Jurvneshservice
attorneys & counsellors

ФРАНЧАЙЗИНГ И ФРАНЧАЙЗИНГОВЫЙ ДОГОВОР

Учебно-практическое пособие

Анна Цират

2002

Оглавление

Глава 1. Что такое франчайзинг? 3

1. История развития франчайзинга 3
2. Определение франчайзинга 11
3. Преимущества и недостатки франчайзинга для франшизиата 21
4. Преимущества и недостатки франчайзинга для франшизиара 28
5. Какая деятельность может быть франчайзинговой? 32

Глава 2. Регулирование франчайзинга в различных юрисдикциях 38

1. Регулирование франчайзинга в США 39
2. Регулирование франчайзинга в Канаде 46
3. Регулирование франчайзинга во Франции 49
4. Регулирование франчайзинга в Бразилии 50
5. Правовое регулирование франчайзинга в Мексике 51
6. Регулирование франчайзинга в Испании 53
7. Регулирование франчайзинга в КНР 53
8. Регулирование франчайзинга в Индонезии 54
9. Регулирование франчайзинга в Южной Корее 57
10. Регулирование франчайзинга в Европейском Сообществе 60
11. Регулирование франчайзинга добровольными франчайзинговыми ассоциациями 88
12. Регулирование франчайзинга в Белоруссии 93
13. Регулирование франчайзинга в Российской Федерации 94
14. Перспективы франчайзинговых договоров в Украине 99

Глава 3. Франчайзинговый договор 113

1. Правовая природа франчайзингового договора 113
2. Субъекты франчайзинговых правоотношений 129
3. Формирование внутренней воли при заключении франчайзингового договора 133

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054

+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

4. Объект франчайзинговых правоотношений 144

5. Виды франшизы 147

6. Виды франчайзинговых договоров 150

7. Форма и порядок заключения франчайзинговых договоров 155

8. Права и обязанности сторон франчайзинговых договоров 165

8.1. Прямой франчайзинговый договор.....165

8.2. Договор эксплуатации франшизы из многочисленных помещений 168

8.3. Договор развития..... 169

8.4. Генеральный договор развития.....171

8.5. Генеральные франчайзинговые договоры 172

8.6. Договоры комбинационного франчайзинга 173

9. Виды франчайзинговых платежей 175

10. Прекращение франчайзингового договора 177

Глава 4. Международный франчайзинг 186

Приложение 1. Правила по регулированию торговли: Требования по раскрытию информации и запреты в отношении франчайзинга и предприятий предпринимательских возможностей.....194

Приложение 2. Римский договор о ЕЭС 223

Приложение 3. Pronuptia de Paris GmbH v.Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (дело 161/84)..... 225

Приложение 4. Терминология, рекомендованная к употреблению во франчайзинговых договорах 265

Приложение 5. Типовой закон 266

Приложение 6. Франчайзинговый договор..... 282

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054

+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

Глава 1. Что такое франчайзинг?

1. ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ФРАНЧАЙЗИНГА

Нечто подобное тому, что сейчас называют франчайзингом, существовало и раньше, еще в давние времена. Это была некая система, в соответствии с которой предоставлялись определенные права или делегировались определенные полномочия в обмен за плату. Примером такого «франчайзинга» может служить баронская система в Англии, когда король предоставлял права баронам по сбору и подсчету налогов. Система гильдий, существовавшая в Лондонском Сити, была также своеобразной формой франчайзинга. Так, членство в ливрейных компаниях Лондонского Сити предоставляло таким членам множество различных привилегий. Обычным методом вступления в ливрейную компанию было поступление в ученичество, которое, по его успешному окончанию, предоставляло статус фримена (free man), т.е. гражданина, который получал право служить любому господину или самому себе. Такая компания разрабатывала, утверждала, а также защищала стандарты производимых товаров и предоставляемых услуг и эффективно ограничивала конкуренцию. По сути, членство в компании давало право работать в пределах Лондонского Сити, но только в соответствии со стандартами, выполнение которых тщательно проверялось. Без членства в ливрейной компании невозможно было иметь магазин или торговать в пределах Сити. Можно сказать, что ливрейные компании предоставляли своим членам франшизу по торговле в Сити в соответствии со стандартами, которые должны были однозначно соответствовать и ассоциироваться с членством в такой ливрейной компании. Итак, элементы правоотношений, которые мы сейчас называем франчайзинговыми были давно. Однако, только с широким развитием товарно-денежных отношений в эпоху, так называемой «второй волны», или эпоху индустриальной цивилизации, франчайзинг получил свое широкое признание и применение в повседневной практике предпринимательской деятельности.

До появления сложных, многоуровневых и разветвленных систем сбыта производители товаров контактировали непосредственно с покупателями (потребителями) этих товаров и с целью их сбыта производителями практиковались различные методы: от получения заказов по почте и рекламы посредством коммивояжеров (путешествующих торговцев) - до продажи через уполномоченных дистрибьюторов[1]. В США, Англии и других странах, воспринявших английскую систему права, широко распространенной практикой было называть розничных торговцев определенными товарами агентами, даже если между производителем товаров и независимым розничным торговцем существовали правоотношения обычной купли-продажи. Как правило, в таких случаях, в договоре предусматривалось предоставление агенту исключительных прав по продаже определенного товара или определенного перечня товаров на четко определенной в договоре территории. По мере ужесточения конкуренции и, прежде всего, в сфере сбыта товаров и услуг, по мере ужесточения «борьбы за потребителя», шел процесс усложнения и совершенствования форм и методов сбыта. Именно в этом не прекращающемся процессе совершенствования и возник франчайзинг. И, совершенно не случайно, что в современном его виде франчайзинг возник именно в Соединенных Штатах, стране самого развитого капитализма, стране, в которой рыночные отношения существовали и развивались в самом «чистом» виде, с минимальными ограничениями и минимальным вмешательством в них государства.

Первоначально, наибольшее распространение франчайзинг, как особый метод сбыта товаров, получил в трех отраслях промышленности США: автомобилестроении, производстве прохладительных напитков и аптечном бизнесе.

До широкого применения франчайзинга основными факторами, отрицательно влияющими на сбыт автомобилей, являлись, с одной стороны, необходимость открытия большого числа сбытовых розничных предприятий, и,

[1] Дистрибьютор в переводе с английского обозначает сбытовик. Понятия «дистрибьютор», «дистрибьюторство», а также дистрибьюторские правоотношения получили широкое распространение среди украинских предпринимателей и поэтому автор будет использовать термин «дистрибьютор» в данной книге.

с другой стороны, необходимость поиска вариантов, при которых возможно было бы затрачивать наименьшее количество средств и усилий на содержание таких розничных предприятий. При сбыте автомобилей необходимо было предоставлять покупателю возможность осмотреть автомобиль, который он хочет купить, до того, как им будет принято решение о покупке, при этом место производства автомобилей, как правило, находится в ином месте, нежели место проживания такого покупателя. Дополнительно к этому, необходимо было хранить произведенные автомобили и запасные части к ним, покрывать расходы по поставке автомобиля к месту приобретения покупателем. Послепродажный сервис, как составная часть успешного сбыта, также требовал наличия необходимой инфраструктуры и персонала для ремонта и обслуживания автомобилей в месте, удобном для покупателя. Все это толкало производителей автомобилей на поиск новых форм сбыта, которые бы были для них и эффективны и не столь обременительны.

Родоначальником использования франчайзинга при продаже автомобилей была американская компания Western Auto Supply Company, которая за 30 лет сумела создать сеть розничных франчайзинговых предприятий, число которых к концу 60-х годов достигло 4 000.

Ярким примером использования франчайзинга при производстве и сбыте прохладительных напитков является создание сбытовой сети компанией Coca Cola. Краеугольным камнем системы франчайзинга и базовым элементом в производстве напитка компании Coca Cola является специальный сироп. Компания Coca Cola продает сироп компаниям, имеющим необходимое оборудование по закупорке прохладительного напитка в бутылки, дает рекомендации по добавлению необходимых ингредиентов в соответствующих количествах, а также разрешает разливать полученный напиток в соответствующего вида бутылки и продавать их. При этом рецепт сиропа хранится в глубокой тайне. В последующем, метод сбыта прохладительных напитков (соков, лимонадов и т.п.), при производстве которых используется базовый сироп, получил широкое распространение в различных странах.

В аптечном бизнесе впервые франчайзинг был использован в 1902 году, когда Льюис Леггетт пригласил некоторых собственников аптек для обсуждения возможности создания “аптечного кооператива”. Леггетт объяснил, что увеличение прибыли от продажи лекарств возможно либо при осуществлении крупнооптовых закупок определенных лекарств, или же при создании членами кооператива собственной фармацевтической компании. Такая фармацевтическая компания может создать свою собственную торговую марку или, как принято именовать это в сегодняшних условиях ведения предпринимательской деятельности, бренд, и только члены кооператива или лицензиаты[2] смогут продавать произведенные ею лекарства. Результатом этого начинания явилась торговая марка Rexall.

В пищевой промышленности франчайзинг был впервые использован также в начале 30-х годов. Ховард Джонсон (Howard Johnson) основал два предприятия по производству мороженого и ресторан, в котором это мороженое продавалось. Однако на открытие дополнительных ресторанов в других частях города у него не было денег. Тогда он предложил своему школьному товарищу помощь в оформлении, меблировке и контроле по ведению ресторанного бизнеса. Ховард продавал ему мороженое и другие сопутствующие товары под маркой «Ховард Джонсон». Как только это предприятие стало приносить прибыль, Джонсон предоставил право другим предпринимателям работать по его системе и, таким образом, открыл дополнительные рестораны. К 1940 году было открыто и функционировало более 100 ресторанов Ховарда Джонсона. Многими из них владели лица, не имевшие до этого никакого опыта в ведении ресторанного бизнеса. Благодаря франчайзингу неопытные в ресторанном бизнесе владельцы ресторанов получали прибыль от использования опробованных методов и контроля за применением этих методов, а Ховард Джонсон получал прибыль от производимых им поставок мороженого и других товаров, имея постоянных потребителей своей продукции.

[2] Лица, получившие лицензию на право пользоваться брендом (торговой маркой или торговым наименованием)

Следует, однако, отметить, что не все предприниматели, начавшие активную деятельность в 30-е годы, стали немедленно практиковать франчайзинг. Многими этот метод сбыта товаров и услуг стал использоваться значительно позже. Примерами такого «запоздалого» использования франчайзинга являются Choice Hotels (начало деятельности в 1939г., использование франчайзинга начиная с 1960-г.); Sheraton Hotels (1937 и 1962 соответственно), Travelodge (1935 и 1966 соответственно) и другие[3].

Конец 50-х – начало 60-х можно считать временем бурного роста в США франчайзинга как одного из основных методов сбыта товаров и услуг. Множество широко известных торговых марок появились именно в это время, среди них: ServiceMaster (1949); Holiday Inn (1952); Burger Inn (1954); Dunkin' Donuts (1954); McDonalds (1955); Budget Rent a Car (1958) и другие.

Использование франчайзинга к концу 60-х было значительным, а его методы применялись в самых различных сферах предпринимательской деятельности, число которых перевалило за 700. Первоначально, франчайзинг использовался начинающими предпринимателями как возможность становления своего бизнеса, а предпринимателями, достигшими определенного успеха, как способ расширения своего бизнеса в ответ на растущий спрос у потребителей на те или иные их товары или услуги. Молодые предприниматели, видя получаемую преуспевающими предпринимателями прибыль, просили обучить их способам ведения этого или похожего бизнеса для получения таких же или сопоставимых доходов. И уже в это время было отмечено, что франчайзинг как метод сбыта товаров и услуг обладает двумя замечательными чертами. Первая черта – это возможность привлечения дополнительных капиталов для расширения бизнеса без привлечения внешнего кредитования. Вторая черта – новые пользователи определенного метода сбыта товаров или услуг управляли вновь открытыми предприятиями, а, следовательно, собственнику системы не было необходимости нести затраты по содержанию таких предприятий (арендная плата за помещения, зарплата

[3] Более подробно, смотри Martin Mendelsohn and Robin Bynoe "Franchising", FT Law & Tax, 1995. P. 22 – 25.

персонала, оплата различных коммунальных платежей и т.п.) и контролировать их каждодневную деятельность.

Свидетельством развития франчайзинга могут служить статистические данные Министерства торговли США, которое готовит ежегодные отчеты по франчайзингу. Эти отчеты готовятся по так называемым товарному, брендовому франчайзингу и франчайзингу предпринимательского формата.

Первая из указанных разновидностей франчайзинга, товарный, включает в себя дилеров транспортных средств (легковых автомобилей и грузовиков), заправочные станции и предприятия по разливу прохладительных напитков. Тенденция, характеризующая эту категорию франчайзинга, состоит в том, что уменьшается общее число сбытовых предприятий при общем увеличении их совокупного годового дохода. Обзор 1972 года зафиксировал 262 000 предприятий с общим годовым доходом в размере 72 миллиарда долларов США, а в 1988 году количество сбытовых предприятий составляло всего лишь 140 820 с общим годовым доходов в 281 миллиард долларов США.

