обмен на прямое или косвенное финансовое встречное удовлетворение право использовать франшизу для заключения франшизных соглашений с третьими лицами, франчайзи,

(г) «товары франчайзера» означают товары, произведенные франчайзером или согласно его инструкциям и/или носящие наименование или товарный знак франчайзера,

(д) «помещения», указанные в договоре, означают помещения, используемые для реализации франшизы или, если франшиза реализуется вне этих помещений, означают исходный пункт, из которого франчайзи управляет средствами транспорта, используемыми для реализации франшизы (средства транспорта, указанные в договоре),

(е) «ноу-хау» означает пакет незапатентованной практической информации, полученной в результате опыта и проверки франчайзером, являющейся секретной, существенной и идентифицируемой,

(е) «секретная» означает, что ноу-хау как целое или как определенным образом составленный набор и собрание его составляющих не является общеизвестной или легко достижимой, это не означает, что, в узком смысле, каждое отдельное составляющее ноу-хау должно быть абсолютно неизвестно или недостижимо вне бизнеса франчайзера,

(ж) «существенная» означает, что ноу-хау включает информацию, которая важна для продажи товаров или для оказания услуг конечным потребителям и, в частности, для представления товаров для продажи, переработки товаров в связи с оказанием услуг, методов общения с покупателями и административного и финансового менеджмента, ноу-хау должно быть полезным для франчайзи, будучи в состоянии на дату заключения соглашения улучшить конкурентоспособность франчайзи, в частности, путем повышения эффективности франчайзи или оказания ему помощи в проникновении на новый рынок,

(з) «идентифицируемая» означает, что ноу-хау должно быть описано достаточно исчерпывающим образом так, чтобы было возможно проверить, что оно отвечает критериям секретности и существенности, описание ноу-хау может либо содержаться во франшизном соглашении или в отдельном документе, либо следовать из записи в какой-либо соответствующей форме

Статья 2

Изъятие, предоставляемое статьей 1, применимо к следующим ограничениям конкуренции

(а) обязанности франчайзера в данном районе общего рынка или договорной территории не

- предоставлять право на использование всей или части франшизы третьим лицам,

9 использовать самому франшизу или самому продавать товары или услуги, которые являются предметом франшизы в соответствии с такой же формулой,

* поставлять самому товары франчайзера третьим лицам,

(б) обязанности субфранчайзера не заключать франшизное соглашение с третьими лицами за пределами его договорной территории,

(в) обязанности франчайзи эксплуатировать франшизу только из помещений, указанных в договоре,

(г) обязанности франчайзи воздерживаться за пределами договорной территории от поиска покупателей для товаров или услуг, которые являются предметом франшизы,

(д) обязанности франчайзи не производить, не продавать и не использовать в процессе оказания услуг товары, конкурирующие с товарами франчайзера, которые являются предметом франшизы, если предметом франшизы является продажа или использование в процессе оказания услуг определенных видов товаров и запасных частей или аксессуаров к ним, данная обязанность не может быть распространена на такие запасные части или аксессуары

Статья 3

1 Статья 1 применима, несмотря на наличие любой из нижеперечисленных обязанностей франчайзи, постольку, поскольку они необходимы для защиты прав промышленной или интеллектуальной собственности франчайзера или для поддержания общего единства и репутации франшизной сети

(а) продавать или использовать в процессе оказания услуг только товары, отвечающие минимальным объективным требованиям качества, заложенным франчайзером,

(б) продавать или использовать в процессе оказания услуг товары, которые произведены только франчайзером или третьими лицами, указанными им, если из-за характера являющихся предметом франшизы товаров практически невозможно применять объективные требования к качеству,

(в) не участвовать, прямо или косвенно, в любом схожем бизнесе на территории, где франчайзи составит конкуренцию другим участникам франшизной сети, включая франчайзера, данная обязанность может быть возложена на франчайзи по истечении срока действия соглашения в течение разумного периода времени, который не может превышать одного года, на территории, на которой франчайзи эксплуатировал франшизу,

(г) не приобретать финансовую долю в капитале конкурирующего предприятия, что даст франчайзи возможность влиять на экономическое поведение такого предприятия;

(д) продавать являющиеся предметом франшизы товары только конечным потребителям, другим франчайзи и лицам, занимающимся их перепродажей, через другие каналы сбыта, снабжаемые производителем этих товаров или с его согласия;

(е) прилагать все усилия для продажи товара или оказания услуг, которые являются предметом франшизы; предлагать минимальный набор товаров, достигать минимального оборота, планировать свои заказы заранее, держать минимальный запас товаров и оказывать потребительские и гарантийные услуги;

(ж) уплачивать франчайзеру определенную часть своих доходов на рекламу и самому осуществлять ту рекламу на которую он получает одобрение франчайзера.

2. Статья I применима, несмотря на наличие любого из следующих обязательств франчайзи:

(а) не раскрывать третьим лицам предоставленное франчайзером ноу-хау; данная обязанность может быть возложена на франчайзи по истечении срока действия соглашения;

(б) передавать франчайзеру любой опыт, полученный в ходе эксплуатации франшизы и предоставлять ему, а также другим франчайзи неисключительную лицензию на использование ноу-хау, вытекающего из этого опыта,

(в) сообщать франчайзеру о нарушениях запатентованных прав промышленной или интеллектуальной собственности, предъявлять иски к нарушителям или содействовать франчайзеру при предъявлении им любых исков к нарушителям;

(г) не использовать ноу-хау, переданное по лицензии франчайзером, для целей иных, чем эксплуатация франшизы; данная обязанность может быть возложена на франчайзи и по истечении срока действия соглашения;

(д) посещать или направлять свой персонал для посещения курсов по обучению, организованных франчайзером;

(е) применять коммерческие методы, передаваемые франчайзером, включая их любые последующие модификации, и использовать переданные по лицензии права промышленной или интеллектуальной собственности;

(ж) придерживаться стандартов франчайзера, предъявляемых к оборудованию и внешнему виду помещений, указанных в договоре, и/или транспортных средств;

(з) предоставлять франчайзеру возможность проводить проверки помещений, указанных в соглашении и/или транспортных средств, включая проданные товары и оказанные услуги, и инвентарь и бухгалтерию франчайзи,

(и) без согласия франчайзера не изменять местонахождение помещений, указанных в соглашении,

(к) без согласия франчайзера не переуступать права и обязанности по франшизному соглашению

3 В случае, если в силу конкретных обстоятельств обязанности, указанные в параграфе 2, подпадают под действие Статьи 81(1), они также подлежат изъятию, даже если не сопровождаются ни одной из обязанностей, изъятых Статьей 1 настоящего Регламента

Статья 4

Изъятие, предоставленное Статьей 1 настоящего Регламента применимо при условии, что

(а) франчайзи имеет возможность приобретать товары, являющиеся предметом франшизы, у других франчайзи, если же такие товары также распространяются при помощи другой сети уполномоченных дистрибьюторов, франчайзи должен иметь возможность приобретать товары у последних,

(б) когда франчайзер возлагает на франчайзи обязанность предоставлять гарантию на товары франчайзера, данная обязанность должна применяться в отношении таких товаров, поставляемых любым членом франшизной сети или другими дистрибьюторами, которые дают подобные гарантии, на общем рынке,

(в) франчайзи обязан указывать свой статус независимого предприятия, такое указание, однако, не должно наносить ущерба единству франшизной сети, вытекающему, в частности, из общего наименования или вывески магазина и единого внешнего вида помещений, указанных в соглашении, и/или средств транспорта

Статья 5

Изъятие, предоставленное Статьей 1 настоящего Регламента не применимо, когда

(а) предприятия, производящие товары или оказывающие услуги, которые являются идентичными или рассматриваются потребителями в качестве эквивалентных ввиду их характеристик, цены или предполагаемого использования, вступают во франшизные соглашения в отношении таких товаров или услуг,

(б) без ущерба для применения Статьи 2 (д) и Статьи 3 (1) (б) настоящего Регламента франчайзи не может приобретать товары, эквивалентные по качеству товарам, предлагаемым франчайзером,

(в) без ущерба для применения статьи 2 (д) настоящего Регламента франчайзи обязан продавать или использовать в процессе оказания услуг товары, изготовленные франчайзером или третьими лицами, определяемыми франчайзером, и франчайзер отказывается по причинам иным, чем защита прав промышленной или интеллектуальной собственности франчайзера, или сохранение общего единства и репутации франшизной сети, назначить в качестве уполномоченных производителей третьих лиц, предложенных франчайзи,

(г) франчайзи не может продолжать использовать переданное ему по лицензии ноу-хау по истечении срока действия договора, в случае, когда ноу-хау стало общеизвестно или легкодоступно по причине иной, чем нарушение обязанности франчайзи,

(д) франчайзи ограничен франчайзером, прямо или косвенно, в установлении цен на продаваемые товары или услуги, которые являются предметом франшизы, без ущерба для возможности франчайзера рекомендовать цену для продажи,