Тенденция развития франчайзинга предпринимательского формата представляет собой увеличение как числа предприятий, использующих этот метод сбыта товаров, так и увеличение их совокупного годового дохода. Так, в 1972 году на 189 640 предприятий приходился совокупный годовой доход в 17,9 миллиардов долларов США, который к 1988 году увеличился до 118,8 миллиардов долларов США при общем увеличении количества предприятий до 368 458 предприятий. За период с 1946 по 1972 годы был отмечен рост и формирование более 902 различных франчайзинговых систем.

В 1995 году 34% годовых продаж обеспечивалось благодаря франчайзингу, который осуществлялся через 500 000 сбытовых предприятий с совокупным годовым доходом в 640 миллиардов долларов США[4].

Успешно франчайзинг развивался не только в США, но и других странах. Так, в Канаде с 1981 по 1984 годы средний годовой оборот франчайзинговых предприятий увеличился на 15%. В тот же самый период совокупный оборот

[4] Данные взяты из книги Martin Mendelsohn and Robin Bynoe “Franchising”, FT Law & Tax, 1995

продаж и ВВП увеличивался на 8% и 7% соответственно. В 1984 году совокупный объем розничных продаж через франчайзинговые предприятия превысил 48 миллиардов канадских долларов, что составило 45% всего объема розничных продаж в стране. По данным 1985 года 50% от указанного дохода составлял франчайзинг предпринимательского формата, рассматривавшийся на тот момент как нетрадиционная форма франчайзинга. В 1987 году в Канаде работало 1000 франшизиаров, функционировавших через более чем 45 000 франчайзинговых предприятий, совокупный доход которых составлял 61 миллиард канадских долларов[5].

Быстрое развитие рынков латиноамериканских стран, в частности, рынков Бразилии, Мексики и Аргентины, также осуществляется благодаря франчайзингу. В середине 80-х годов в Бразилии наблюдался своеобразный взрыв в использовании франчайзинговых отношений, давший ежегодный средний рост продаж на 35%. В 1993 году в Бразилии ежегодный доход от франчайзинга, в целом, составил 48,1 миллиардов долларов США, что составляло 10% ВВП страны[6].

Международный институт унификации частного права (UNIDROIT) в Приложении № 2 к Руководству по составлению международных генеральных франчайзинговых соглашений[7] приводит статистические данные, собранные из различных источников, которые убедительно свидетельствуют о распространении франчайзинга по всему миру.

Вот эти данные:

---

[5] Данные взяты из книги A.S. Konigsberg, International Franchising, Second Edition, Juris Publishing, New York, 1997, P. II.III.7-8

[6] Данные взяты из статьи L.H.O do Amaral “Brazil is bound to introduce disclosure requirements”, опубликованной в Journal of International Franchising and Distribution Law, том 8, 1994, стр. 102

[7] Смотри: Guide to International Master Frachise Arrangements. UNIDROIT. Rome. 1998. Указанное руководство на английском языке может быть заказано непосредственно в UNIDROIT путем направления заказа по адресу Института: Via Panisperna, 28 – 00184 Rome - ITALY

Континент	Страна	Год	Кол-во франшизиаров	Количество учрежденных фр.предприятий	Количество работающих в этих предприятиях	Совокупный доход в миллиардах долларов США	Процент в розничной торговле	Ежегодный рост франчайзинга в целом
Европа	Австрия	1997	210	3000	40000	1,7		
	Бельгия	1997	170	3500	28500	2,5		
	Дания	1997	98	2000	40000	1		
	Франция	1997	470	25750	355500	9,8		
	Германия	1997	530	22000	230000	15,6		
	Венгрия	1997	220	5000	4 5000	2,7	3	
	Италия	1997	436	21390	49658	12,8		
	Нидерланды	1997	345	11910	100000	9,8		
	Норвегия	1997	125	3500		3,9		
	Португалия	1997	220	2000	35000	1		
	Испания	1997	288	13161	69000	7,2	5	
	Швеция	1997	230	9150	71000	6,1	8	
	Великобритания	1997	474	25700	2 22700	9,5	19	10
Северная и Южная Америка	США	1992	2500	429217	4721387	249	35	10
	Канада	1992	1134	25052		12,9	45 (в 1984)	40 (1988-1992)
	Мексика	1994		5000	75000	3		
	Бразилия	1003		21244		4,9		35
	Чили	1994	35	200	10000	1,1		
Азия/	Япония	1995	755	158000		13,1млн йен		4

Тихо-океан-ский регион								
	Малайзия	1995	125	800		609,5 мил.		
	Австралия	1994	555	30500	279000	29		14
Африка	Южная Африка	1992	90	2700		1,5		

Приведенные в таблице цифры неопровержимо подтверждают широкое распространение, жизнеспособность, а также роль и значение франчайзинга в предпринимательской деятельности подавляющего большинства развитых стран.

Кратко рассмотрев историю возникновения и развития франчайзинга, а также его роль в современной торговле, мы можем перейти к изучению франчайзинга как явления правового характера.

2. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА

Как указано нами, франчайзинг – это определенный способ продвижения и сбыта товаров и услуг. По мнению Мартина Мендельсона, одного из ведущих специалистов в области франчайзинга, два основных фактора способствовали небывалому распространению франчайзинга. Это, во-первых, потребность в развитии и расширении определенной предпринимательской деятельности, ассоциирующейся с конкретным предприятием и, во-вторых, возможность достижения расширения через кооперирование с другими лицами, владеющими необходимым капиталом и человеческими ресурсами для достижения необходимого результата. С экономической точки зрения, франчайзинг позволяет производителю товаров или услуг, известных потребителя имеющих спрос, расширить сбыт своих товаров или услуг путем

открытия новых предприятий, не вкладывая при этом собственных или заемных средств. Открытие таких предприятий происходит за счет средств другого лица, являющегося собственником открытых предприятий. Вкладывая собственные средства в свое предприятие, это лицо экономически заинтересовано в его эффективном функционировании.

В дальнейшем, при описании схемы работы такой сбытовой сети нами будут использоваться термины:

Франчайзинговые правоотношений, т.е. отношения между собственником известной торговой марки и лицом, получающим право пользоваться такой торговой маркой и ноу-хау собственника при организации предприятия;

- франшизиар[8] – собственник определенной торговой марки, предприятия и всего, что ассоциируется с этим предприятием и этой торговой маркой, которые составляют основу франчайзинговой сети; и
- франшизиат – лицо, которое приобретает право «копировать» и пользоваться определенными элементами организации предприятия и торговой маркой франшизиара.

Любая франчайзинговая система основана на успешно функционирующем предприятии франшизиара и это является основополагающим элементом франчайзинга. Если нет такого успешно функционирующего предприятия, то нет и фактической основы для франчайзинга. Франшизиаром может быть производитель определенных товаров или услуг, оптовый или розничный торговец, лицо, не являющееся производителем или торговцем, однако, обладающее определенной ценной информацией, или предоставляющее определенный вид услуг.

Предприятие франшизиара обязательно должно чем-то выделятся на фоне других предприятий, ведущих подобную ему предпринимательскую деятельность. Необходима явно выраженная «индивидуализация» предприятия франшизиара. Такой внешневыделенной индивидуализацией франшизиара является «бренд». Бренд может включать в себя только торговую марку,

[8] Автор изначально вводит терминологию, правомерность использования которой, будет детально исследована в последующих разделах.

используемую при производстве товаров или услуг. Такая торговая марка может быть, а может не быть зарегистрированной. Брендом может быть определенное торговое наименование. Бренд может также представлять собой совокупность всех элементов имиджа франшизиара: торговое наименование, торговую марку, торговые символы, используемые при продаже товаров или предоставлении услуг, определенный интерьер торговых помещений, в которых ведется предпринимательская деятельность и т.п.

Другой важной отличительной чертой франшизиара является ведение предпринимательской деятельности в соответствии с определенной, известной только франшизиару, системой. Такую систему, зачастую, называют ноу-хау. В отличие от бренда, внешне индивидуализирующего франшизиара, отличающего его от других и являющегося открытым и общеизвестным, система или ноу-хау франшизиара, наоборот, является коммерческой тайной франшизиара.

Для того чтобы предприятие франшизиата мало потенциальных потребителей с самого начала своего функционирования и было прибыльным, оно оформляется таким же образом, как и предприятие франшизиара. Одинаковость предприятий достигается не только путем воспроизведения внутреннего и внешнего вида предприятия франшизиара, а также путем использования торгового наименования, торговой марки, логотипов и торговых символов франшизиара. Таким образом, рекламируя свои предприятия, франшизиар одновременно рекламирует и предприятие франшизиата.

Успешное функционирование предприятия франшизиара обусловлено не столько удачным внешним оформлением, сколько удачной внутренней организацией функционирования предприятия. Таким образом, для достижения франшизиатом такой же успешности, его предприятием должно быть оформлено схожим образом с предприятием франишзиара не только внешне, и “внутренне”. То есть, франшизиар должен научить франшизиата тем способам ведения предпринимательской деятельности, которые уже опробованы им самим. Процесс обучения опосредуется как специальными курсами, проводимыми для персонала франшизиата, так и передачей в его владение и пользование определенных учебных материалов. Франшизиар должен не только научить франшизиата своим методам, но и постоянно контролировать, как применяются на практике эти методы.

Благодаря такой системе построения франчайзинговых отношений на рынке образуется сеть однотипных предприятий, т.е. предприятий схожих, как с точки зрения внешнего оформления, так и с точки зрения способов ведения ими предпринимательской деятельности. Такие схожие предприятия образуют франчайзинговую сеть или сеть франчайзинговых предприятий, в которой успешное функционирование каждого из предприятий, в частности, и всех предприятий, вместе, положительно влияет на создание и дальнейшее поддержание деловой репутации определенных товаров или определенной торговой марки, то есть, фактически, деловой репутации франшизиара.

Созданная деловая репутация франшизиара является его нематериальным активом, имеющим, в конце концов, стоимостное выражение. Чем успешнее функционирует франшизиар и сеть его франчайзинговых предприятий, чем более известной является торговая марка, под которой сбываются его товары или услуги, тем большим является стоимостное выражение его нематериального актива - деловой репутации. Позволяя франшизиатам оформлять свои предприятия схожим с предприятием франшизиара образом, франшизиар “накрывает” франшизиата зонтиком своей деловой репутации и, таким образом, предоставляет ему возможность работать прибыльно. То есть уже сам факт оформления предприятия определенным образом, иными словами, сам факт вступления во франчайзинговую сеть предприятий франшизиара, положительно влияет на дальнейшее функционирование франшизиата. Это позволило франшизиару рассматривать вступление франшизиатов во франчайзинговую сеть предприятий как предоставление франшизиату определенного блага. Предоставление этого блага рассматривается франшизиаром как продажа франшизиату права присоединиться к его франчайзинговой сети на определенное время.

Таким образом, наличие бренда, деловой репутации и успешное функционирование системы является предпосылкой создания франчайзинговой сети. Передача франшизиаром на определенных условиях права пользования брендом и системой франшизиату и является существом франчайзинговых правоотношений и предметом франчайзингового договора. Условия использования бренда и системы, срок такого использования, прекращения, продления и возобновления пользования системой, контроля за деятельностью франшизиата, в некоторых странах называют франшизой. Как будет показано

нами в последующем, в нормативных актах различных стран, касающихся регулирования франчайзинга, дается определение либо франчайзингового договора, либо франшизы.

Многие исследователи франчайзинга рассматривают возможность приобретения права пользования системой франшизиара как наиболее важную черту франчайзинга. Действительно, развитие и становление любой предпринимательской деятельности, как правило, осуществляется путем проб и ошибок. Исправление допущенных ошибок, поиск новых возможных путей развития бизнеса ведет, в конце концов, к созданию успешно функционирующего предприятия. По мнению многих специалистов, не все вновь образованные предприятия успешно переживают первых два года своего существования только потому, что их собственники совершают слишком много ошибок и тратят на исправление этих ошибок слишком много усилий и денег, так и не достигнув приемлемого результата. Согласитесь, если Вам, как новичку в бизнесе, предлагают опробованную на практике и зарекомендовавшую себя систему ведения бизнеса в той или иной сфере, у Вас значительно больше шансов пережить опасный период и успешно развивать свое предприятие. Безусловно, невозможно утверждать, что все открытые франчайзинговые предприятия на все 100% успешны. Любая предпринимательская деятельность сопряжена с риском понести убытки. Однако, эти риски существенно снижаются, если рядом с Вами опытный предприниматель, доказавший на деле свою способность создать успешный бизнес. И хотя, очень многое зависит от самого франшизиата, нельзя сбрасывать со счетов и ответственность франшизиара, его умение правильно и своевременно помочь франшизиату в том случае, если у последнего могут или уже возникли проблемы.

Подытоживая, можно определить, что франчайзинг, как метод сбыта товаров или услуг, имеет преимущества для обеих сторон сбыта: франшизиара и франшизиата. Франшизиар может значительно расширить сеть предприятий, через которые сбываются его товары или услуги, не увеличивая своих накладных затрат. Расширение сети франчайзинговых предприятий положительно влияет на укрепление деловой репутации франшизиара и дает ему возможность получать доход от самого факта

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

открытия новых предприятий. Следствием этого явился отказ некоторых франшизиаров от содержания собственных предприятий, то есть такие франшизиары являются лишь собственниками определенной торговой марки и знаний о способах ведения предпринимательской деятельности, они не производят товары или услуги, сбываемые через сеть франчайзинговых предприятий, а получают доходы только от уплачиваемых им франчайзинговых платежей и услуг, предоставляемых франшизиатам.

Франшизиат имеет возможность сбывать товары по определенной, уже отработанной системе, что дает ему возможность избежать ошибок при становлении собственного предприятия и быстрее получить доход от ведения предпринимательской деятельности. Наличие упомянутых преимуществ явилось основанием применения франчайзинга при сбыте товаров и услуг.

Выделим несколько основных элементов, присущих любому виду франчайзинга. Этими элементами являются:

1) наличие, в той или иной форме, бренда (торговой марки, торгового наименования, торговых символов, логотипов);

2) наличие системы (ноу-хау) или особого метода ведения бизнеса;

3) предоставление права пользования брендом и системой;

4) выплата франшизиатом определенного вознаграждения франшизиару за пользование этим брендом и системой;

5) инвестирование франшизиатом собственных или заемных денежных средств во франчайзинговое предприятие, которым он владеет.

Вместе с чертами, присущими франчайзингу, в целом, имеются и определенные особенности, которые присущи только некоторым разновидностям франчайзинга.

В зависимости от основания классификации, франчайзинг можно разделить на виды:

(а) в зависимости от товаров, которые сбываются - промышленный, товарный, из услуг, из торговых марок и торговых наименований;

(б) в зависимости от статуса франшизиата - трудовой, инвестиционный;

(в) в зависимости от характера предпринимательской деятельности - сбытовой, транспортный, быстрого питания;

(г) в зависимости от территории, на которой применяется франчайзинг - международный, территориальный или национальный;

(д) критерий наличия или отсутствия прямых отношений между франшизиаром и франшизиатом: прямой или косвенный франчайзинг;

(е) также необходимо выделить комбинационный франчайзинг, который не подпадает ни под один из предложенных критериев, однако употребляется достаточно широко. Комбинационный франчайзинг предусматривает эксплуатацию нескольких различных франшиз из одного и того же помещения.

Хотя франчайзинг, как показано выше, возможно классифицировать по нескольким видам, анализ законодательства различных стран, регулирующих франчайзинг показал, что, как правило, законодатель регулирует только несколько видов франчайзинга.

Так, например, в США на уровне законодательства штатов франчайзинг рассматривается как инвестиционная деятельность франшизиата, т.е. регулируется инвестиционный франчайзинг. В то же время на федеральном уровне уделяется особое внимание регулированию сбытового франчайзинга.

В Европейском Сообществе специально регулировался сбытовой и промышленный франчайзинг. Под сбытовой франчайзинг подпадала предпринимательская деятельность из перепродажи товаров по системе и под торговой маркой франшизиара.

Под промышленным франчайзингом понимался метод сбыта, который включал в себя промышленные лицензии, базировавшиеся на патентах и/или техническом ноу-хау. Таким образом, промышленный франчайзинг ассоциируется больше с промышленными лицензиями, чем с франчайзингом как таковым.

В сферу регулирования ГК России подпадает франчайзинг по продаже товаров, произведенных или поставленных франшизиаром, или услуг, а также выполнение работ, т.е. законодательно регулируется сбытовой франчайзинг.

Несмотря на наличие различных видов франчайзинга, последнее время широкое распространение получил франчайзинг предпринимательского

формата, который рассматривается как комплексная система ведения предпринимательской деятельности.

По определению Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) франчайзинг предпринимательского формата рассматривается как “продолжительные правоотношения между франшизиаром и франшизиатом, которые включают в себя предоставление не только товаров, услуг и торговых марок, а комплексной предпринимательской системы - маркетинговой стратегии и плана, пособий и стандартов, контроля за качеством и постоянное двухстороннее общение”[9].

По мнению автора, франчайзинг предпринимательского формата явился синтезом наиболее привлекательных и отработанных элементов различных видов франчайзинга, которые в том или ином виде нашли свое отражение во франчайзинге предпринимательского формата.

Определимся с тем, что представляет собой франчайзинг предпринимательского формата. Франшизиар разрабатывает и опробует определенные способы и формы ведения предпринимательской деятельности («предпринимательский формат»), не важно, для сбыта товаров или предоставления услуг. В последующем, право на использование этих опробованных методов и форм передается франшизиату. Таким образом, договор о франчайзинге предпринимательского формата заключается между двумя предпринимателями, где один предприниматель – франшизиар, предоставляет другому предпринимателю – франшизиату право сбывать товары или предоставлять услуги в соответствии с разработанной и опробованной франшизиаром системой, а также под его торговым наименованием или торговой маркой. За предоставление такого права франшизиат выплачивает франшизиару определенное вознаграждение. Разработанная франшизиаром и опробованная на практике система ведения бизнеса и есть то ноу-хау, передача которого в пользование является одной из наиболее характерных черт франчайзинга. Как правило, ноу-хау передается в виде пособия или учебника, в

[9] Intellectual Property Reading Material. Geneva: WIPO, 1998. No. 476(E). Second Edition. - P. 95

котором в доходчивой форме описаны все опробованные способы и формы ведения бизнеса.

С тем чтобы франшизиат как можно скорее освоил передаваемые ему методы ведения бизнеса, франшизиар проводит для его персонала специальные тренировочные или обученческие курсы. Такие курсы могут проводиться одноразово или с определенной периодичностью.

Для того, чтобы обычный потребитель ассоциировал предприятие франшизиата с предприятием франшизиара, а в этом и состоит главная цель франчайзингового договора, такое предприятие должно быть оформлено таким же образом, как и предприятие франшизиара. То есть важно не только использование того же самого торгового наименования, но и, например, использование персоналом франшизиата схожей униформы, схожего торгового оборудования и мебели, интерьера торгового зала, транспортных средств определенной марки и окрашенных определенным образом и т.п. В результате этого, потребитель получает товары или услуги в привычной для него форме, привычным или знакомым ему способом и его, т.е., потребителя, нисколько не интересует, кто владеет предприятием, в котором был приобретен товар или получена услуга.

Часть предпринимателей использует термин «франчайзинг» для определения обычных лицензионных правоотношений. Некоторые юристы считают франчайзинг подвидом лицензионных договоров. В некоторых странах правительственные органы выдают франшизы на осуществление определенных видов предпринимательской деятельности (например, использование радиочастот, получение разрешения на осуществление железнодорожных или иных перевозок). Дилерские продажи легковых автомобилей часто называются предпринимателями франшизами и так далее. Все это, безусловно, только способствует запутыванию понятия «франчайзинг».

Однако, четкое знание черт, присущих только франчайзингу, не позволит спутать эти правоотношения с похожими, но все же другими правоотношениями. К таким чертам следует отнести:

1. Лицо, которое потенциально может быть франшизиаром должно сначала разработать, опробовать и внедрить определенный предпринимательский формат. Под форматом, в данном случае, понимается способ или метод ведения бизнеса. Такой формат должен быть успешным и ассоциироваться у потребителя с определенным брендом;

2. Франшизиар должен выбрать франшизиата и обучить его всем методам и способам работы франчайзинговой системы с тем, чтобы франшизиат был в состоянии самостоятельно вести предпринимательскую деятельность, причем такая деятельность должна быть успешной, т.е. прибыльной;

3. После развертывания франшизиатом своей деятельности франшизиар обязан постоянно контактировать с ним, давать советы и рекомендации как преодолевать те или иные возникшие трудности;

4. Франшизиат при контроле и содействии со стороны франшизиара, ведет свою предпринимательскую деятельность под брендом (торговым наименованием и/или торговой маркой) франшизиара. Таким образом, получаемые им доходы напрямую связаны с деловой репутацией или гудвилом[10] франшизиара;

5. Франшизиат для создания и развития франчайзингового предприятия использует свои собственные или заемные средства. Таким образом, следует с самого начала указать на ошибочность мнения многих предпринимателей, что вместе с франчайзингом приходят иностранные инвестиции. Суть франчайзинга заключается в привлечении местного капитала. Хотя безусловно, в некоторых случаях для получения большого контроля над франшизиатом франшизиар может создать вместе с ним совместное предприятие;

[10] Гудвил – это нематериальная оценка предприятия, исходя из его традиций, репутации или потенциальной доходности, отличающаяся от материальной оценки его активов. (см. New Webster's Dictionary of the English Language. Surjeet Publications. New Delhi, 1988)

6. Как правило, франшизиат является собственником франчайзингового предприятия;

7. Франшизиат выплачивает франшизиару вознаграждение, представляющее собой плату за пользование полученными правами, а также за постоянные услуги, которые ему оказывает франшизиар (такие как проведение курсов, контроль за ведением бизнеса, содействие в преодоление трудностей и т.п.).

Приведенные выше черты и отличают франчайзинг и соответственно франчайзинговый договор от других схожих правоотношений[11]. При этом следует указать на то, что именно совокупность всех этих черт или признаков дает основание говорить о том, что мы имеем дело с франчайзинговыми правоотношениями.

3. ПРЕИМУЩЕСТВА И НЕДОСТАТКИ ФРАНЧАЙЗИНГА ДЛЯ ФРАНШИЗИАТА

Преимущества и недостатки франчайзинга для каждой из сторон франчайзингового договора широко обсуждаются на страницах специальной литературы. Наше исследование также коснется этого вопроса для полноты охвата картины франчайзинговых отношений.

Одним из основных преимуществ франчайзинга для франшизиата является значительное снижение риска понести убытки или стать неплатежеспособным, прежде чем он станет твердо на ноги и сможет уверенно вести и развивать свою предпринимательскую деятельность.

Снижение риска понести убытки основано на использовании уже опробованных и успевших зарекомендовать себя методов ведения предпринимательской деятельности. Под методами ведения предпринимательской деятельности подразумевается все: начиная от знания наиболее эффективных способов рекламирования своей деятельности,

[11] Более детально природа франчайзингового договора исследована в Главе ___. Франчайзинговый договор.

оптимальных условий ведения такой деятельности, необходимого количества наемных работников, и заканчивая знаниями о том, как гибко и своевременно реагировать на изменение конъюнктуры рынка. Использование опробованных методов ведения бизнеса приводит к двум основным результатам:

1. наиболее эффективному использованию денежных средств франшизиата;

2. получению ожидаемых прибылей в запланированные сроки.

Получение франшизиатом ожидаемых прибылей в запланированные сроки связано, в первую очередь, с тем, что, начав использовать торговое наименование, торговую марку франшизиара, франшизиат, таким образом, опосредованно «использует» репутацию (гудвил) франшизиара и привлекает к себе потенциальных потребителей продаваемых товаров или услуг.

Вступая во франчайзинговую сеть, франшизиат получает огромное преимущество от получения различного рода услуг от франшизиара или иных лиц, связанных с ним или доверяющих франшизиару и его методам предпринимательской деятельности:

- поставка торгового или иного оборудования на более выгодных условиях (например, в лизинг или с отсрочкой платежа);
- получение кредита в банке на более льготных условиях[12];
- приобретение товаров с большими скидками;
- проведение более широкомасштабной рекламной компании при небольших финансовых затратах на это.

Помощь франшизиату в каждодневной деятельности включает в себя постоянные консультации франшизиара, проведение анализа продаж и т.п. Опытный франшизиар раньше, чем франшизиат заметит, что у последнего возможны финансовые проблемы. Франшизиар не только заметит это, но также

[12] В развитых странах многие банки имеют специальные подразделения, занимающиеся кредитованием франшизиатов. В число обязанностей таких подразделений входит не только согласование условий кредитного договора, но также предоставление текущих консультаций франшизиатам и франшизиарам. Некоторые банки публикуют специальные пособия, в которых освещаются типичные проблемы франчайзинговых правоотношений. Смотри: Джон Стэнворт. Брайан Смит. Франчайзинг в малом бизнесе. Руководство Барклайз банка. Москва. Аудит. Издательское объединение «ЮНИТИ». 1996.

и предоставит франшизиату необходимые рекомендации по преодолению трудностей и недопущению возникновения таких или подобных проблем в будущем.

Приобретение франшизы с небольшими отличиями можно сравнить с приобретением предприятия. Суть различий заключается в том, что, приобретя предприятие, покупатель сам решает в дальнейшем как им управлять. Приобретя франшизу, франшизиат вступает в долгосрочные правоотношения с франшизиаром и во многих аспектах ведения бизнеса полагается на него. По большому счету, франшизиату не разрешено вести бизнес по своему усмотрению, он должен строго придерживаться стандартов франчайзинговой системы. Несколько факторов существенно отличают ведение франчайзингового от независимого бизнеса:

1. наличие франшизиара;
2. обязательство использовать наименование и систему франшизиара под постоянным контролем последнего;
3. риск наступления событий, которые самым губительным образом повлияют на предприятие франшизиата и при этом франшизиат не сможет каким-либо образом повлиять на их предотвращение (например, наступление неплатежеспособности или банкротства франшизиара, действия других франшизиатов, повлекшие за собой негативные последствия для всей франчайзинговой сети и т.п.);
4. предоставление франшизиаром услуг, за которые необходимо платить и т.п.