(е) франчайзер запрещает франчайзи оспаривать обоснованность прав промышленной или интеллектуальной собственности, которые составляют часть франшизы, без ущерба для возможности франчайзера расторгнуть в этом случае соглашение,

(ж) франчайзи обязаны не поставлять в пределах общего рынка товары или услуги, которые не являются предметом франшизы, конечным потребителям вследствие их места жительства

Статья 6

1 Изъятие, предоставленное Статьей 1 настоящего Регламента, также применимо к франшизным соглашениям, которые отвечают условиям, предусмотренным в Статье 4 и включают ограничивающие конкуренцию обязанности, которые не подпадают под действие Статей 2 и 3 (3) и не подпадают под действие Статьи 5 настоящего Регламента при условии, что о спорных соглашениях Комиссия ЕЭС извещена в соответствии с положениями Постановления Комиссии № 27⁸ и при условии, что Комиссия не возразит против такого изъятия в течение шести месяцев

2 Период в шесть месяцев исчисляется с даты, когда извещение получено Комиссией. Когда, однако, извещение отправляется заказной почтой, данный период исчисляется с даты, указанной на почтовом штемпеле места отправления

3 Параграф 1 настоящей статьи применим только если

(а) в извещении или сопровождающей корреспонденции сделана прямая ссылка на данную Статью, и

⁸ Official Journal, N 35, 10 5 1962, p 118/62

(б) информация, представленная вместе с извещением, является полной и соответствует фактам.

4. Льгота, предоставляемая параграфом 1 настоящей статьи, может быть истребована для соглашений, о которых было извещено до вступления в силу данного Регламента путем передачи сообщения Комиссии с прямой ссылкой на данную Статью и на извещение. Параграфы 2 и 3(6) применимы *mutatis mutandis*.

5. Комиссия может возразить против предоставления изъятия. Она обязана возразить против предоставления изъятия, если получит просьбу об этом от Государства-Члена ЕЭС в течение трех месяцев с момента направления Государству-Члену извещения, указанного в параграфе 1, или сообщения, указанного в параграфе 4. Такая просьба должна быть обоснована на основании доводов, относящихся к правилам Римского договора о конкуренции.

6. Комиссия может в любое время отозвать свое возражение против предоставления изъятия. Однако если такое возражение было выдвинуто по просьбе Государства-Члена ЕС, оно может быть отозвано только после консультации с Консультативным Комитетом по ограничительной торговой практике и доминирующему положению на рынке.

7. Если возражение отозвано по причине того, что данное предприятие доказало, что условия Статьи 85(1) Римского договора выполнены, изъятие применимо с даты подачи извещения.

8. Если возражение отозвано по причине того, что данное предприятие дополнило соглашение, таким образом, что условия Статьи 85(1) выполнены, изъятие применяется с даты подачи извещения.

9. Если Комиссия возражает против предоставления изъятия и ее возражение не отозвано, последствия извещения должны регулироваться положениями Постановления № 17.

Статья 7

1. Информация, полученная в соответствии со Статьей 6, должна использоваться только для целей настоящего Регламента.

2. Комиссия и органы власти Государств-Членов ЕЭС, их официальные лица и другие служащие не должны разглашать информацию, ставшую известной им благодаря данному Регламенту и представляющую собой профессиональную тайну.

3. Параграфы 1 и 2 настоящей статьи не должны препятствовать опубликованию общей информации или исследований, которые не содержат сведений, относящихся к конкретным лицам или объединениям лиц.

Статья 8

Комиссия может отменить предоставляемые настоящим Регламентом льготы на основании Статьи 7 Постановления № 19/65/ЕЭС, если в конкретном случае она найдет, что соглашение, изъятое настоящим Регламентом, имеет тем не менее определенные последствия, которые несовместимы с условиями, содержащимися в Статье 85(1) Договора о ЕЭС, и, в частности, когда франчайзи предоставлена территориальная защита и;

(а) доступ на соответствующий рынок или конкуренция на нем значительно ограничены совокупным воздействием параллельных сетей однородных соглашений, созданных конкурирующими производителями или дистрибьюторами;

(б) являющиеся предметом франшизы товары или услуги не встречаются на значительной части общего рынка эффективной конкуренции со стороны товаров или услуг, которые являются идентичными или рассматриваются потребителями как эквивалентные ввиду их характеристик, цены и предполагаемого использования;

(в) стороны, или одна из них, прямо или через посредников, препятствуют приобретению конечными потребителями из-за их места жительства товаров или услуг, которые являются предметом франшизы, в пределах общего рынка, или используют разницу в спецификациях, касающихся этих товаров или услуг, в различных Государствах-Членах ЕЭС для изоляции рынков;

(г) франчайзи участвуют в согласованной практике в отношении цен при продаже товаров или услуг, которые являются предметом франшизы;

(д) франчайзер использует свои права на проверку помещений, указанных в соглашении, и транспортных средств или отказывается дать согласие на просьбу франчайзи о переносе местоположения помещений, указанных в соглашении, или о передаче своих прав и обязанностей по франшизному соглашению по причинам иным, чем защита прав промышленной или интеллектуальной собственности франчайзера, поддержания единства и репутации франшизной сети или проверки исполнения франчайзи своих обязанностей по соглашению.

Статья 9

Данный Регламент вступает в силу с 1 февраля 1989 года.

Он действует до 31 декабря 1999 года.

Данный Регламент является полностью обязательным и непосредственно прямо применяется во всех Государствах-Членах ЕЭС.

Совершено в Брюсселе 30 ноября 1988 года.

От имени Комиссии

Член Комиссии

Выдержки

Из Регламента Комиссии (ЕС) от 22 декабря 1999 г. о применении Статьи 81 (3) Римского договора к категориям вертикальных соглашений и согласованной коммерческой практике

Статья 12

1 Изъятия, предусмотренные в Регламентах Комиссии (ЕЭС) № 1983/83^{<1>}, (ЕЭС) № 1984/83^{<2>} и (ЕЭС) № 4087/88^{<3>} подлежат применению до 31 мая 2000 г.

2. Запреты, изложенные в статье 81(1) Договора о ЕС, не подлежат применению в течение периода с 1 июня 2000 г. до 31 декабря 2000 г. в отношении соглашений, уже действующих на 31 мая 2000 г., которые не удовлетворяют условиям для изъятия, предусмотренным в настоящем Регламенте, но которые удовлетворяют условиям, предусмотренным Регламентами (ЕЭС) № 1983/83, (ЕЭС) № 1984/83 или (ЕЭС) № 4087/88.

Статья 13

Настоящий Регламент вступает в силу с 1 января 2000 г. Он подлежит применению с 1 июня 2000 г., за исключением статьи 12(1), которая подлежит применению с 1 января 2000 г.

Настоящий Регламент прекращает действие 31 мая 2010 г.

Настоящий Регламент имеет обязывающую силу во всей своей полноте и подлежит прямому применению во всех Государствах-Членах ЕС.

От имени Комиссии

Член Комиссии

W Official Journal L. 173, 30.06.1983.

W Official Journal L. 173, 10.06.1983.

O) Official Journal L. 359, 27.08.1987.

Европейский этический кодекс франчайзинга

Преамбула

Европейская Федерация Франчайзинга (ЕФФ) была образована 23 сентября 1972 года. Ее членами являются национальные ассоциации или федерации франчайзинга, созданные в Европе. ЕФФ также принимает ассоциированных членов, т.е. неевропейские ассоциации или федерации франчайзинга и других профессионалов, интересующихся или участвующих во франчайзинге. Ассоциированные члены не имеют права голоса и не могут быть назначены должностными лицами ЕФФ.

Целями ЕФФ, среди прочих, являются постоянное беспристрастное и научное изучение франчайзинга во всех его аспектах, координация деятельности ее членов, содействие развитию индустрии франчайзинга в общем и защита интересов ее членов в частности.

ЕФФ также включает Правовой Комитет, состоящий из двух юристов от каждой национальной ассоциации или федерации-члена и обладающих высокой квалификацией в вопросах франчайзинга. Кроме того, ЕФФ создала Арбитражный Комитет по Франчайзингу, который предоставлен к услугам сторон, предпочитающих передавать свои споры на разрешение последнего.

Развитие и постоянно возрастающее значение франчайзинга в экономике ЕС, а также Регламент КЕС, предоставивший групповое изъятие франшизным соглашениям, вступивший в силу 1 февраля 1989 года, побудили ЕФФ внести изменения в существующий *Этический Кодекс*.

Настоящий *Этический Кодекс* должен стать практическим собранием основных правил честного поведения для людей, занимающихся франчайзингом в Европе, но он не подменяет возможное национальное право или право ЕС, относящееся к франчайзингу.

Настоящий *Этический Кодекс* является конечным результатом работы, осуществленной Европейской Федерацией Франчайзинга и ее ассоциациями-членами (Австрия, Бельгия, Дания, Германия, Франция, Италия, Нидерланды, Португалия и Великобритания) совместно с Комиссией Европейского Сообщества. Он призван заменить предшествующий *Европейский Этический Кодекс*, а также все национальные и региональные Кодексы, существовавшие в то время в Европе.

Путем присоединения к ЕФФ ее члены принимают *Европейский Этический Кодекс* и обязуются не уклоняться и никоим образом не изменять его. Допускается, однако, что национальные требования могут вызывать необходимость внесения некоторых других пунктов или условий, и если они не противоречат Кодексу или не умаляют его значение и приложены к Кодексу в виде отдельного документа, ЕФФ не откажет в разрешении на это.

Путем присоединения к ЕФФ ее члены обязуются возлагать на своих собственных членов обязанность соблюдать и применять положения настоящего *Этического Кодекса Франчайзинга*

1 ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА

Франчайзинг — это система продвижения на рынке товаров и/или услуг и/или технологии, которая основана на тесном и продолжительном сотрудничестве между юридически и финансово отдельными и независимыми предприятиями, Франчайзером и его Индивидуальными Франчайзи, посредством которой Франчайзер предоставляет своим Индивидуальным Франчайзи право, а также возлагает на них обязанность осуществлять бизнес в соответствии с концепцией Франчайзера. Это право управомочивает и обязывает Индивидуального Франчайзи в обмен на прямое или косвенное встречное финансовое удовлетворение использовать торговое наименование и/или товарный знак и/или знак обслуживания, ноу-хау Франчайзера*, его деловые и технологические методы, производственные процессы и другие права промышленной и/или интеллектуальной собственности, поддерживаемые длительным оказанием коммерческой и технической помощи, в рамках и в течение срока действия письменного франшизного соглашения, заключенного сторонами с этой целью

- «Ноу-хау» означает пакет незапатентованной практической информации, полученной Франчайзером в результате опыта и проверки и являющейся секретной, существенной и идентифицируемой
- «секретная» означает, что ноу-хау в целом или как определенным образом составленный набор и собрание его составляющих, не является общеизвестной или легко достижимой, это не означает, что, в узком смысле, каждое отдельное составляющее ноу-хау должно быть абсолютно неизвестно или недостижимо вне бизнеса франчайзера,
- «существенная» означает, что ноу хау включает информацию, которая важна для продажи товаров или для оказания услуг конечным потребителям и, в частности, для представления товаров для продажи, переработки товаров в связи с оказанием услуг, методов общения с покупателями и административного и финансового менеджмента, ноу-хау должно быть полезным для франчайзи, будучи способным на дату заключения соглашения улучшить конкурентоспособность франчайзи, в частности, путем повышения эффективности франчайзи или помощи ему в проникновении на новый рынок,
- «идентифицируемая» означает, что ноу-хау должно быть описано достаточно исчерпывающим образом так, чтобы было возможно проверить, что оно отвечает критериям секретности и существенности, описание ноу-хау может либо содержаться во франшизном соглашении, либо в отдельном документе или следовать из записи в какой-либо соответствующей форме

2. РУКОВОДЯЩИЕ ПРИНЦИПЫ

2.1. Франчайзер является учредителем франшизной сети, состоящей из него самого и Индивидуальных Франчайзи, для которых Франчайзер является долговременным наставником.

2.2. Обязанности Франчайзера:

Франчайзер обязан:

- успешно разрабатывать концепцию бизнеса в течение разумного периода времени и по крайней мере в одной опытной единице до начала своей франшизной сети;
- быть собственником или иметь законное право на использование торгового наименования, товарного знака или иного отличительного обозначения своей сети;
- должен обеспечить отдельному Индивидуальному Франчайзи первоначальное обучение и постоянную коммерческую и/или техническую помощь в течение всего срока действия соглашения.

2.3. Обязанности Индивидуального Франчайзи:

Индивидуальный Франчайзи обязан:

- прилагать все усилия для развития франшизного бизнеса и для поддержания общего единства и репутации франшизной сети;
- снабжать Франчайзера проверенной текущей информацией с целью облегчить определение исполнения и финансового состояния, необходимых для эффективного административного руководства, а также предоставлять Франчайзеру и/или его агентам доступ в помещения Индивидуального Франчайзи и документы по просьбе Франчайзера и в разумные сроки;
- не разглашать третьим лицам ноу-хау, переданное Франчайзером, ни в течение срока действия, ни после прекращения действия соглашения.

2.4. Постоянные обязанности обеих сторон:

Стороны должны быть честными в своих отношениях друг с другом. Франчайзер должен давать письменное извещение своим Индивидуальным Франчайзи о любом нарушении договора и, если это уместно, предоставлять разумный срок для исправления недостатков.

Стороны должны разрешать недовольства, жалобы и споры добросовестно и по доброй воле при помощи справедливого и разумного прямого общения и переговоров.

3. ПОДБОР, РЕКЛАМА И СООБЩЕНИЕ

3.1. Реклама с целью подбора Индивидуальных Франчайзи не должна быть двусмысленной и содержать вводящие в заблуждение утверждения

3.2. Любой материал по подбору информации и рекламе, содержащий прямую или косвенную ссылку на возможные будущие итоги, цифры или заработки, на которые могут рассчитывать Индивидуальные Франчайзи, должен быть объективным и проверяемым

3.3. Чтобы дать возможность будущим Индивидуальным Франчайзи подписать любые обязательные документы осознанно, им должны быть переданы копия настоящего Этического Кодекса, а также полное и точное письменное сообщение всех сведений, имеющих значение для отношений по франчайзингу, в течение разумного периода времени до составления этих обязательных документов

3.4. Если Франчайзер навязывает потенциальному Индивидуальному Франчайзи Предварительный Договор, должны быть соблюдены следующие принципы

- до подписания любого Предварительного Договора потенциальному Индивидуальному Франчайзи должна быть передана письменная информация о его цели и о любом встречном удовлетворении, которое Франчайзер может потребовать от Франчайзи для покрытия фактических расходов первую, понесенных во время и в связи с преддоговорной стадией, если Франшизное соглашение заключается, указанное встречное удовлетворение должно быть возвращено Франчайзером или зачтено в качестве возможного вступительного взноса, который должен быть уплачен Индивидуальным Франчайзи,
- Предварительный Договор должен определять срок своего действия и включать условие о прекращении,
- Франчайзер может включить оговорку об отказе от конкуренции и/или пункты о секретности для защиты своего ноу-хау и идентичности

4. ОТБОР ИНДИВИДУАЛЬНЫХ ФРАНЧАЙЗИ

Франчайзер должен отбирать и принимать в качестве Индивидуальных Франчайзи только тех, кто в результате предпринятого им разумного исследования обнаружит наличие базовой квалификации,

образования, личных качеств и финансовых возможностей, достаточных для осуществления франшизного бизнеса.

5. ФРАНШИЗНОЕ СОГЛАШЕНИЕ

5.1. Франшизное соглашение должно соответствовать национальному законодательству, праву Европейского Сообщества и настоящему *Этическому Кодексу*.

5.2. Соглашение должно отражать интересы членов франшизной сети в защите прав промышленной и интеллектуальной собственности Франчайзера и в поддержании общего единства и репутации франшизной сети. Все соглашения и все договорные условия, связанные с отношениями по франчайзингу, должны быть написаны или переведены присяжным переводчиком на официальный язык страны, где находится Индивидуальный Франчайзи, а подписанное соглашение должно быть немедленно передано Индивидуальному Франчайзи.

5.3. Франшизное соглашение должно недвусмысленно излагать взаимные обязанности и ответственность сторон и все другие существенные условия отношений сторон.

5.4. Существенными минимальными условиями соглашения являются:

- права, предоставленные Франчайзеру;
- права, предоставленные Индивидуальному Франчайзи;
- условия о товарах и/или услугах, которыми должен быть обеспечен Индивидуальный Франчайзи;
- обязанности Франчайзера;
- обязанности Индивидуального Франчайзи;
- условия платежа, уплачиваемого Индивидуальным Франчайзи;
- срок действия соглашения, который должен быть достаточно продолжительным, чтобы позволить Индивидуальному Франчайзи возместить свои первоначальные франшизные капиталовложения;
- основание для любого возобновления соглашения;
- условия, на которых Индивидуальный Франчайзи может продать или передать франшизный бизнес и возможное правопреемство Франчайзера в этом отношении;

- условия, относящиеся к использованию Индивидуальным Франчайзи отличительных знаков, торгового наименования, товарного знака, знака обслуживания, вывески магазина, логотипа или других отличительных обозначений Франчайзера,
- право Франчайзера адаптировать франшизную систему к новым или изменившимся методам;
- условия об окончании действия соглашения,
- условия о немедленной передаче по окончании действия франшизного соглашения любой движимой и недвижимой собственности, принадлежащей Франчайзеру или иному владельцу такой,

6. ЭТИЧЕСКИЙ КОДЕКС И СИСТЕМА СУБФРАНЧАЙЗИНГА

Настоящий *Этический Кодекс* применяется к отношениям между Франчайзером и его Индивидуальными Франчайзи, а равно между Субфранчайзером и его Индивидуальными Франчайзи. Он не применим к отношениям между Франчайзером и его Субфранчайзером.