Безусловно, риски от франчайзинга для франшизиата коренным образом отличаются от рисков ведения предпринимательской деятельности для начинающего предпринимателя. Начиная свой бизнес, предприниматель рискует:

- Приобрести оборудование, которое не соответствует целям запланированной предпринимательской деятельности (высокая/низкая производительность, низкое качество производимого товара, высокая энергоемкость оборудования и т.п.);
- Приобрести оборудование по завышенной цене, или приобрести дорогостоящее оборудование, хотя, можно было бы приобрести оборудование такой же мощности и производительности, но за значительно меньшую цену;

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

- Нанять большее количество рабочих и служащих, чем реально необходимо, что повлечет для предпринимателя значительно большие финансовые затраты;
- Недостаточное изучение покупательского спроса может привести к неверному выбору производимого или сбываемого товара;
- Отсутствие значительных свободных средств не позволит вести предпринимателю широкомасштабную рекламную или промоутерскую компанию[13] и так далее.

Франшизиат, приобретая право пользования франшизой, значительно снижает обычные риски начинающего предпринимателя, его основным риском является принятое решение: правильно или неправильно выбранная франшиза, т.е. какая из потенциально возможных к приобретению франшиз даст возможность франшизиату быстрее окупить вложенные инвестиции и получить первую прибыль. На правильность выбора франшизиата влияет количество и характер информации, которую он может получить о продаваемой франшизе. Оценивая важность этого фактора, в некоторых странах основной аспект государственного регулирования франчайзинговой деятельности сводится к обязыванию франшизиара рассказать как можно больше о продаваемой франшизе. Следует также указать, что к числу потенциальных рисков франшизиата в отношении франшизы могут быть отнесены:

1. Недостаточное апробирование франшизы. Приобретая вновь разработанную франшизу, франшизиат рискует, что она не была достаточным образом опробована и, таким образом, нет достаточных доказательств ее конкурентоспособности и рентабельности. Можно вывести общее правило, в соответствии с которым, чем «старше» или, как принято говорить, «зрелее» франшиза, тем с большей вероятностью можно сказать о ее вероятной рентабельности. В целом, принято считать минимальным сроком для развития и опробования франшизы – 2 года. Такой срок опробования франшизы реально позволяет франшизиару сформулировать ответы на большинство вопросов франшизиата об эксплуатации франшизы, а также сформировать деловую репутацию такой франшизы;

[13] Промоутерская компания – это компания по продвижению товара на рынке (рекламная компания, участие в выставках, проведение различных акций по бесплатной роздаче товара или его продаже со значительными скидками и т.п.).

2. объективные способности франшизиата вести выбранную им предпринимательскую деятельность. Помочь ему определиться в этом должен франшизиар. Он также заинтересован в выборе «правильного» франшизиата, т.е. такого лица, лучшие качества которого раскроются при ведении именно такой предпринимательской деятельности;

3. недостаточная структурированность франшизы, являющаяся, как правило, доказательством недостаточной апробации, может повлечь за собой коммерческие и финансовые проблемы не только для отдельного франшизиата, но и, в целом, для всей франчайзинговой сети;

4. недобросовестность франшизиара при предоставлении помощи франшизиату (необходимое количество контрольных и инспекционных проверок, проведение необходимого количества обученческих семинаров и курсов, постоянное совершенствование ноу-хау);

5. наличие мест, потенциально пригодных не только для размещения в них торговых точек или помещений, но также способных привлечь достаточно быстро большое количество покупателей.

Приобретение франшизы совершенно не значит, что франшизиат получит прибыльный бизнес «на блюдечке с голубой каемочкой». Для достижения успеха ему придется затратить не только финансовые, но и значительные интеллектуальные ресурсы.

Так как в Украине сегодня нет законодательного акта, регулирующего франчайзинговую деятельность, потенциальный франшизиат прежде, чем приобретать франшизу, т.е. заключать франчайзинговый договор, должен:

1. затребовать у франшизиара данные о его финансовом положении, как минимум, за последние два года. Эти данные должны быть изучены не только самим потенциальным франшизиатом, но и соответствующими специалистами (бухгалтером, аудитором). Если у вас возникает желание удостовериться в правильности предоставленных данных, запросите об этом независимые организации, специализирующиеся на таком виде услуг[14];

[14] Более подробно о возможности получения данных о финансовом положении иностранной компании см. Г.А.Цират. А.В.Цират. Международный арбитраж как способ разрешения внешне-экономических споров// Киев, Довира, 1997, С. 5 -17

2. затребовать у франшизиара доказательства того, что франшиза достаточно опробована;

3. ознакомиться с результатами внедрения франшизы, т.е. побеседовать с работающими франшизиатами, насколько они довольны сделанным приобретением;

4. изучить основы франшизы, насколько они фундаментальны или подвержены коньюнктурным изменениям;

5. удостовериться, что франшиза продается франшизиаром или генеральным франшизиатом. Покупка франшизы у любого иного лица (например, франчайзингового брокера) может привести к тому, что в момент возникновения проблем, продавец франшизы не сможет оказать действенную помощь;

6. проконсультироваться с юристом, специализирующимся на франчанчайзинговых соглашениях. Является ли предлагаемое франчайзинговое соглашение выгодным для вас, защищена ли ваша позиция, достаточное ли количество услуг будет предоставляться франшизиаром;

7. взвесить все «за» и «против» и лишь потом подписывать франчайзинговое соглашение.

Если вы никогда ранее не владели предприятием или не участвовали в хозяйственном обществе, или же такое участие окончилось печально (вы понесли убытки; вы не понесли убытков, однако, и не получили запланированных прибылей), задайте себе вопрос можете ли вы быть собственником предприятия и при этом занимать в нем ключевые роли, принимать жизненно важные для предприятия решения, способствующие улучшению его конкурентоспособности. Половина франчайзинговых предприятий становятся убыточными по вине самих франшизиатов[15]. В целом, можно выделить следующие основные ситуации, честная оценка которых, позволит потенциальному франшизиату оценить его готовность стать таковым:

1. Опыт ведения подобной деятельности в прошлом. Лицо, имеющее в прошлом опыт ведения деятельности, подобной франчайзинговой, может быть менее восприимчивым к идеям и методам ведения бизнеса франшизиаром. Уверенность в собственном опыте иногда не позволяет увидеть и услышать преимущества иных способов и методов. Именно по этой причине многие

[15] Данные взяты из книги Martin Mendelsohn. “How to evaluate a franchise” Special edition for British Franchise Association//British Franchise Association, Great Britain, 1997. С. 13

франшизиары при отборе потенциальных франшизиатов отказываются устанавливать деловые взаимоотношения с лицами, имевшими в прошлом похожий бизнес. Безусловно, такое правило не является фундаментальным. Нет правил без исключений, как нет и палок с одним концом. И если отсутствие должной восприимчивости является отрицательным аспектом, то наличие предпринимательского опыта, в целом, является положительным фактором: такой франшизиат быстрее и адекватнее реагирует на изменение конъюнктуры рынка, на вводимые конкурентами улучшения, на изменяющийся потребительский спрос и т.п.

2. Синдром самоуспокоения. Развитие предпринимательской деятельности в Украине сегодня, предполагает, что лицо, являющееся учредителем предприятия или хозяйственного общества, в дальнейшем принимает самое непосредственное участие в его работе. Эта особенность свойственна предприятиям малого и среднего бизнеса. Эта особенность характерна и для предприятий франшизиатов. Очень важно, чтобы, добившись успеха, франшазиат не останавливался не достигнутом, не прекращал работать над своим предприятием. Любая остановка чревата регрессом предприятия, а может быть и худшими последствиями.

3. Выдержка франшизиата. Детская поговорка «лишь терпение и труд нас к успеху приведут» как нельзя лучше подходит к франчайзинговому бизнесу и манере поведения франшизиата. Успех, конкурентоспособность и прибыльность могут прийти не так быстро, как хотелось бы, что, однако, не является основанием для шарахания, излишней напряженности на предприятии и во взаимоотношениях с франшизиаром. Если вы тщательно взвесили сделку по приобретению франшизы и следуете всем требованиям франшизиара, вы обязательно добьетесь запланированных результатов, однако, это совершенно не значит, что эти результаты должны наступить сразу же, как вы открыли предприятие. При развитии франчайзингового предприятия всегда следует принимать во внимание ту общую экономическую обстановку, которая сложилась в Украине и которая (нужно смотреть правде в глаза) не скоро изменится к лучшему.

4. Несоблюдение системы франшизиара. Франшизиат, имевший предпринимательский опыт, и достигший успеха и рентабельности во франчайзинговом бизнесе, склонен считать достигнутые результаты только

своими достижениями. Он считает достигнутый успех лучшим доказательством его способности вести бизнес, он считает, что его предпринимательские методы лучше разработанной и опробованной системы франчайзинга. Если подобная уверенность, со стороны франшизиата, совпадет с недосмотром франшизиара, все это может закончиться весьма печально, как для франшизиата, так и для франшизиара.

5. Вмешательство членов семьи или друзей. Наши близкие и друзья желают нам успеха и процветания и, руководствуясь самыми благими намерениями, зачастую дают слишком много советов и рекомендаций. Франшизиат должен быть назависимым и любые рекомендации и пожелания воспринимать критически. Франшизиат должен помнить, что любое, даже благотворно повлияющее изменение на его предприятие и франчайзинговую сеть в Украине, дожно быть обязательно обсуждено с франшизиаром.

6. Отсутствие самостоятельности франшизиата. Некоторые франшизиаты, впервые начавшие вести самостоятельную предпринимательскую деятельность, ожидают от франшизиаров чрезмерной каждодневной опеки. Отсутствие такой опеки воспринимается как неисполнение франшизиаром своих обязательств по договору. Если франшизиат чувствует, что он не сможет вести бизнес полностью самостоятельно, что контрольные проверки и визиты франшизиара, запланированные раз в полгода, будут недостаточны для него, лучше совсем не начинать независимый бизнес.

7. Ошибочность восприятия. Очень важно попытаться объективно оценить как свои качества, так и результаты, которые можно ожидать от эксплуатации франшизы и франчайзингового предприятия.

4. ПРЕИМУЩЕСТВА И НЕДОСТАТКИ ФРАНЧАЙЗИНГА ДЛЯ ФРАНШИЗИАРА

Основным преимуществом франчайзинга для франшизиара, как нами уже указывалось, является возможность значительного расширения сбыта своей продукции или услуг без привлечения дополнительных финансовых ресурсов, принадлежащих франшизиару. Быстрое разворачивание франчайзинговой сети может тормозиться лишь следующими факторами:

- способностью франшизиара развивать и поддерживать соответствующую инфраструктуру;
- наличие/отсутствие у франшизиатов необходимой квалификации и способностей;
- наличие мест, размещение в которых магазинов или иных торговых точек даст возможность быстро развить прибыльную деятельность.

При достаточном развитии франчайзинговой сети, сам франшизиар может получать основные доходы от франчайзинговых платежей, а не от ведения предпринимательской деятельности, на основе которой сформировалась франшиза. Предприятие франшизиара может трансформироваться в очень компактное, т.е. состоящее из высококвалифицированных менеджеров и их помощников, регулирующих определенные аспекты ведения франчайзинговой предпринимательской деятельности. Оптимальные размеры предприятия франшизиара дают ему возможность быстро развиваться как на национальном, так и на международном уровнях, и при этом избегать рисков от осуществления капиталовложений.

Франшизиаты, являющиеся собственниками своих предприятий, имеют лучший стимул в развитии этого предприятия и соответственно франчайзинговой сети в целом, чем наемные служащие или менеджеры франшизиара. Франчайзинг незаменим, при желании франшизиара расширить свою предпринимательскую деятельность на территорию иной страны. Франшизиат лучше знает местные традиции и обычаи, и, соответственно, может лучше адаптировать франчайзинговое предприятие к этим традициям и обычаям.

Не будучи связанным каждодневными проблемами ведения бизнеса, франшизиар имеет возможность уделять больше внимания стратегическим направлениям развития того или иного аспекта своей предпринимательской деятельности.

Франшизиар-производитель может сбывать производимые им товары через оптовых или розничных франшизиатов. Широкая франчайзинговая сеть по

стране даст возможность франшизиару не только сбывать свои товары, но также и осуществлять гарантийный и иной ремонт проданных товаров. Все это будет только способствовать повышению деловой репутации (гудвила) производителя, с одной стороны, и улучшению обслуживания конечных потребителей, с другой стороны.

Оптовик, который имеет затоваренный склад в связи с перегрузкой его сбытовых возможностей, может открыть розничную франшизу, обеспечив для себя, таким образом, дополнительные розничные предприятия, которые будут сбыватьего товары, и сократив при этом свои операционные каждодневные расходы.

Нерентабельные фирменные магазины или отделения франшизиара могут начать приносить прибыль, если они будут проданы франшизиатам. Это будет достигнуто за счет снижения расходов на содержание помещений и персонала и получения доходов от франчайзинговых платежей.

Основную опасность для франшизиара во франчайзинге таят его взаимоотношения с франшизиатами. Какой предприниматель лучше всего подходит на роль франшизиата? Начинающий или уже имеющий опыт предпринимательства? Из имеющих опыт предпринимательства – удачливый или понесший убытки? Выбранный франшизиат может быть не в состоянии вести определенную предпринимательскую деятельность, т.е. определенные качества франшизиата могут раскрыться значительно лучше на другом поприще. Своевременное понимание этого, а также отсутствие боязни обсуждения этого, если договор уже подписан и франшизиат даже начал работать, значительно уменьшит количество и уровень возможных проблем в будущем.