Глава 54 ГК РФ

КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ

Статья 1027. Договор коммерческой концессии

1. По договору коммерческой концессии одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на срок или без указания срока право использовать в предпринимательской деятельности пользователя комплекс исключительных прав, принадлежащих правообладателю, в том числе право на фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя, на охраняемую коммерческую информацию, а также на другие, предусмотренные договором объекты исключительных прав — товарный знак, знак обслуживания и т.д.

2. Договор коммерческой концессии предусматривает использование комплекса исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя в определенном объеме (в частности, с установлением минимального и (или) максимального объема использования), с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, полученных от правообладателя или произведенных пользователем, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг).

3. Сторонами по договору коммерческой концессии могут быть коммерческие организации и граждане, зарегистрированные в качестве индивидуальных предпринимателей.

1. Настоящая статья содержит определение договора коммерческой концессии, требования к гражданско-правовому статусу его сторон, предмету договора и к некоторым иным его условиям.

. Согласно определению, одна сторона, именуемая правообладателем, обязуется предоставить за плату другой стороне, именуемой пользователем, право на использование комплекса исключительных прав на объекты промышленной собственности, а также право на использование охраняемой коммерческой информации. Договор возмездный, двусторонний.

2, Поскольку данный комплекс исключительных прав имеет целью его использование в предпринимательской деятельности пользователя, то основное требование к участнику данной сделки — наличие предпринимательского статуса: для юридических лиц - статус коммерческой организации общей правоспособности (хозяйственное

общество или товарищество, производственный кооператив), для физических лиц — зарегистрированный статус предпринимателя. Те же требования предъявляются и к правообладателю, поскольку основными объектами, права на которые подлежат передаче, являются средства индивидуализации правообладателя, используемые им в собственной предпринимательской деятельности, с которыми непосредственно связана его деловая репутация.

3 Предметом договора является предоставление в пользование комплекса исключительных прав и иных, которые позволяют обеспечить пользователю монополию на рынке. Природа исключительного права такова, что только его субъект вправе использовать соответствующие объекты интеллектуальной или промышленной собственности, а также запрещать или разрешать другим лицам их использование. Такая монополия на использование чужих исключительных прав должна быть в обязательстве ограничена сроком и территорией. При этом условие о сроке и территории не является существенным в силу закона. Если срок в договоре не установлен, считается, что стороны заключили договор без указания срока и его прекращение определяется п. 1 ст. 1037. Если в нем не определена территория, то пользователь вправе использовать данный комплекс на всей территории Российской Федерации. Из этого следует, что в течение действия договора ни сам правообладатель, ни другие лица не вправе использовать данные объекты на указанной территории.

4. Объектами исключительных прав по договору являются объекты промышленной собственности, т.е. такие идеальные объекты, которые используются в предпринимательской деятельности (см.. Парижская конвенция об охране промышленной собственности 1883 г.)

Эти объекты можно разделить на две группы. В первую группу входят такие объекты, с которыми у третьих лиц прочно связывается представление о деловой репутации производителя товара, о качестве и особых свойствах товара. Это средства индивидуализации производителя товара — фирменное наименование или коммерческое обозначение, средства индивидуализации самого товара — товарный знак и знак обслуживания.

Во вторую группу входят такие объекты, без использования которых невозможно правомерное осуществление предпринимательской деятельности, содержанием которой является производство товаров, работ или оказание услуг, тождественных товарам, работам или услугам правообладателя (в частности, их патентная чистота)

Юридические лица — коммерческие организации обязаны иметь фирменное наименование. Исключительное право на фирменное наименование, согласно ст. 54 ГК, возникает у коммерческой организации с момента его регистрации. Наименование юри-

дического лица должно содержать указание на его организационно-правовую форму. Что касается предпринимательских организаций, то их фирменное наименование («фирма») может быть абстрактным (отвлеченным, безотносительным к определенным параметрам организации - составу участников, роду деятельности и т.д.) или конкретным. Абстрактное фирменное наименование могут иметь хозяйственные общества и производственные кооперативы (артели), например Открытое акционерное общество «Вереск». Фирменное наименование товарищества конкретно оно включает в себя имя (наименование) одного или нескольких участников с добавлением слов «и компания». Например Полное товарищество «Морозов и компания». Если в фирменном наименовании полного товарищества указаны имена (наименования) всех полных товарищей, то слова «и компания» в него не включаются (ст. 69 ГК).

Фирменное наименование подлежит обязательной государственной регистрации, которая осуществляется компетентным органом путем его внесения в Единый государственный реестр. Согласно ст. 54 ГК, порядок регистрации фирменных наименований определяется законом и иными правовыми актами в соответствии с ГК РФ. Пока такого закона нет, регистрация фирменных наименований осуществляется в порядке регистрации самого юридического лица в соответствии с Федеральным законом от 8 августа 2001 г. «О государственной регистрации юридических лиц» (СЗ РФ, 2001, № 33, ст. 3431).

Понятие и содержание «коммерческого обозначения» в законодательстве РФ не раскрывается. Согласно обычаям делового оборота, под коммерческим обозначением понимают наименование, устойчиво закрепившееся за предпринимателем в его практической деятельности, но не зарегистрированное в установленном порядке. Права на него — неисключительны.

Товарный знак и знак обслуживания являются средствами индивидуализации товара предпринимателя. Права на товарный знак и знак обслуживания являются исключительными правами и защищены законом. Отношения по регистрации и использованию прав на товарный знак и знак обслуживания помимо статей ГК РФ регулируются нормами Закона РФ от 23 сентября 1992 г. «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» (Ведомости РФ, 1992, № 42, ст. 2322) с изменениями и дополнениями, последнее — 11 декабря 2002. В частности, в них дана новая редакция ряда статей и добавлена новая глава 2.1, посвященная общеизвестному товарному знаку, его правовой охране. Обзор практики разрешения споров, связанных с защитой прав на товарный знак, содержится в Информационном письме Президиума ВАС от 29 июля 1997 г., № 19.

Права на использование такого средства индивидуализации товара, как наименование места его происхождения, не могут передаваться другим лицам и, следовательно, не могут включаться в предмет договора (см.: ФЗ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» 1992 г.).

Во вторую группу входят запатентованные изобретения, полезные модели, промышленные образцы, объекты, охраняемые авторским правом и др., а также охраняемая законом информация — секретная информация. Под такой информацией, согласно ст 139 ГК и ФЗ «О коммерческой тайне» 2004 г., понимается информация, составляющая служебную или коммерческую тайну в случае, если она, во-первых, имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу ее неизвестности третьим лицам. Во-вторых, к такой информации нет свободного доступа на законном основании. В-третьих, обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности. Только при соблюдении всех этих требований такая информация подлежит правовой защите. Она не патентуется и, следовательно, не подлежит патентной охране. Подобная информация включает в себя технологические приемы и методы (ноу-хау), деловые связи, коммерческий опыт и тп.

Среди цивилистов нет единого мнения в отношении природы прав на охраняемую коммерческую информацию: одни относят их к исключительным, другие — нет. Согласно ст. 138 ГК, исключительное право признается в случаях и в порядке, установленных ГК и другими законами. Поскольку пока исключительное право на коммерческую тайну не установлено этими источниками, можно сделать вывод, что законом исключительное право на коммерческую тайну, секреты производства (ноу-хау) и иную конфиденциальную информацию не установлено.

5. Основным, конституирующим данный договор исключительным правом в комплексе, является право на индивидуализацию правообладателя — фирменное наименование, поскольку его судьба определяет юридическую судьбу договора и/или коммерческое обозначение. Учитывая требование комплексности, предмет договора должен включать как минимум исключительные права на два различных объекта промышленной собственности, например, на фирму и товарный знак или на фирму и охраняемую коммерческую информацию.

В договоре должен быть определен также объем использования, под которым следует понимать способы использования объектов исключительных прав. Поскольку способы использования различных объектов не всегда совпадают, при формулировании данного условия необходимо ориентироваться на те возможности, которые указаны в ГК РФ и в специальных законах, регулирующих отношения по поводу соответствующих объектов. Это «Патентный закон» 1992 г.,

Закон «Об авторском праве и смежных правах» 1933 г., выше названный закон о товарных знаках и некоторые другие. Учитывая, что перечень способов использования в законе неисчерпывающий, стороны могут установить и иные способы использования. В комментируемой статье указывается, что такой объем может быть как минимальным, так и максимальным, который задается, согласно комментируемой статье, таким объективным параметром, как сфера предпринимательской деятельности. Иными словами, речь идет о таком объеме, который необходим для: а) продажи товаров, полученных от правообладателя; б) для продажи товаров, произведенных самим пользователем; в) производства им работ; г) оказания пользователем услуг; д) осуществления иной торговой деятельности.

6. Данный договор, несмотря на комплексный характер его объекта, является самостоятельным видом, а не представляет собой смешанный договор. Поэтому к регулированию отношений сторон нельзя прямо применять нормы, предусмотренные специальными законами для договоров о передаче в пользование отдельных объектов (в частности, лицензионных договоров, договоров о передаче прав на использование товарного знака). Недостаточность норм, содержащихся в данной главе, может быть восполнена только усмотрением сторон, обычаями делового оборота или на основании ст. 6 ПС

Вместе с тем требования к самим объектам, исключительные права на которые составляют предмет договора коммерческой концессии, а также основания приобретения прав на них правообладателем, срок их действия, устанавливаются ГК РФ и соответствующими специальными законами.

Статья 1028. Форма и регистрация договора коммерческой концессии

1. Договор коммерческой концессии должен быть заключен в письменной форме.

Несоблюдение письменной формы договора влечет его недействительность. Такой договор считается ничтожным.

2. Договор коммерческой концессии регистрируется органом, осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, выступающего по договору в качестве правообладателя.

Если правообладатель зарегистрирован в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя в иностранном государстве, регистрация договора коммерческой концессии осуществляется органом, осуществившим регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, являющегося пользователем.

В отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на договор лишь с момента его регистрации.

Договор коммерческой концессии на использование объекта, охраняемого в соответствии с патентным законодательством, подлежит регистрации также в федеральном органе исполнительной власти в области патентов и товарных знаков. При несоблюдении этого требования договор считается ничтожным.

1 Первый пункт статьи устанавливает, что договор должен быть заключен в письменной форме, причем путем составления одного документа, подписанного сторонами, поскольку закон требует его регистрации

Невыполнение требования о письменной форме сделки влечет ее ничтожность

2 Соблюдение письменной формы договора — требование необходимое, но не достаточное. Законодатель предусматривает его обязательную государственную регистрацию. Регистрация возложена на орган, осуществивший регистрацию юридического лица или индивидуального предпринимателя, выступающего по договору в качестве правообладателя (см. комментарии к ст. 23 и ст. 51 ГК). Приказом МНС России от 20 декабря 2002 г. № БГ-3-09/730 утвержден порядок регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии)

Если правообладателем является иностранный предприниматель, те прошедший регистрацию в иностранном государстве, стороны должны зарегистрировать договор в органе, осуществившем регистрацию пользователя. Таким образом, регистрация всегда осуществляется по месту регистрации российского юридического лица.

Когда договором предусмотрена передача прав на использование объектов, охраняемых патентным законодательством, таких, как товарный знак, знак обслуживания, изобретение, полезная модель, промышленный образец, договор подлежит государственной регистрации также в Федеральном органе исполнительной власти по интеллектуальной собственности (См. Правила регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для ЭВМ и базу данных, утвержденные Приказом Роспатента от 29.04.2003 г., № 64)

Юридические последствия несоблюдения требования о регистрации договора не всегда совпадают с правовыми последствиями несоблюдения письменной формы. Отсутствие регистрации дого-

вора в органе, осуществившем регистрацию правообладателя, не влечет за собой его недействительность, а только лишает стороны права ссылаться на него в отношениях с третьими лицами. Это значит, что права и обязанности у сторон по отношению друг к другу возникают с момента подписания договора. Что касается осуществления предпринимательской деятельности с использованием чужих прав на фирменное наименование (т.е. отношений с третьими лицами), то пользователь может вести ее лишь с момента регистрации договора.

Статья 1029. Коммерческая субконцессия

1. Договором коммерческой концессии может быть предусмотрено право пользователя разрешать другим лицам использование предоставленного ему комплекса исключительных прав или части этого комплекса на условиях субконцессии, согласованных им с правообладателем либо определенных в договоре коммерческой концессии. В договоре может быть предусмотрена обязанность пользователя предоставить в течение определенного срока определенному числу лиц право пользования указанными правами на условиях субконцессии.

Договор коммерческой субконцессии не может быть заключен на более длительный срок, чем договор коммерческой концессии, на основании которого он заключается.

2. Если договор коммерческой концессии является недействительным, недействительны и заключенные на основании него договоры коммерческой субконцессии.

3. Если иное не предусмотрено договором коммерческой концессии, заключенным на срок, при его досрочном прекращении права и обязанности вторичного правообладателя по договору коммерческой субконцессии (пользователя по договору коммерческой концессии) переходят к правообладателю, если он не откажется от принятия на себя прав и обязанностей по этому договору. Это правило соответственно применяется при расторжении договора коммерческой концессии, заключенного без указания срока.

4. Пользователь несет субсидиарную ответственность за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей, если иное не предусмотрено договором коммерческой концессии.

5. К договору коммерческой субконцессии применяются предусмотренные настоящей главой правила о договоре коммерческой концессии, если иное не вытекает из особенностей субконцессии.

1 Отношения коммерческой концессии включают в себя предусмотренную законодателем возможность заключения субконцессионных договоров, т.е. возникновения производных и зависимых от первоначального обязательства вторичных обязательств по использованию исключительных прав со стороны иных субъектов предпринимательской деятельности

Договором может быть предусмотрено право пользователя разрешать другим лицам использование предоставленного ему комплекса исключительных прав или его части. То есть он может заключать договоры коммерческой субконцессии, условия которых должны быть согласованы им с правообладателем или быть заранее включены в договор коммерческой концессии.

Заключение субконцессионных договоров может предусматриваться в договоре как обязанность пользователя, что отвечает, прежде всего, интересам правообладателя, заинтересованного в создании на данной территории достаточно разветвленной инфраструктуры, обеспечивающей продвижение его товара на рынке.

Срок, в течение которого пользователь должен заключить субконцессионные договоры, их количество, комплекс передаваемых по договору коммерческой субконцессии прав, а также лица, с которыми должны быть заключены такие договоры, оговариваются в первоначальном договоре. При сохранении общего требования, что договор коммерческой субконцессии не может быть заключен на срок, более длительный, чем договор коммерческой концессии, применяются и другие правила, опирающиеся на зависимую природу субдоговора.

2 Следствием зависимой юридической природы субконцессионных обязательств является то, что недействительность в целом или в части главного договора коммерческой концессии влечет недействительность в целом или в соответствующей части договора коммерческой субконцессии. В то же время главное обязательство, независимо от дополнительного, т.е. признание недействительным в целом или в части договора коммерческой субконцессии, не влияет на юридическую судьбу договора коммерческой концессии.

3 Особенностью системы договоров данного вида является то, что прекращение главного обязательства, возникающего из договора коммерческой концессии, заключенного на срок или без его указания, не влечет автоматически прекращения дополнительного обязательства, если только это следствие не предусмотрено договором коммерческой концессии. По общему правилу в такой ситуации права и обязанности вторичного правообладателя (пользователя в договоре коммерческой концессии) возвращаются первичному правообладателю без прекращения договора коммерческой субконцессии. Иными

словами, на основании закона происходит перемена стороны в договоре коммерческой субконцессии. Эта конструкция в данной ситуации явно нелогична: не может существовать субдоговора в отсутствие основного договора. На самом деле договор коммерческой субконцессии трансформируется в договор коммерческой концессии, так как исчезает основание его зависимой производной природы. При этом изменяются его условия (они соответствуют условиям договора коммерческой субконцессии).

Это общее правило действует, во-первых, если правообладатель явным образом не отказался от принятия на себя прав и обязанностей по договору коммерческой субконцессии. Молчание в данном случае является свидетельством согласия. Во-вторых, если стороны в договоре не предусмотрели иные последствия в силу диспозитивного характера этой нормы.

Такая трансформация договора коммерческой субконцессии возможна в случаях прекращения договора коммерческой концессии, заключенного без указания срока, или при досрочном прекращении договора коммерческой концессии, заключенного на определенный срок.

4. Вторичный пользователь не находится в договорных отношениях с первичным правообладателем. Следовательно, он не может нести непосредственно перед ним ответственность за нарушение своих договорных обязательств. Однако он несет перед первичным правообладателем ответственность за причинение вреда.

В силу того что выбор контрагента по договору коммерческой субконцессии осуществляется вторичным правообладателем самостоятельно, на него тоже возлагается обязанность участвовать в возмещении вреда, причиненного вторичным пользователем первичному правообладателю. По общему правилу он несет субсидиарную ответственность перед правообладателем за вред, причиненный правообладателю действиями вторичных пользователей (см. комментарий к ст. 399 ГК). Данная норма диспозитивна, поэтому субсидиарная ответственность наступает в том случае, если договором не предусмотрено иное.