Очень важно уметь стимулировать разумное чувство «неудовлетворенности» у франшизиата. Он постоянно должен стремиться к улучшению функционирования его предприятия, чутко следить за действиями конкурентов на местном рынке и уметь быстро и адекватно реагировать на них. Слишком «большое чувство удовлетворения» франшизиата может привести к

потере первоначально полученных преимуществ. Только от франшизиара зависит возможность балансировки этих «крайних чувств».

У франшизиата может развиться чувство независимости от франшизиара: его предприятие успешно функционирует, бизнес рентабелен, он изучил рынок и своего потребителя. Зачем нужен франшизиар? Зачем платить ему франчайзинговые платежи? Безусловно, возникновение таких чувств у франшизиата – результат успешной работы франшизиара. Однако такой результат таит неприятные последствия для него. Именно от умения франшизиара вести переговоры, понимать людей, зависит урегулирование такого рода проблем или предотвращение их возникновения.

Основным заданием франшизиара является обеспечение единых стандартов продажи товаров или предоставления услуг во всей франчайзинговой сети. Небольшие, с точки зрения франшизиата, отклонения могут привести к отрицательным последствиям для всей сбытовой сети. Опытность менеджеров франшизиара заключается не только в своевременном «приказе» немедленно исправить допущенные неточности, но и в их способности мотивированно объяснить возможные последствия, что безусловно, не только поможет быстро исправить отклонение, но и не допустить его в будущем. Работая над исправлениями погрешностей франшизиата, менеджеры франшизиара должны не забывать, что франшизиат независимый предприниматель, а соответственно взаимоотношения с ним должны базироваться на отношении к нему как к равноправному, а не подчиняющемуся, партнеру.

По тем или иным причинам франчайзинговые отношения могут прекратиться и франшизиар встает перед реальной опасностью разглашения своего ноу-хау недобросовестным франшизиатом или его недобросовестными служащими. И хотя соответствующие положения содержатся во франчайзинговом договоре, даже они не гарантируют франшизиара от возможных нарушений его прав, и франшизиар должен быть готов к этому.

Проведение постоянного обучения франшизиата ведет к тому, что, в будущем, после прекращения франчайзингового договора, он может стать реальным конкурентом. Это истина и не нужно об этом забывать. Предотвратить это может только постоянное развитие франшизиаром самого себя, франшизиат должен чувствовать необходимость наличия правоотношений с франщизиаром, должен понимать, что его «прибыльное будущее» напрямую зависит от этого.

По мнению автора, основным недостатком франчайзинга для франшизиара является необходимость постоянной работы с франшизиатами, его умением работать с франшизиатами. От правильного поведения франшизиара и взаимоотношений с его партнерами-франшизиатами во многом зависит его успех и снижение рисков от ведения франчайзингового бизнеса.

5. КАКАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ МОЖЕТ БЫТЬ ФРАНЧАЙЗИНГОВОЙ?

С подобным вопросом Международный институт частного права (UNIDROIT) обратился к национальным франчайзинговым ассоциациям. Ассоциации представили списки, состоящие из категорий и подкатегорий. Ниже мы приводим часть перечня[16] категорий предпринимательской деятельности, выделенных UNIDROIT, на основании которых может быть сформирована франшиза. Указанные категории исследуются автором с точки зрения реалий рынка Украины:

1. Бухгалтерские/налоговые услуги (расчет налогов, компьютеризированные бухгалтерские системы). Примером такой франшизы в Украине является использование бухгалтерской программы 1С, программы Парус и т.п.;
2. Технические станции обслуживания автомобилей. К развитым сетям СТО с едиными стандартами обслуживания, использующих единую торговую марку, можно говорить, имея в виду, прежде всего, такие известные марки как IVECO, Man, Scania, Renault и другие. К числу созданных на Украине торговых марок для использования в сетях такого рода относится марка ЗАЗ-Дэу.

[16] Guide to International Master Franchise Arrangements. UNIDROIT. Rome. 1998. P. 259 - 262

3. Автомойки стали привычным явлением в нашей жизни. Остается дождаться предпринимателя, который сможет объединить существующие сегодня автомойки, т.е. малых и средних предпринимателей, являющихся их собственниками, под единую торговую марку. От этого выиграет не только потребитель, получивший более качественную и дешевую услугу, но и собственники автомоек. Они смогут рекламироваться, приобретать со значительными скидками специальное оборудование, создавать автомойки, отвечающие санитарным требованиям, принятым в Украине.
4. Автомобильные товары/аксессуары. Отдельные собственники торговых марок, продающие автомобильные товары, начали открывать сеть единообразных предприятий. Примером таких сетей является сеть магазинов АТЛ, Bosch-Shop. Широко распространенным названием для магазинов по продаже автомобильных запчастей в Украине является наименование «АВТОЗАПЧАСТИ». Указанное название не является единой торговой маркой, а служит указанием потребителю о характере продаваемых товаров в магазине. На определенном этапе такое использование наименования стимулирует потребительский рост, однако, со временем собственник магазина столкнется с проблемой своего позиционирования на рынке. Как указать потребителю, что именно в его магазине продаются нужного качества товары? Рекламировать адрес магазина? А если придется сменить местонахождение, как указать потребителю это новое местонахождения? Собственник такого магазина для успешного конкурирования должен будет либо создавать и продвигать свою торговую марку, на что понадобится время, либо он осознает себя потенциальным франшизиатом, готовым перейти работать под известную торговую марку.
5. Автодиагностические центры. Предприятия подобного рода существуют сегодня повсеместно, также, как и собственники авто-моечных предприятий, они ожидают своего часа для объединения под единой товарной маркой. В качестве примера своего поведения они могут

использовать поведение Льюиса Леггетта при создании торговой марки Rexall.

6. Салоны красоты как реальная основа для развития франчайзинга в Украине существуют. Зачастую, салоны работают не только под торговой маркой, созданной специально для салона красоты, но под торговой маркой, известной потребителю. В качестве примера можно привести торговую марку «Тико», используемую для бензозаправок, маркетов и салонов красоты.

7. Парикмахерские являются прекрасной основой для создания франчайзинговой сети, однако, на сегодняшний момент, нет ни одной сети парикмахерских, использующих единую торговую марку.
8. Пивоварни. Когда мы говорим о пивоварнях, мы имеем в виду не только известные торговые марки, бутилирующие свое пиво. Приятно выпить в баре «живое» пиво, пиво из бочки. Однако известные торговые марки могут доставить (речь идет о том, что накладные расходы должны быть разумными) свое пиво не в каждый город или городок. Автор уверен, что на определенном этапе развития «пивного рынка» в Украине место найдется не только маркам-«пивным гигантам», но и маленьким пивоварням, пиво которых будет пользоваться спросом на местных рынках.
9. Строительство является отраслью, использующей франчайзинг, как метод сбыта услуг. Использование франчайзинга в этой отрасли предполагает передачу франшизиатам современных строительных технологий, в которых так остро нуждается сейчас эта сфера предпринимательства в Украине.
10. Кэмпинги. Думаю, эта отрасль предпринимательства не нуждается в особых комментариях с точки зрения возможного использования в ней франчайзинговых методов.
11. Продажа товаров по каталогам. Сегодня этот вид предпринимательства известен в Украине. По каталогам под известными торговыми марками

(«Otto» для одежды, «Schafer Shop» для канцтоваров) осуществляется продажа различных товаров.

12. Услуги шоферов. Хотя сегодня не существует специальной торговой марки, под которой предоставлялись бы только услуги шоферов, однако, нам известно, что многие предприниматели, предоставляющие услуги такси в качестве сопутствующей услуги предоставляют услуги шоферов.

13. Прокат/сдача в аренду автомобилей. Сегодня в Украине в качестве сетевых в этой отрасли присутствуют только иностранные торговые марки.
14. Поставка автомобилей в Украине осуществляется, в основном, в соответствии с дистрибьюторскими договорами, однако, в этой предпринимательской деятельности есть место и франчайзингу.
15. Продажа товаров бытовой химии. Украинский потребитель привык приобретать товары бытовой химии в специализированных отделах супермаркетов или в магазинах бытовой химии. Фактически, магазины бытовой химии и являются основой для развития франчайзинга в этом виде деятельности.
16. Детские товары могут приобретаться как специализированных отделах универмагов, так и в специализированных магазинах, которые, как правило, работают под иностранной торговой маркой. Новатором в этой отрасли является украинская торговая марка «Антошка», продающая товары для детей.
17. Услуги по химчистке сегодня в Украине предоставляются через различные франчайзинговые сети, к которым принадлежат «Американская химчистка», «Progresso-Italia», «Ун Моменто ПІК», «Синдерелла».
18. Услуги по доставке по франчайзинговой схеме используются при экспресс почтовых доставках (марки Federal Express, DHL, TNT), доставке газет и жерналов (марки Саммит, КСС), доставке бытовой техники и т.п.
19. Продажа косметики осуществляется в Украине как через франчайзинговые предприятия, так и через селективную дистрибьюторскую сеть, которая имеет много схожих черт с франчайзингом.

20. Танцевальные студии, работающие по франчайзинговой схеме, широко распространены за рубежом. В Украине, по-видимому, еще не настало время для развития такой предпринимательской деятельности, хотя потенциально существует основа для ее распространения.
21. Бытовые услуги, под которыми понимаются услуги водопроводчиков, электриков, плотников и других специалистов, помогающих нам обустроить наше жилье. Такие услуги предоставляются специально создаваемыми для этого предприятиями, создаваемыми вместо ЖЭКов. К этому же виду услуг можно отнести и услуги по укладке керамической плитки; услуги по дизайну, установку охранных сигнализаций; перетяжка и реставрация мебели; установка окон; чистка офисов и производственных помещений.
22. Услуги по трудоустройству предоставляются в Украине многочисленными кадровыми агенствами. К сожалению, автору сложно сказать использует ли хотя бы одно из сегодняшних украинских агентств франчайзинговую схему развития.
23. Сфера развлечения представлена сегодня различными украинскими торговыми марками, многие из которых готовы стать франшизиарами и продвигать свою марку по всей Украине.
24. Агентства по недвижимости в Украине, как правило, работают, покрывая территорию определенной административной единицы, хотя многие из них готовы к продвижению своей торговой марки по всей Украине.
25. Общественное питание, включая рестораны или кафе быстрого питания, или специализирующиеся на приготовлении фирменных блюд. Каждый из читателей готов привести множество примеров франчайзинговых сетей в этой сфере бизнеса, работающих как под иностранными торговыми марками, так и под украинскими или российскими.
26. Предоставление медицинских услуг с использованием франчайзинговых методов развито в Украине и практикуется не первый год. К числу таких предприятий можно отнести, в первую очередь, стоматологические клиники.

27. Клубы самой различной направленности (спортивные, оздоровительные, развлекательные) являются видом деятельности, в котором легко использовать франчайзинговые методы.
28. В сфере гостиничного бизнеса широко используются франчайзинговые методы и свидетельством этого являются различные сети гостиниц за рубежом (Hilton, Holiday Inn и другие).
29. Многие виды услуг, предоставляемые предприятиями малого и среднего бизнесам (услуги детективного агентства, ландшафные услуги, садоводческие услуги, услуги прислуги) являются основой для создания франчайзинговых сетей.
30. Франчайзинг широко используется при создании сетей по обучению вождения автомобилей. Примером такой сети в Украине могла бы быть сеть предприятий Общества содействия обороны Украине (указанные предприятия работают под единой маркой, используют одинаковые методы обучения), если бы они взяли на вооружение хотя бы некоторые методы франчайзинга.
31. Детские сады
32. Магазины и услуги для домашних животных
33. Печатные услуги
34. Издательские услуги
35. Услуги хранения
36. Услуги по сдаче в аренду оборудования
37. Охранные системы
38. Услуги по обучению продавцов
39. Секретарские услуги
40. Обученческие центры
41. Розничная торговля различными товарами: антиквариатом, кофе, чаем, кондитерскими изделиями, мороженым, сувенирами и подарками, домашней утварью, ювелирными изделиями, женской одеждой, аксесуарами, обувью, напитками, инструментами, другими товарами.

42. Туристические агентства

43. Торговля через торговые автоматы

Глава 2. Регулирование франчайзинга в различных юрисдикциях

Несмотря на преимущества франчайзинга с точки зрения экономической и факт его преобразования из метода сбыта товаров в специфический метод ведения предпринимательской деятельности, довольно небольшое количество стран, немногим больше 10, регулируют франчайзинговые правоотношения специальными нормативными актами.

Анализ законодательства стран, которые в той или иной мере, регулируют франчайзинговые правоотношения, позволяет классифицировать такие страны таким образом:

1. страны, регулирующие франчайзинговые правоотношения как отдельный вид гражданско-правовых отношений;
2. страны, регулирующие франчайзинговые правоотношения преимущественно с точки зрения возможного нарушения антимонопольного законодательства;
3. страны, регулирующие франчайзинговые правоотношения как подвид лицензионных правоотношений;
4. страны, регулирующие франчайзинговые правоотношения с точки зрения инвестиционного законодательства;
5. страны, в которых франчайзинговые правоотношения рассматриваются как торговые.

Приведенная классификация является довольно условной, т.к. франчайзинговые отношения представляют собой сложные или, как они называются в Российской Федерации, комплексные правоотношения, которые подпадают под регулирование законами из различных областей права.