5. Регулирование договора коммерческой субконцессии должно в целом соответствовать правилам, регулирующим договор коммерческой концессии. Вот почему законодатель распространил действие правил, предусмотренных для договоров коммерческой концессии, на договоры коммерческой субконцессии. Изъятия возможны в силу существа договора коммерческой субконцессии как зависимого и производного от главного договора — коммерческой концессии или в силу особенностей конкретного субдоговора.

Статья 1030. Вознаграждение по договору коммерческой концессии

Вознаграждение по договору коммерческой концессии может выплачиваться пользователем правообладателю в форме фиксированных разовых или периодических платежей, отчислений от выручки, наценки на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем для перепродажи, или в иной форме, предусмотренной договором.

Договор коммерческой концессии является возмездным по определению, что обусловлено предпринимательским характером деятельности сторон. **Вознаграждение** выплачивается в денежной форме, но различными способами, перечень которых в статье неисчерпывающий. ГК указывает на следующие способы (формы) а) фиксированный разовый платеж (аналог паушальной оплаты в лицензионных договорах, **оформляющих** право на использование **результатов** творческой деятельности), б) фиксированные периодические платежи (аналог роялти в лицензионных договорах), в) фиксированные отчисления от выручки пользователя, г) наценка на оптовую цену товаров, передаваемых правообладателем пользователю на исключительной основе *для* перепродажи.

Законодатель прямо не предусматривает в данной статье возможности комбинации различных форм оплаты, например разовых и периодических отчислений, но и не запрещает этого.

Статья 1031. Обязанности правообладателя

1. Правообладатель обязан:

передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить иную информацию, необходимую пользователю для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинструктировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав;

выдать пользователю предусмотренные договором лицензии, обеспечив их оформление в установленном порядке.

2. Если договором коммерческой концессии не предусмотрено иное, правообладатель обязан:

обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии (пункт 2 статьи 1028);

оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников;

контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии.

1. В п. 1 настоящей статьи законодатель фиксирует обязанности правообладателя в императивной норме. Эти обязанности подразделяются на три группы.

Первая группа включает в себя обязанности по передаче пользователю материальных носителей информации, права на использование которой составляют предмет договора (техническая и коммерческая документация). Правообладатель обязан представить также и иную информацию, необходимую для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии. Порядок передачи информации в настоящей статье не предусмотрен, но как всякий юридический факт такое действие должно быть юридически оформлено.

Вторую группу составляют обязанности по проведению инструктажа пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением исключительных прав. ГК не содержит расшифровки понятия «инструктаж». Опираясь на толкование этого термина в общем, а не в узко специальном значении, можно сказать, что речь идет также о передаче информации, устанавливающей порядок и способ осуществления каких-либо операций (наставление, обучение специальности, мастерству). Форма проведения инструктажа должна быть предусмотрена в самом договоре.

Третья группа — обязанности, связанные с предоставлением пользователю предусмотренных договором лицензий на охраняемые патентами и свидетельствами объекты, их оформлением в установленном законом порядке.

Под оформлением понимается регистрация договора в патентном ведомстве.

2. Если иное не предусмотрено в договоре, то правообладатель обязан также обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии, а также оказывать пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников. Последняя обязанность имеет не разовый, а регулярный характер, что отличает ее от установленной в п. 1 обязанности правообладателя провести инструктаж пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением исключительных прав.

Если иное не предусмотрено договором, правообладатель обязан также контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, оказываемых) пользователем на основании данного договора. Законодатель сформулировал это условие как обязанность, а не как право правообладателя, учитывая интересы и права покупателей, клиентов, заказчиков пользователя (третьих лиц).

3. Наряду с обязанностями, перечисленными в этой статье, у пользователя возникают и иные обязанности, предусмотренные

настоящей главой (например, ст 1033), общими положениями об обязательствах и договорах Г К и договором

Статья 1032, Обязанности пользователя

С учетом характера и особенностей деятельности, осуществляемой пользователем по договору коммерческой концессии, пользователь обязан использовать при осуществлении предусмотренной договором деятельности фирменное наименование и (или) коммерческое обозначение правообладателя указанным в договоре образом;

обеспечивать соответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров, работ или услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем;

соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав тому, как он используется правообладателем, в том числе указания, касающиеся внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему по договору прав;

оказывать покупателям (заказчикам) все дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, приобретая (заказывая) товар (работу, услугу) непосредственно у правообладателя;

не разглашать секреты производства правообладателя и другую полученную от него конфиденциальную коммерческую информацию;

предоставить оговоренное количество субконцессий, если такая обязанность предусмотрена договором;

информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что он использует фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации в силу договора коммерческой концессии.

1 Помимо обязанности уплачивать вознаграждение, которая вытекает из возмездного характера договора, пользователь несет иные обязанности

Во-первых, он обязан использовать средства индивидуализации правообладателя указанным в договоре способом (например, определенным способом фиксировать на документах, бланках, применять при маркировке продукции, проставлять на товаре, упаковке, использовать в рекламе, внешнем оформлении помещений и тд)

Вместе с тем задача законодателя состоит в том, чтобы третьи лица, которые, приобретая товар, заказывая работу или услугу у поль-

зователя, отождествляли его в своих ожиданиях (качество, свойства и т.п.) с оригинальным товаром, работой или услугой правообладателя, не отождествляли личности самих пользователя и правообладателя. Иными словами, они должны ясно представлять себе, что приобретают товар у другого лица — пользователя по договору коммерческой концессии, хотя и принявшего на себя обязательство *обеспечить товару тот же вид и качество, все те характерные свойства*, которые присущи товару, производимому правообладателем. Поэтому в последнем абзаце данной статьи содержится требование к пользователю информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом о том, что пользователь использует фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак, знак обслуживания или иное средство индивидуализации правообладателя в силу договора коммерческой концессии. Использование им чужого имени имеет для него рекламную цель, а в договор с третьими лицами пользователь вступает, приобретая права и исполняя обязанности под собственным именем. Ответственность по ним он несет также от своего имени всем принадлежащим ему имуществом. Таким образом, необходимо избегать введения третьих лиц в заблуждение относительно личности контрагента.

Во-вторых, пользователь обязан производить продукцию такого качества, которое соответствует качеству аналогичной продукции правообладателя. Только в этом случае она может распространяться на рынке под единым товарным знаком или знаком обслуживания и отождествляться с «фирменным» товаром.

С данной обязанностью пользователя связана и другая его обязанность — соблюдать инструкции и указания правообладателя, направленные на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса исключительных прав таким же образом, как он используется правообладателем. Целям максимального эффекта «фирмы» служит и требование относительно внешнего и внутреннего оформления коммерческих помещений, используемых пользователем при осуществлении предоставленных ему прав по данному договору. Они должны быть оформлены в соответствии с указаниями правообладателя и не могут отличаться от оформления помещений правообладателя.

Покупатели (заказчики, услугополучатели) имеют право на получение тех же дополнительных услуг по договору, заключенному с пользователем, как если бы они заключили договор с правообладателем. В силу этого пользователь обязан оказывать покупателям (заказчикам) такие услуги.

В-третьих, поскольку договор является юридическим основанием для передачи прав, которые представляют собой коммерческую

тайну (секреты производства и иные), на пользователя возлагается обязанность сохранять конфиденциальность переданной информации

В-четвертых, пользователь обязан заключить согласованное сторонами количество субконцессионных договоров в установленные сроки, если такая обязанность предусмотрена договором

2 Наряду с обязанностями, перечисленными в этой статье, у пользователя возникают и иные обязанности, предусмотренные настоящей главой (например, ст 1033), общими положениями об обязательствах и договорах ГК и договором

Статья 1033. Ограничения прав сторон по договору коммерческой концессии

1. Договором коммерческой концессии могут быть предусмотрены ограничения прав сторон по этому договору, в частности могут быть предусмотрены:

обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;

обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;

отказ пользователя от получения по договорам коммерческой концессии аналогичных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;

обязательство пользователя согласовывать с правообладателем места расположения коммерческих помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

Ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического положения сторон противоречат антимонопольному законодательству.

2. Являются ничтожными такие условия, ограничивающие права сторон по договору коммерческой концессии, в силу которых.

правообладатель вправе определять цену продажи товара пользователем или цену работ (услуг), выполняемых (оказываемых) пользователем, либо устанавливать верхний или нижний предел этих цен,

пользователь вправе продавать товары, выполнять работы или оказывать услуги исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) либо исключительно покупателям (заказчикам), имеющим место нахождения (место жительства) на определенной в договоре территории.

1 Суть отношений, складывающихся между сторонами по договору, определяется тем, что они работают в одной и той же сфере коммерческой деятельности, предлагая один и тот же товар потребителю, что с неизбежностью должно бы привести к конкуренции между ними. Задача договора коммерческой концессии содействовать продвижению концессионного товара, избегая конкуренции сторон, которые являются партнерами в результате разделения между ними самого рынка. Достичь этого можно, сформулировав такие условия, в силу которых стороны добровольно ограничивают некоторые свои права. Данная статья представляет собой исключение, установленное законом из норм ст 22 и ст 49 ГК.