Безусловно, следует уделить внимание и тем странам, в которых регулирование франчайзинга осуществляется на добровольном уровне, т.е. благодаря работе ассоциаций франшизиатов и франшизиаров.

Анализ регулирования франчайзинговых правоотношений в различных юрисдикциях позволяет прийти к таким выводам:

1) страны, которые регулирующие франчайзинговые правоотношения не имеют единого подхода относительно области права, которая регулирует такие правоотношения;

2) страны англо-американской правовой системы определяют, в первую очередь, понятие франшизы, которая рассматривается как договор, не определяя отдельно понятие франчайзингового договора. Страны континентального права определяют как понятие «франчайзингового договора», так и понятие «франшизы». При этом, понятие «франшизы, определенное в странах континентального права коренным образом отличается от понятия «франшизы», определенного в странах англо-американской правовой системы;

3) в странах англо-американской правовой системы подчеркивается, что обязанная сторона вступает в предпринимательскую деятельность управомочной стороны;

4) несмотря на наличие различных подходов, сходным в определении франшизы или франчайзингового договора является ссылка законодателя на обязательное использование обязанной стороной способов индивидуализации и ноу-хау управомочной стороны, а также оплатность франчайзинговых правоотношений. Все страны, которые, так или иначе, регулируют франчайзинговые правоотношения подчеркивают, что работа обязанной стороны происходит по определенному маркетинговому плану или ноу-хау управомочной стороны.

1. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В США

Принимая во внимание, что франчайзинг в современном его виде появился и начал развиваться в США, именно там и было впервые дано законодательное определение франчайзинга.

Во-первых, следует отметить, что в законах штатов дается определение франшизы, а не франчайзингового договора, как это сделано в странах континентальной Европы и России.

Во-вторых, можно согласиться с Алексом Конигсбергом[17], что франшиза в различных законах штатов определяется, в основном, способами. К первому виду можно отнести определение франшизы как сбытовой системы (marketing plan or system definition), а ко второму - определение франшизы как общности интересов сторон франчайзинговых отношений (community of interests).

Типичным примером определения франшизы, как сбытовой системы, является определение, данное в Кодексе корпораций штата Калифорния[18]:

«Франшиза означает контракт или договор, выраженный или предполагаемый, устный или письменный, между двумя или более лицами, по которому:

(1) франшизиату предоставляется право участвовать в предпринимательской деятельности по предложению, продаже или сбыту товаров и услуг в соответствии с маркетинговым планом или системой, предписанной в значительной части франшизиаром; и

(2) ведение предпринимательской деятельности франшизиата в соответствии с таким планом или системой в значительной степени ассоциируется с торговой маркой, маркой на услуги, торговым наименованием, логотипом, рекламой или иными коммерческими символами франшизиара или его дочерних предприятий; и

(3) франшизиат обязан уплатить, прямо или косвенно, франчайзинговый платеж».

Подобным образом франшиза определяется в законодательстве штатов Вашингтон, Вирджиния, Висконсин, Иллинойс, Индиана, Мичиган, Мэриленд, Род Айленд, Северная Дакота.

---

[17] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997. P. IV.II.8

[18] Uniform Law Review. UNIDROIT. 1985. Vol. 1. P. 169.

Подход к определению франшизы через общность интересов франшизиара и франшизиата избран законодателями Гаваев, Миннесоты, Нью Джерси и Южной Дакоты. В соответствии с таким подходом:

«Франшиза обозначает контракт или соглашение, выраженное или предполагаемое, устное или письменное, на определенный или неопределенный срок, между двумя и более лиц, по которому:

(1) франшизиату предоставляется право принимать участие в предпринимательской деятельности по предложению и сбыту товаров и услуг с использованием торгового наименования, торговой марки, марки на услуги, логотип, рекламу или иные коммерческие символы франшизиара;

(2) франшизиар и франшизиат имеют общие интересы при сбыте товаров или услуг путем оптовой или розничной продаж, лизинге или иным образом;

(3) франшизиат уплачивает прямо или опосредованно франчайзинговый платеж»[19].

Вместе с этим, следует указать, что предложение и продажа франшизы регулируется в Соединенных штатах не только на уровне законодательства отдельных штатов, но и на федеральном уровне. Регулирование франчайзинга на федеральном уровне осуществляется не специальным законом, как это имеет место на уровне штатов, а специальными Правилами о требованиях в отношении раскрытия и запретов, касающиеся франчайзинга и предприятий предпринимательских возможностей[20], далее Правила о раскрытии или Правила. Данные Правила о раскрытии приняты Федеральной торговой комиссией США и известны в США как “FTC Rule”. Правила дают определение франшизы, сторон франчайзинговых правоотношений, перечень их прав и обязанностей:

[19] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997. P. IV.II.9. Uniform Law Review. UNIDROIT. 1985. Vol. 1. P. 177 – 179.
[20] Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. Вступил в силу 21 июля 1979г. Полный текст Правил приведен в Приложении 1.

(a) термин «франшиза» обозначает любые длящиеся коммерческие правоотношения, созданные соглашением или соглашениями, которыми:

(1)(i)(A) лицо (далее именуемое франшизиат) предлагает, продает или сбывает лицу иному, чем франшизиар (как далее определено) товары, продукты или услуги, которые:

(1) идентифицированы торговой маркой, маркой на услуги, торговым наименованием, рекламой или другими коммерческими символами, определяющими другое лицо (далее именуемое франшизиар); или

(2) как косвенно или прямо требуется или рекомендуется, должны отвечать качественным стандартам, установленным другим лицом (далее именуемым франшизиар), если франшизиат функционирует под наименованием, использующим торговую марку, марку на услуги, торговое наименование, рекламу или другие коммерческие символы, указывающие на франшизиара; и

(B)

(1) франшизиар использует или имеет полномочия использовать значительную степень контроля за методами ведения предпринимательской деятельности франшизиата, включая, но не ограничиваясь, организацией такой деятельности, ее управлением, продвижении товаров на рынок, маркетинговыми планами или предпринимательскими делами; или

(2) Франшизиар предоставляет значительную помощь франшизиату в его методах ведения предпринимательской деятельности, включая, но не ограничиваясь, организацией такой деятельности, ее управлением, продвижении товаров на рынок, маркетинговыми планами или предпринимательскими делами; при условии, однако, что помощь франшизиату в продвижении товаров на рынок, при отсутствии помощи в других областях ведения предпринимательской деятельности, не будет представлять собой значительной помощи; или

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

(ii)(A) Лицо (далее именуемое франшизиат) предлагает, продает или сбывает лицу иному, чем франшизиар (как далее определено) товары, продукты или услуги, которые:

(1) поставляются иным лицом (далее франшизиар) или

(2) поставляются третьим лицом (например, поставщиком), с которым франшизиату прямо или опосредованно рекомендовано установить деловые отношения другим лицом (далее франшизиаром), если такое лицо является дочерним предприятием франшизиара; и

(B) Франшизиар

(1) обеспечивает розничные предприятия франшизиата указанными товарами, продуктами или услугами; или

(2) обеспечивает точки франшизиата торговыми автоматами, демонстрационными стойками, или иными стойками для продажи товаров, используемые франшизиатом при предложении, продаже или сбыте таких товаров, продуктов или услуг; или

(3) указывает франшизиату лицо, которое может обеспечить его розничные предприятия и точки оборудованием, указанным в параграфе (a)(1)(ii)(B)(1) и (2) выше; и

(4) как условие получения или начала франчайзинговых операций, франшизиат обязан осуществить платеж или взять обязательство осуществить платеж франшизиару или его дочернему предприятию».

Как видим, в трех различного вида определениях франшизы указывается, что договор может быть заключен между двумя и более лицами, т.е. предполагается, что в договоре участвуют не только франшизиар и франшизиат, но иные лица, имеющие определенные правоотношения с франшизиаром.

Главной особенностью законов штатов США и Правил является то, что они не столько регулирую правоотношения сторон франшизы, сколько устанавливают определенные правила, в соответствии с которыми такая франшиза должна предлагаться франшизиаром.

Так, законодательные акты некоторых штатов предусматривают обязательную регистрацию франшизы и направление соответствующих

документов потенциальному франшизиату до предложения или до момента заключения договора на передачу франшизы в пользование. К таким штатам относятся штаты Вашингтон, Висконсин, Гаваи, Иллинойс, Индиана, Калифорния, Мэриленд, Миннесота, Нью-Йорк, Род Айленд, Северная и Южная Дакота.

Законодательство штата Орегон предусматривает обязанность франшизиара направлять франшизиату соответствующую документацию о франшизе, однако, не обязывает франшизиара осуществлять обязательную регистрацию таких документов.

Законы штатов Кентукки, Мичиган, Небраска и Техас обязывают франшизиара зарегистрировать специальное уведомление о предложении франшизы и уплатить соответствующий регистрационный сбор.

Кроме требований публичного характера, т.е. требований о регистрации франшизы, законы устанавливают перечень информации, которую франшизиар должен сообщить франшизиату до подписания франчайзингового договора или франшизы.

Федеральные Правила о раскрытии также определяют, перечень информации о франшизе, которая подлежит обязательному раскрытию. В этой части Правила имеют преимущественную силу над законами штатов, но только в том случае, если законы штата содержат менее жесткие требования в отношении раскрытия информации о франшизе, чем Правила. Если предприятие франшизиара находится в штате с менее жестким регулированием, то франшизиар при предложении к продаже франшизы обязан следовать и требованиям закона данного штата, и требованиям федеральных Правил.

Правила о раскрытии содержат требования в отношении раскрытия информации по 24 категориям, касающимся, как предшествующей предпринимательской и иной истории франшизиара, так и характера и свойств самой франшизы. Предоставляемая информация по указанным категориям должна соответствовать текущему положению франшизиара. В случае существенных изменений, произошедших по одной из указанных категорий, франшизиар обязан обнародовать произошедшие изменения. Неисполнение этого требования будет считаться существенным нарушением Правил о

раскрытии. В случае нарушения этого требования Федеральная торговая комиссия может наложить на франшизиара штраф до десяти тысяч долларов США. Следует отметить, что такие жесткие требования в отношении раскрытия информации о продаваемой франшизе, практически, полностью исключают возможность мошенничества франшизиара при продаже франшизы и, таким образом, надежно защищают потенциальных франшизиатов.

Для применения Правил во франчайзинговых правоотношениях должны присутствовать следующие основные элементы:

(1) наличие торговой марки (сбываемые товары или услуги должны ассоциироваться с торговой маркой франшизиара);

(2) наличие контроля (франшизиар должен иметь возможность осуществлять контроль и содействие в предпринимательской деятельности франшизиата);

(3) наличие возмездности (франшизиат должен до начала эксплуатации франшизы или в течение 6 месяцев с начала ее эксплуатации уплатить франчайзинговый платеж. Законодательством, практически, всех штатов определено, что такой платеж должен составлять, по крайней мере, 500 долларов США).

В сферу действия Правил не попадают следующие правоотношения:

- долевая франшиза;
- соглашения, связанные с арендой помещений, занимаемых франшизиаром;
- соглашения, по которым первоначальный франчайзинговый платеж составляет менее 500 долларов США;
- устные соглашения.

Для упрощения обязанности франшизиара следовать как требованиям закона штата, в котором предлагается к продаже франшиза, так и требованиям федеральных Правил о раскрытии, Североамериканская ассоциация администраторов по ценным бумагам (North American Securities Administrators Association) разработала руководство по единообразному предложению франшизы (The Uniform Franchise Offering Circular Guidelines), широко известное

как UFOC, которое включает в себя и требования Правил, и требования, встречаемые во всех законах штатов. Зачастую при подготовке информации о франшизе франшизиар руководствуется именно руководством UFOC.

2. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В КАНАДЕ

В Канаде, в отличие от Соединенных Штатов, отсутствует регулирование франчайзинга на федеральном уровне. Более того, из десяти провинций Канады только провинции Альберта и Онтарио имеют специальное франчайзинговое законодательство.

И если закон о предложении франшизи в провинции Онтарио (Franchise Disclosure Act[21]) был принят совсем недавно, в 1999г., то законодательство провинции Альберга было принять ранее, а в 1995 году оно было пересмотрено в сторону значительной либерализации путем введения в действие Акта о франшизах провинции Альберта, заменившего ранее действовавший Акт.

В основу определения франшизы в Акте Альберты положено понятие «права участия франшизиата в определенных видах деятельности франшизиара». Указанный подход при определении франчайзинга близок к подходу, который в США назван как «общность интересов» франшизиара и франшизиата. Акт провинции Альберта о франшизах дает такое определение франшизы:

«Франшиза обозначает контракт, договор или соглашение, выраженное или подразумеваемое, устное или письменное, между двумя или более лицами, по которому франшизиат обязан уплатить прямо или косвенно франчайзинговый платеж в обмен за:

(i) право участвовать в предпринимательской деятельности по предложению, продаже или сбыту товаров, произведенных, обработанных

[21] Текст закона может быть найден в интернете на сайте: www/ontla.on.ca/Documents/documents index.htm

или сбываемых или услуг, организованных и направляемых франшизиаром, или

(ii) право участвовать в предпринимательской деятельности по предложению, продаже или сбыту товаров или услуг в соответствии с маркетинговым планом или системой, предписанной или контролируемой франшизиаром, или

(iii) право участвовать в предпринимательской деятельности, которая ассоциируется с торговым наименованием, маркой на услуги, торговой маркой, логотипом, рекламой или другими предпринимательскими символами, указывающими на франшизиара или его дочерние предприятия, или

(iv) право участвовать в предпринимательской деятельности, в которой франшизиат полагается на франшизиара в поставке товаров или услуг, или

(v) право набора новых франшизиатов или субфраншизиаров,

но за исключением контрактов, договоров или соглашений между производителями, или если франшизиаром является Королева, королевское агентство или муниципальная корпорация»[22].

Законодательство провинции Альберта, также как федеральные Правила США и законы штатов США, предъявляет жесткие требования к франшизиару в отношении раскрытия данных о франшизе, предлагаемой потенциальному франшизиату. К числу данных, подлежащих раскрытию, относятся:

1) информация об опыте франшизиара, наименования директоров, основных партнеров и должностных лицах, управляющих компанией франшизиара;

2) данные обо всех судебных процессах, участником которых был франшизиар и которые имели хоть какое-то отношение к франшизе;

3) данные об имевших место судебных приговорах в отношении должностных лиц франшизиара;

[22] Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT. Study LXVIII. Rome. April 1994. Franchises Act of Alberta, Canada. P. 105

4) информация об имевших место процедурах несостоятельности и/или банкротства франшизиара;

5) природа предпринимательской деятельности, являющейся предметом франшизы;

6) данные о размере первоначального франчайзингового платежа и последующих сборах и платежах;

7) данные о размере первоначальных инвестиций в предприятие франшизиата, чтобы оно приобрело необходимое единообразие с франчайзинговой сетью;

8) данные о методах и размерах возможного финансирования со стороны франшизиара;

9) указание об ограничениях, возлагаемых на франшизиата в отношении продажи определенного вида товаров;

10) требования к франшизиату;

11) данные об уже имеющихся франшизиатах;

12) данные о потенциальном объеме продаж, расходах, прибылях и т.п.;

13) данные об условиях прекращения, продления и возобновления франчайзингового соглашения;

14) данные о предоставляемой исключительной территории, а также перспективных методах сбыта продукции франшизаром.

Акт о франшизах провинции Альберта содержит не только требования к информации, подлежащей раскрытию, но и требования о времени раскрытия такой информации, а также предусматривает санкции за нарушение требований Акта.

В Канаде, также как и в США к регулированию франчайзинговых правоотношений применяются также общие нормы договорного и антимонопольного законодательства.

Таким образом, в основе правового регулирования франчайзинга в США и Канаде положен подход, согласно которого основной упор делается на регулирование вопросов предоставления (раскрытия) информации о франшизе,

т.е. фактически упор сделан на регулирование преддоговорной стадии франчайзинговых правоотношений. Все же другие элементы франчайзинговых правоотношений, возникающие между сторонами франчайзингового договора, регулируются не специальными нормами, а нормами общего характера (нормы договорного права, антимонопольного права, права интеллектуальной собственности и т.п.)

3. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА ВО ФРАНЦИИ

По мнению А. Кенигсберга закон, принятый во Франции, был первой попыткой регулирования франчайзинга вне пределов Северной Америки. Он оценивает его “как относительно “мягкую” форму законодательства о раскрытии” в сравнении с американскими стандартами[23]. Закон № 89-1008 был принят в 1989 году и вступил в силу 1 апреля 1990 года. Его полное название - Закон, касающийся развития коммерческих торговых предприятий и улучшения их экономического, правового и социального окружения». В мире франчайзинга этот закон больше известен как закон “Луи Дубина (Loi Doubin)” по имени министра, который внес его на рассмотрение в парламент Франции.

Закон применяется к перед-договорным отношениям сторон, которые предусматривают передача одной стороной другой стороне исключительного или квази-виключного права пользования торговым наименованием, маркой или знаками. Таким образом, под действие закона подпадают не только франчайзинговые, но и любые другие (дистрибьюторские, лицензионные и т.п.) договоры, по которым передается право пользования объектами промышленной собственности.

Закон содержит два основных требования: во-первых, франшизиар[24] обязан представить потенциальному франшизиату специальную информацию о франшизе, как минимуме, за 20 дней до подписания франчайзингового соглашения, а во-вторых, эта

[23] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997. P. IV.IV.38.
[24] Для целей настоящей книги мы используем термины франшизиар/франшизиат, хотя в законе речь идет о лицах, которые, с одной стороны, передают, а с другой стороны, принимают право пользования знаками, наменованиями и т.п.

информация должна содержать такие исчерпывающие данные о предложенной франшизе, которые позволили бы другой стороне принять осмысленное решение.

Не предоставление необходимой информации потенциальному франшизиату в предусмотренные сроки тянет за собой административную (наложение на франшизиара штрафа в размере от 3 000 до 6 000 франков) и/ или уголовную ответственность (заключение до 1 месяца).

Закон не предусматривает гражданско-правовых последствий не предоставления информации для заключенного франчайзингового договора, то есть невозможно сказать однозначно, что заключенный таким образом договор является автоматически недействительным, хотя до определенного времени судебная практика шла как раз таким путем[25].

4. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В БРАЗИЛИИ

В Бразилии[26] франчайзинговые правоотношения регулируются двумя законодательными актами: нормативным актом № 135/97 Бразильского Института промышленной собственности (применяется для получения согласования франчайзинговых соглашений) и законом № 8955, который содержит требования к раскрытию информации перед предложением франшизы.

Закон № 8955 определяет понятие франшизы, требования относительно раскрытия информации о франшизе, а также устанавливает следующее: франшизиар должен подготовить документы, которые раскрывают информацию о предложенной франшизе и представить их на согласование в Бразильский институт промышленной собственности. Получив одобрение вышеуказанного органа, документы, которые раскрывают информацию о предложенной франшизе, должны быть представлены потенциальному франшизиату не позднее 10 дней до подписания франчайзингового

[25] 10 февраля 1998 г. Верховным судом Франции по делу ED Le Maraicher было принято решение, противоположное позиции автоматической недействительности франчайзингового договора в случае не предоставления необходимой информации. Remi Delforge. French Disclosure: Comments on Recent Decisions on the Loi Doubin. International Journal of Franchising and Distribution Law, Vol. 1, Issue 2. 1999.-P. 152-153.
[26] Andrea Paula Orricchio. Franchising in Brazil: the legal view point. International Business Lawyer. Vol. 23, №5, 1995.-P. 236-237.

соглашения или перечисления каких бы то ни было денежных по такому соглашению. Если франшизиаром является иностранное лицо, оно должно получить соответствующее согласование в Центральном банке Бразилии и зарегистрировать франчайзинговое соглашение.

Нарушение указанного выше публично-правового порядка регулирования франчайзинговых правоотношений тянет за собой гражданско-правовые и уголовные санкции, которые налагаются на нарушителя.

5. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В МЕКСИКЕ

Франчайзинговые правоотношения в Мексике регулируются федеральным и национальными законами. Федеральный закон, играющий значительную роль в регулировании предпринимательской деятельности по продвижению и защите промышленной собственности в статье 42 определяет, что "франчайзинговые правоотношения существуют, если в дополнение к предоставлению лицензии на использование знака, также передаются технические знания и помощь, которая позволяет лицу производить или продавать товары, или предоставлять услуги единообразным способом, используя операционные, коммерческие и административные методы, установленные собственником знака, чтобы таким образом сохранить качество, престиж и имидж товаров или услуг, обозначенных знаком"[27].

15 штатов Мексики в том или ином виде регулируют предложение и продажу франшизы, хотя определение понятия "франшиза" является настолько нечетким, что его можно отнести к определению других видов договоров, например, дистрибьюторских. Можно согласиться с мнением Джон МакНайта, что в большинстве штатов Мексики франшиза определяется как "контракт или соглашение, выраженное или подразумеваемое, устное или письменное, между двумя или более лицами, по которому (1) франшизиату предоставляется право принимать участие в предложении, продаже и сбыте товаров и услуг по маркетинговому плану или системе, определенной в значительной степени франшизиаром; (2) функционирование франчайзингового бизнеса согласно такого плана или системе в значительной мере ассоциируется с

[27] Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. 1999.- P. 28-29.

торговой маркой или маркой на услуги, наименованием, логотипом, рекламированием и другими коммерческими символами франшизиара или его филиала; (3) франшизиат должен прямо или опосредствованно уплатить франчайзинговое вознаграждение”[28].

Меньшая часть штатов Мексики определяет франшизу, базируясь на определении общности интересов франшизиара и франшизиата при сбыте товаров, услуг при оптовой и розничной продаже или лизинге.

Требование о предоставлении франшизиаром информации о предлагаемой франшизе установлено в специальной инструкции к федеральному закону. Принимая во внимание, что федеральный закон распространяет свое действие на все штаты, инструкция также действует во всех штатах Мексики.

И хотя А. Конигсберг определяет информацию, определенную для раскрытия в инструкции, как “минимальную”[29], она тем не менее должна быть предоставлена потенциальному франшизиату.

Информация раскрывается только потенциальным франшизиатам и не подлежит регистрации в специальном органе. Хотя сам франчайзинговый договор обязательно должен быть зарегистрирован в Мексиканскому Институте промышленной собственности. Процедура регистрации специально разработана Институтом: франшизиар или франшизиат заполняют специальные регистрационные формы и прилагают к ним оригинал или заверенную нотариально копию франчайзингового договора. Отсутствие регистрации франчайзингового договора может привести не только к административной ответственности, но и к отмене регистрации франшизиата и франшизиара, если они являются мексиканскими юридическими лицами.

[28] John B. McKnight. Agency, Distribution and Franchise Agreements in the United States and Mexico. A paper presented at the IBA 25th Biennial Conference. Melbourne, 9-14 October 1994.- P. 10-11.
[29] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997. P. IV.V.41.

6. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В ИСПАНИИ

В Испании при заключении франчайзинговых соглашений стороны руководствуются Актом 7/96 от 15 января 1996 «Положения о розничной торговле относительно урегулирования франчайзингового режима» и Постановлением «О создании реестра франшизиаров» от 13 ноября 1998, которое было утверждено королевским указом 2485/98.

Постановление «О создании реестра франшизиаров» содержит нормы не только касающиеся регистрации франшизиаров и определяющие органы, осуществляющие такую регистрацию, а также определяет объем информации, которую должен получить франшизиат не позднее чем за 20 дней до подписания франчайзингового договора или уплаты каких-либо платежей по нему.

Нарушение требований относительно содержания и сроков предоставления информации о франшизе влечет за собой наложение административных штрафов, размер которых устанавливается местными органами власти[30].

7. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В КНР

В Китае франчайзинг регулируется Циркуляром министерства внутренней торговли о мероприятиях по администрированию франчайзинговых операций, № 124 от 14 ноября 1997 г.

Как указывает М. Бреннан «то внимание, с которым китайское правительство относится к иностранным инвестициям и лицензиям привело к тому, что любое совместное предприятие или лицензия, даже из передачи технологии, потенциально считается франчайзингом»[31] .

---

[30] Gonzallo de Ulloa. Spain: New Register of Franchisors. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 2. – P. 169-171.
[31] Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. 1999.- P. 21.

Циркуляр предусматривает следующие обязательные действия сторон франчайзингового договора:

- регистрацию франчайзингового договора в Китайской Ассоциации единообразных предприятий (China Chain Enterprises Association),
- регистрацию франчайзинговго договора в министерствах, к которым может иметь отношение предмет франчайзингового договора;
- направление информации о франшизе в соответствии с требованиями Китайской Ассоциации единообразных предприятий, сформулировавшей Правила и кодекс поведения при осуществлении франчайзинговых операций.

В целом, эксперты[32] отмечают неблагоприятную ситуацию для развития франчайзинга в Китае, которая обусловлена как нечеткостью норм Циркуляра, с одной стороны, так и многочисленностью других нормативных актов, которые не просто касаются франчайзинговых и других операций, но и предусматривают административную ответственность за невыполнение их требований.

8. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В ИНДОНЕЗИИ

Решение о принятии законодательных актов, регулирующих франчайзинг, было принято в Индонезии в связи с экономическим ростом. Международные эксперты считают, что принятые нормативные акты препятствуют развитию франчайзинга[33], в то же время на местном уровне они воспринимаются как защищающие индонезийских розничных торговцев и потребителей и предоставляющие приоритет местным товарам и материалам[34]. Хотя, в целом, и местные и международные эксперты[35] считают принятые нормативные акты

[32] Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. 1999. Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997.
[33] Lena Peters. Franchising in International Organizations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 3. – P. 262.
[34] Raini Alfida. Indonesia's Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 77.
[35] Там же, P. 77, 81. Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997. P. IV.VIII.52. Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. 1999.- P. 24.

нечеткими и, предоставляющими достаточно много прав местным властям Индонезии для вмешательства во франчайзинговые правоотношения.