Эти ограничения формулируются как обязанности сторон, хотя сами такие обязательства включаются в договор по усмотрению сторон, так как норма ст 1033 не является императивной. Содержащийся в ней перечень ограничительных условий договора имеет примерный характер. Так, правообладатель может принять на себя обязательство не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для использования на закрепленной за пользователем территории, а также воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории.

Пользователь же в свою очередь может принять на себя обязательство не заключать аналогичные договоры с другими лицами — реальными или потенциальными конкурентами правообладателя. Он может также принять на себя обязанность не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в отношении деятельности, осуществляемой им с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав. Такая обязанность может возникнуть, в частности, в случае отсутствия условия о территориальном разграничении рынка между сторонами.

Пользователь также может быть ограничен в своем праве свободно выбирать места расположения коммерческих помещений, приняв на себя обязательство согласовывать этот вопрос, так же как и вопросы внешнего и внутреннего оформления помещений, с правообладателем. Включение в договор ограничительных условий в ряде случаев может угрожать монополизацией рынка. Поэтому законодатель включил в данную статью положения о том, что по требованию антимонопольного органа эти условия могут быть признаны недействительными,

если они с учетом состояния рынка в той сфере, в которой действуют стороны и с учетом их экономического положения противоречат анти монопольному законодательству» те формируют предпосылки для монополизации рынка При этом вовсе не обязательно признавать недействительным весь договор, достаточно признать его недействительным только в части ограничительных условий

2 Барьером на пути монополизации рынка является положение, признающее ничтожными такие условия договора, которые ограничивают право пользователя на самостоятельное определение цены продажи товара (работ, услуг), равно как и его право на самостоятельный выбор контрагентов по собственным договорам, заключаемым в рамках его предпринимательской деятельности с использованием исключительных прав правообладателя

Статья 1034. Ответственность правообладателя по требованиям, предъявляемым к пользователю

Правообладатель несет субсидиарную ответственность по предъявляемым к пользователю требованиям о несоответствии качества товаров (работ, услуг), продаваемых (выполняемых, оказываемых) пользователем по договору коммерческой концессии.

По требованиям, предъявляемым к пользователю как изготовителю продукции (товаров) правообладателя, правообладатель отвечает солидарно с пользователем.

Обе стороны несут ответственность за ненадлежащее качество товаров (работ, услуг), которые предоставляются (выполняются, оказываются) в рамках договора коммерческой концессии третьим лицам - покупателям, заказчикам, услугополучателям Возможность привлечения наряду с пользователем в качестве обязанной стороны правообладателя определяется тем, что он является первоначальным, оригинальным производителем данного товара, работы или услуги, «слепок» с которого становится деятельность пользователя

Если продаваемые пользователем товары, выполняемые им работы или оказываемые услуги не соответствуют надлежащему качеству, ответственность правообладателя имеет субсидиарный характер (см ст 399 ГК) При этом надо исходить из того, что пользователь реализует товар, производимый правообладателем

Если же речь идет о товаре, производимом самим пользователем по разработкам и технологиям правообладателя, то в этом случае предполагается солидарная ответственность обеих сторон, как наиболее полно обеспечивающая защиту прав потребителей И это справедливо, поскольку качество товара в данном случае зависит от обоих — право-

обладателя как лица, предоставившего информацию по изготовлению товара, и пользователя как лица, изготовившего товар. Регулирование этих отношений осуществляется по правилам ст.ст. 322-324 ГК. Следует отметить, что употребляемое в последнем абзаце настоящей статьи понятие «продукция» охватывает любые результаты коммерческой (производственной, торговой, сервисной) деятельности сторон. Правообладатель и пользователь также несут субсидиарную ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков концессионных товаров, работ и услуг (см. ст. 1095-1098 ГК). Во всех случаях определяющим моментом качества продукции является качество передаваемых правообладателем патентных прав (прежде всего прав на технологию).

Статья 1035. Право пользователя заключить договор коммерческой концессии на новый срок

1. Пользователь, надлежащим образом исполнявший свои обязанности, имеет по истечении срока договора коммерческой концессии право на заключение договора на новый срок на тех же условиях.

2. Правообладатель вправе отказать в заключении договора коммерческой концессии на новый срок при условии, что в течение трех лет со дня истечения срока данного договора он не будет заключать с другими лицами аналогичные договоры коммерческой концессии и соглашаться на заключение аналогичных договоров коммерческой субконцессии, действие которых будет распространяться на ту же территорию, на которой действовал прекратившийся договор. В случае, если до истечения трехлетнего срока правообладатель пожелает предоставить кому-либо те же права, какие были предоставлены пользователю по прекратившемуся договору, он обязан предложить пользователю заключить новый договор либо возместить понесенные им убытки. При заключении нового договора его условия должны быть не менее благоприятны для пользователя, чем условия прекратившегося договора.

1. По правилам данной статьи пользователь по договору коммерческой концессии имеет право на заключение договора на новый срок на прежних условиях.

При этом должны быть соблюдены следующие требования. Во-первых, пользователь должен быть добросовестным контрагентом, т.е. исполнить свои обязанности по прежнему договору надлежащим образом (в соответствии с условиями договора). Бремя доказывания ненадлежащего исполнения обязанностей пользователем лежит на правообладателе в силу положений п. 3 ст. 10 ГК, которая формулирует презумпцию добросовестности. Во-вторых, приведенное правило

действует в отношении пользователей по договору коммерческой концессии, заключенному на определенный срок Пользователь по договору заключенному без указания срока его действия, не обладает таким правом

2 Правообладатель освобождается от обязанности возобновить договорные отношения с прежним контрагентом в случае, если он вообще не намерен заключать такой договор с кем бы то ни было. Следовательно, отказ в возобновлении договора с прежним контрагентом обязывает правообладателя не вступать в аналогичные отношения с другими лицами в пределах территории действия прежнего договора в течение трех лет. В противном случае прежний пользователь может требовать возмещения понесенных им убытков.

В пункте 2 настоящей статьи указывается, что условия нового договора должны быть не менее благоприятными для пользователя, чем условия прекратившегося договора. Стороны, однако, вправе по взаимному согласию заключить новый договор на новых условиях.

Статья 1036. Изменение договора коммерческой концессии

Договор коммерческой концессии может быть изменен в соответствии с правилами, предусмотренными главой 29 настоящего Кодекса.

В отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии вправе ссылаться на изменение договора лишь с момента регистрации этого изменения в порядке, установленном пунктом 2 статьи 1028 настоящего Кодекса, если не докажут, что третье лицо знало или должно было знать об изменении договора ранее.

В статье содержится отсылка к общим нормам ГК, в которых устанавливаются основания, порядок и правовые последствия изменения договора (см. комментарий к гл. 29).

В главе 29 ГК указывается, в частности, что основанием одностороннего изменения договора в судебном порядке является существенное нарушение договора другой стороной. Условия договора могут быть изменены и в силу требований стст. 1039, 1040 гл. 54 ГК в связи с изменением фирменного наименования или прекращения исключительного права, пользование которым передано по данному договору. Согласно ст. 452 ГК, соглашение об изменении договора совершается в той же форме, в какой был заключен сам договор. Кроме того, изменения должны быть зарегистрированы в том же порядке и в тех же органах, что и сам договор коммерческой концессии. Только после этого стороны договора в отношениях с третьими лицами могут ссылаться на изменение его условий. Вместе с тем они не лишаются права доказывать, что данное третье лицо знало или должно было знать ранее о таком изменении.

Статья 1037. Прекращение договора коммерческой концессии

1. Каждая из сторон договора коммерческой концессии, заключенного без указания срока, вправе во всякое время отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок.

2. Досрочное расторжение договора коммерческой концессии, заключенного с указанием срока, а также расторжение договора, заключенного без указания срока, подлежит регистрации в порядке, установленном пунктом 2 статьи 1028 настоящего Кодекса.

3. В случае прекращения принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами договор коммерческой концессии прекращается.

4. **При** объявлении правообладателя или пользователя несостоятельным (банкротом) договор коммерческой концессии прекращается.

1. Основания прекращения договора коммерческой концессии различны. В частности, он может быть прекращен в силу изменения фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя (ст. 1039 ГК), прекращения исключительного права, пользование которым предоставлено по договору (ст. 1040), смерти правообладателя (физического лица), если правопреемник не получит статуса предпринимателя в установленном законом порядке (ст. 1038), и др.

Способы прекращения договора коммерческой концессии тоже различны. Прежде всего, они зависят от того, обозначен ли в договоре срок его действия. Если договор заключен без указания срока, то применяется общее правило, согласно которому любая сторона договора во всякое время вправе по своему усмотрению от него отказаться. Отказ от договора представляет собой одностороннюю сделку, следовательно, речь в данном случае идет не о соглашении сторон. Более того, законодатель не требует согласия другой стороны на расторжение договора. В то же время он указывает, что такой отказ будет правомерным действием, если сторона, отказывающаяся от договора, заранее уведомит контрагента о своем решении. Если в самом договоре не предусмотрен более длительный срок для такого уведомления, то действует правило, сформулированное в п. 1 ст. 1037 ГК, устанавливающее шестимесячный срок. Этот срок необходим для того, чтобы другая сторона приняла необходимые меры, чтобы избежать возможные убытки, связанные с прекращением обязательства.

Расторжение договора должно быть оформлено письменно и зарегистрировано в тех же государственных органах, в которых он был зарегистрирован при заключении.

2 Конструкция, предусмотренная п 1 настоящей статьи, используется также в случае досрочного расторжения договора, заключенного на определенный срок

3 Одним из специальных оснований прекращения договора коммерческой концессии является прекращение принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены его новым, поскольку исчезает основной элемент предмета договора, с которым отождествляется репутация правообладателя и его продукции. Если же происходит изменение фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя, у пользователя есть право выбора — расторгнуть договор или сохранить

4 Основанием прекращения договора коммерческой концессии является объявление любой из его сторон банкротом. Это основание прекращения договора тоже имеет специальный характер, ибо оно отсутствует в общем перечне оснований прекращения обязательств в гл 26 ГК. Кодекс предполагает в качестве общего основания прекращения обязательства ликвидацию юридического лица (ст 419). Объявление его банкротом не всегда автоматически влечет его ликвидацию. В целях защиты прав его кредиторов законодатель предусматривает процедуры по оздоровлению банкрота и его сохранению на рынке. Однако банкротство правообладателя подрывает его деловую репутацию, которая представляет собой основную ценность, на которой собственно и строится весь договор коммерческой концессии.

Статья 1038. Сохранение договора коммерческой концессии в силе при перемене сторон

1, Переход к другому лицу какого-либо исключительного нрава, входящего в предоставленный пользователю комплекс исключительных прав, не является основанием для изменения или расторжения договора коммерческой концессии. Новый правообладатель становится стороной этого договора в части прав и обязанностей, относящихся к перешедшему исключительному праву.

2. В случае смерти правообладателя его права и обязанности по договору коммерческой концессии переходят к наследнику при условии, что он зарегистрирован или в течение шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется в качестве индивидуального предпринимателя. В противном случае договор прекращается.

Осуществление прав и исполнение обязанностей умершего правообладателя до принятия наследником этих прав и обязанностей или до регистрации наследника в качестве индивидуального предпринимателя осуществляются управляющим, назначаемым нотариусом.

1. Если исключительное право на какой-либо объект промышленной собственности, входящее в комплекс исключительных прав, являющихся предметом договора коммерческой концессии, на законных основаниях переходит к другому лицу, то договор коммерческой концессии сохраняется в силе. При этом на одной стороне — правообладателя — имеет место перемена лиц (правопреемство). Такая перемена возможна в случаях реорганизации юридического лица, смерти физического лица — индивидуального предпринимателя, являющихся правообладателями в договоре коммерческой концессии, уступки правообладателем патента другому лицу.

Если из всего комплекса прав, являющихся предметом договора коммерческой концессии, к новому лицу переходит одно или несколько прав, то договор сохраняется, но сторона-правообладатель будет представлена уже несколькими лицами. Эта множественность будет иметь долевой характер при делимости предмета обязательства и солидарный — при неделимости, однако обязанности этих лиц в отношении пользователя будут солидарными в силу общего правила п. 2 ст. 322 ГК.

2. Поскольку договор коммерческой концессии возможен лишь между предпринимателями, то в случае смерти правообладателя-гражданина договор сохраняет силу только тогда, когда наследник также является предпринимателем или успеет зарегистрироваться в качестве такового в течение 6 месяцев со дня открытия наследства. На период времени, пока наследник не вступил в права наследования или не зарегистрировался в качестве индивидуального предпринимателя, его интересы будут представлены в договоре управляющим, назначаемым нотариусом. Помимо настоящей статьи основанием для возникновения таких отношений является ст. 1173 ГК «Доверительное управление наследственным имуществом» и ст. 1026 ГК, предусматривающая доверительное управление имуществом (п. 1).

Статья 1039. Последствия изменения фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя

В случае изменения правообладателем своего фирменного наименования или коммерческого обозначения, права на использование которых входят в комплекс исключительных прав, договор коммерческой концессии действует в отношении нового фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя, если пользователь не потребует расторжения договора и возмещения убытков. В случае продолжения действия договора пользователь вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

Настоящая статья регулирует отношения в случае изменения фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя, не называя оснований такого изменения

Изменение фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя свидетельствует об изменении самого предмета договора. В этом случае у пользователя появляется право по своему выбору либо продолжить концессионные отношения, либо потребовать расторжения договора. В случае продолжения договора к пользователю переходит право на использование нового фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя. Качественное изменение предмета договора, если широко известная «фирма» меняется на новую, мало кому известную, может повлечь дополнительный предпринимательский риск и негативно отразиться на прибыли пользователя, поэтому одновременно он получает право потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

Изменение фирменного наименования или коммерческого обозначения правообладателя является специальным основанием для расторжения договора коммерческой концессии.

Если пользователь расторгает договор в связи с изменением фирменного наименования правообладателя, он имеет право потребовать возмещения связанных с этим убытков.

Статья 1040. Последствия прекращения исключительного права, пользование которым предоставлено по договору коммерческой концессии

Если в период действия договора коммерческой концессии истек срок действия исключительного права, пользование которым предоставлено по этому договору, либо такое право прекратилось по иному основанию, договор коммерческой концессии продолжает действовать, за исключением положений, относящихся к прекратившемуся праву, а пользователь, если иное не предусмотрено договором, вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

В случае прекращения принадлежащих правообладателю прав на фирменное наименование или коммерческое обозначение наступают последствия, предусмотренные пунктом 2 статьи 1037 и статьей 1039 настоящего Кодекса.

Объектом договора коммерческой концессии могут быть как бессрочные исключительные права, так и имеющие срочный характер

Если в отношении бессрочного исключительного права (на фирменное наименование и коммерческое обозначение) действуют нормы ст. 1037 (п. 3) и ст. 1034, то настоящая статья регулирует отноше-

ния, связанные с прекращением иных исключительных прав Прекращение такого права в силу истечения срока его действия или в силу иных оснований не служит препятствием для продолжения существования обязательства по договору коммерческой концессии Они являются такими компонентами комплекса прав (предмета договора), которые не исчерпывают минимального набора прав в отличие от права на фирменное наименование Прекращение срока действия патента является основанием для свободного использования любым субъектом права охранявшихся им объектов Прекращение прав на охраняемую коммерческую информацию возможно вследствие утраты одного из условий, перечисленных в ст 139 ГК В то же время эти обстоятельства свидетельствуют об изменении предмета договора, следовательно, обязательство продолжает существовать в измененном виде только в отношении сохранившихся прав

Естественно, такое изменение предмета договора с неизбежностью влечет изменение условия о цене путем ее уменьшения и автоматически исключает все условия, касающиеся использования прав, прекративших существование Таким образом, стороны должны согласовать соответствующие изменения в содержании договора

Прекращение исключительных прав не должно вести к утрате комплексности объекта договора Если в результате прекращения этих прав в предмете договора сохраняются исключительные права лишь на один объект, договор трансформируется в лицензионный или смешанный договор, если в нем также сохраняется условие об охраняемой коммерческой информации

Научное издание

Сосна Сергей Андреевич
Васильева Елена Николаевна

ФРАНЧАЙЗИНГ
Коммерческая концессия

Зав редакцией *А Л Фролова*
Редактор *Л С Аппова*
Художник *Л С Скорород*
Компьютерный дизайн и верстка *М Н Колосов*

ИД № 04284 от 15 03 2001

Подписано в печать 10 01 2005 Формат 60х90'/₁₆ Гарнитура Тайме
Печать офсетная Печ л 23 5 Тираж 2000 экз Тип зак 2355.

Международная академическая
издательская компания «Наука/Интерпериодика»
Издательско-книготорговый центр «Академкнига»
117997, Москва, Профсоюзная ул, 90

Но вопросам поставок обращаться
в отдел реализации ИКЦ «Академкнига»
Тел/факс (095)334-73-18
e-mail bookreal@maik.ru, web site http://www.akademknga.com

Книги ИКЦ «Академкнига» можно приобрести через агентство «Понта-Сервис»
Заказы направлять по адресу
125413 г Москва, А/Я 5
тел 453 30-60, 450-60 13, факс 453 60-13,
e-mail agentstvops@hst.ru
Агентство «Почта Сервис»

Отпечатано с готовых диапозитивов в
ОАО «Ивановская областная типография»
153008, г Иваново, ул Типографская, 6
E-mail 091018@admmet Ivanovo.ru

ISBN 5-94628-162-3



9 785946 281621