Основным документом, регулирующим франчайзинг в Индонезии, является правительственное Постановление № 16/1997 от 18 июня 1997 года. Через некоторое время после его принятия, а именно 30 июля 1997 года, министр торговли и промышленности издал указ № 259/MPP/Kep/7/1997 «О положении и процедуре регистрации франчайзинговых предприятий», который касался не только процедуры регистрации, но в некоторых аспектах даже расширял положения Постановления. Следует также указать, что министру предоставлено право, в случае необходимости, принимать указы, разъясняющие уже принятые нормативные акты, или касающиеся новых аспектов ведения франчайзинговой деятельности в Индонезии. Таким образом, министр может принять и другие указы, которые будут регулировать франчайзинговые правоотношения.

Указ № 259/MPP/Kep/7/1997 дополняет правительственное Постановление следующими требованиями к франчайзинговым договорам:

- договоры должны заключаться на индонезийском языке;
- применимым правом к правоотношениям международного франчайзингового может быть исключительно индонезийское право;
- минимальный срок действия франчайзингового договора должен составлять не менее пяти лет;
- франчайзинговый договор в качестве существенных условий должен содержать следующие положения: права и обязанности сторон, арбитражную оговорку, условия прекращения договора и размер компенсации за такое прекращение, использование местного персонала и сырья, условия проведения учебных курсов.

К моменту заключения франчайзингового договора франшизиар должен предоставить франшизиату информацию о франшизе, данные о себе, своей деятельности и финансовой отчетности, описать природу франчайзингового продукта и остановиться на других аспектах, о которых “франшизиат должен

знать”[36]. Также франшизиар должен предоставить документ, подтверждающий факт его регистрации в своей стране в случае, если франшизиар является иностранной компанией, или торговую и прочие лицензии, которые выдаются соответствующими местными министерствами Индонезии, если франшизиар индонезийская компания.

Среди требований, которые наносят самый большой вред развитию франчайзинга в этой стране, большинством специалистов отмечаются следующие:

1) формально, франчайзинг может развиваться по всей стране, однако, в соответствии с Постановлением, он должен “имплементироваться постепенно, принимая во внимание социальное и экономическое развитие малых и средних предприятий”[37]. За пределами больших городов “при постепенном развитии франчайзинга необходимо принимать во внимание баланс между предпринимательской необходимостью и социально-экономическим ростом”[38]. К сожалению, суть процитированного настолько нечеткая, что предоставляет возможность значительного государственного вмешательства в предпринимательскую деятельность сторон франчайзингового договора;

2) в случае прекращения франчайзингового договора до истечения срока его действия, франшизиар может заключить новый франчайзинговий договор с новым местным франшизиатом лишь в случае предоставления ему предыдущим франшизиатом письма, которое подтверждает, что все спорные вопросы между сторонами прекращенного договора были урегулированы;

3) от сторон франчайзингового договора требуется использование в первую очередь местного потенциала Индонезии (включая наем местного

[36] Raini Alfida. Indonesia’s Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 80.
[37] Там же, P. IV.VIII.50.
[38] Там же, P. IV.VIII.51.

персонала и использование местного сырья и продуктов, если они имеют надлежащее качество);

4) франчайзинговая деятельность может вестись исключительно в местах, открытых для этого министерством торговли и промышленности. Как правило, это большие города;

5) каждых полгода с момента регистрации франчайзингового договора стороны подают в министерство торговли и промышленности отчет о развитии франчайзинговой деятельности. Подтверждением принятия такого отчета является предоставление регистрационного сертификата. В случае неудовлетворительности предоставленного отчета, регистрационный сертификат не выдается и, таким образом, сторонам запрещено продолжать выполнять франчайзинговый договор. Следует отметить, что такие регистрационные сертификаты выдаются уже после того как стороны зарегистрировали франчайзинговый договор в этом же министерстве. Срок действия такой первоначальной регистрации составляет срок действия франчайзингового договора.

Таким образом, для легального исполнение франчайзингового договора в Индонезии необходимо не только предоставить франшизиату информацию о франшизе, использовать местный персонал и местное сырье, но и пройти несколько регистраций франчайзингового договора.

9. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В ЮЖНОЙ КОРЕЕ

Нормативные акты, регулирующие франчайзинг в Южной Корее, приняты относительно недавно, в начале 1997 г. как изменения в уже существующее законодательство. Речь идет об Уведомлении № 1997-19 от 7 апреля 1997, випущенное отделом конкуренции Комиссии по добросовестной торговле «О критериях недобросовестной торговой конкуренции во франчайзинге», известном как Франчайзинговая директива, которая применяется к франчайзинговым договорам, сторонами которых являются только корейские

компании, и изменения в Директиву по международным контрактам, принятые 21 апреля 1997 отделом по международным операциям Комиссии по добросовестной торговле, которая, соответственно, применяется к контрактам, в которых хотя бы одной из сторон является иностранный контрагент.

Директива по международным контрактам имеет довольно широкий спектр применения и регулирует семь различных видов договоров: лицензионные договоры по передаче технологий, лицензионные договоры по передаче авторских прав, лицензионные договоры по передаче ноу-хау, франчайзинговые договоры, договоры о совместной деятельности, дистрибьюторские договоры и договоры о совместных предприятиях.

Директива по международным контрактам не дает определения франшизы или франчайзингового договора. Такое определение мы находим во Франчайзинговой директиве, которая определяет франчайзинговую деятельность как "долгосрочные торговые отношения, в соответствии с которыми франшизиар предоставляет франшизиату право вести предпринимательскую деятельность, такую как торговля потребительскими товарами или предоставление услуг, таким же способом, как и франшизиар, с использованием торгового знака, торгового наименования, знака обслуживания франшизиара, а также предоставляет франшизиату помощь, контролирует его деятельность. В обмен за это франшизиат выплачивает франшизиару определенное вознаграждение как компенсацию за предоставленные франшизиаром права и помощь"[39].

Директива по международным контрактам, фактически, содержит перечень действий, представляющих собой недобросовестную конкуренцию. В основном, этот перечень совпадает с перечнем недобросовестной конкуренции, приведенным во Франчайзинговой директиве. К недобросовестной конкуренции в франчайзинговых договорах относится:

- непредоставление информации о франшизе потенциальному франшизиату до подписания франчайзингового договора, если

[39] Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. 1999.- P. 31.

потенциальный франшизиат запросил такую информацию письменно, хотя сама Директива не определяет конкретного перечня предоставляемой информации. Также Директива не указывает конкретного срока до подписания договора, за который информация должна быть представлена. Директива лишь отмечает, что срок должен быть таким, чтобы франшизиат имел достаточно времени для принятия обоснованного решения;

- запрет приобретения инвентаря, товаров ил сырья у третьих лиц. Франшизиару запрещено принуждать франшизиата закупать инвентарь, товары или сырье у него или других указанных им лиц, если инвентарь, товары или сырье, закупаемые у третьих лиц, отвечают качественным характеристикам и не нарушают однообразия франчайзинговой сети;
- ограничение предпринимательской деятельности франшизиата больше, чем это требуется "целыми франшизами"[40]. Следует отметить, что Директива не дает определения понятию «целая франшиза», и соответственно непонятно какого ограничения предпринимательской деятельности такая франшиза может требовать. Такое неясное определение запрета ограничения предпринимательской деятельности тем не менее не запрещает франшизиару рекомендовать франшизиату определенную продажную цену, а также настаивать на определенных рекламных затратах. Не является нарушением антимонопольного законодательства наложение на франшизиата территориальных ограничений;
- отказ предоставить франшизиату помощь;
- наложение на франшизиата финансовых обязательств вопреки желаниям последнего;
- запрет конкурировать по истечении срока действия франчайзингового договора.

Корейское законодательство не требует регистрации франчайзингового договора, однако, при перечислении франчайзинговых платежей иностранному

[40] Alex S. Konigsberg and Tae Hee Lee. Legislation in Korea relating to Franchise Agreements. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 26.

франшизиару корейский франшизиат должен получить специальное разрешение согласно законодательству о валютном регулировании[41].

10. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В ЕВРОПЕЙСКОМ СООБЩЕСТВЕ

Несмотря на бурное развитие франчайзинга в США, в Европу он пришел со значительным запозданием. Это обстоятельство повлияло как на уровень нормативного регулирования франчайзинга в отдельных европейских странах, так и на его регулирование в Европейском Сообществе. Можно сказать, что до 1978 года в Европейском Сообществе, далее ЕС, такой феномен как франчайзинг вообще не принимался во внимание. Доказательством тому является одно из положений отчета Европейской Комиссии[42]:

«На практике не существует четкого разделения между франчайзингом и другими формами кооперации. Добровольно объединившиеся группы невозможно отличить от некоторых форм франчайзинга. Ни в одной из стран нет юридического определения понятия франчайзинг. И это понятно, т.к. ни в одном из государств-членов Сообщества нет специального законодательства о франчайзинге. В соответствии с замечаниями некоторых экспертов ЕЭС, в некоторых случаях индивидуальные франчайзинговые договоры входят в противоречие со статьей 85 Договора ЕЭС. С точки зрения масштаба проблемы, более соответствующим средством исследования ее, является ее отдельное

[41] Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. 1999.- P. 31.

[42] Комиссия, называемая также Европейской Комиссией, состоит из 20 членов, назначаемых государствами членами. Комиссия имеет свою собственную администрацию, разделенную на 23 направления, каждое из которых возглавляется генеральным директором. В компетенцию Комиссии входит защита интересов Сообщества, внесение законодательных предложений в Совет, контроль за соблюдением положений Римского договора, принятие постановлений и иных актов, ведение переговоров между Европейским Сообществом и третьими странами. Постановления Комиссии являются нормами прямого действия во всех государствах-членах ЕС и не нуждаются в дополнительном имплементировании в национальное законодательство. Комиссия также может выпускать решения, мнения, рекомендации, уведомления. Указанные акты носят характер рекомендаций и не являются императивными нормами.

изучение и возможность гармонизации существующих национальных кодексов этического поведения»[43].

Так как поводом для начала регулирования франчайзинга в рамках ЕС явилась угроза нарушения именно антимонопольного законодательства ЕС, то было бы целесообразно более подробно становиться на рассмотрении норм этого законодательства. Это тем более интересно, что в основе запланированного регулирования франчайзинга в Украине лежат именно нормы, взятые из антимонопольного законодательства ЕС. Стремление Украины гармонизировать свое законодательство с законодательством ЕЭС вытекает из ее обязательств по Договору о партнерстве и сотрудничестве между Европейским сообществом, его странами членами и Украиной[44].

[43] Studies Series. Series Commerce and Distribution. No. 5 Brussels, March 1978

[44] Договор о партнерстве и сотрудничестве вступил в силу 1 марта 1998г. Среди основных экономических задач Договора: установление и развитие экономического сотрудничества; проведение экономической реформы в Украине; постепенное сближение Украины с Европейскими странами с целью интеграции Украины в международную торговую систему; либерализация торговли, основанная на принципах ГАТТ/СОТ; улучшение условий ведения предпринимательской и инвестиционной деятельности, в особенности в сферах учреждения предприятий, трудовых правоотношениях, предоставлении услуг и движении капиталов. В Договоре подчеркивается важность усилий Украины, направленных на трансформацию ее экономики от государственной командно-административной системы к действительно рыночной экономике. Одним из результатов Договора, как предполагают стороны, будет создание нового климата экономических взаимоотношений в сфере развития торговли и инвестиций. Договор обусловливает не только декларативные принципы, но предусматривает создание эффективных правовых механизмов, направленных на реализацию его положений.

Наличие конкуренции и отсутствие причин, которые ограничивают или негативно влияют на конкуренцию, рассматривается в Договоре как один из самых важных элементов развития торговли. Статья 49 Договора вменяет в обязанность Сторон путем применения норм антимонопольного законодательства обеспечить необходимые условия и механизмы, направленные на устранение ограничения конкуренции.

Статья 51 Договора декларирует, что самым важным условием усиления экономических связей Украины и Европейского Сообщества есть сближение законодательства Украины с законодательством ЕС. Украина взяла на себя обязательства по такому постепенному сближению. Пункт 2 статьи 51 Договора выделяет приоритетные для сближения области, среди
которых важное место занимает антимонопольное законодательство.

Статья 85[45] Договора об учреждении Европейского Экономического Сообщества, вступившего в силу в 1958г., широко известного как Римский договор, является одной из основополагающих статей антимонопольного законодательства ЕЭС. Данная статья состоит из двух частей. Первая часть статьи, в которую входит первый и второй пункты, содержит общий запрет ограничения конкуренции, а вторая часть статьи (третий пункт) предусматривает условия, при которых возможно избежать применения к субъектам предпринимательства санкций за нарушение антимонопольного законодательства. Такими условиями являются: улучшение сбыта товаров; содействие техническому или экономическому прогрессу; получение потребителем реальных выгод в виде снижения стоимости или повышения качества сбываемой продукции.

Механизм реализации норм статьи 85 Римского Договора был предусмотрен в Постановлении Совета[46] № 17 от 6 февраля 1962 года[47], далее Постановление № 17/62. Данное Постановление установило определенную процедуру проверки договоров между субъектами предпринимательской деятельности на предмет нарушения ими положений статей 85 или 86 Римского договора. Постановление предусматривает две возможные процедуры:

1) процедура «отрицательного разрешения» (negative clearance); и
2) процедура «индивидуального освобождения» (individual exemption).

К процедуре «отрицательного» разрешения могут прибегнуть субъекты предпринимательской деятельности, которые считают, что их договоры подпадают под действие норм статьи 85(3). Если в результате прохождения такими субъектами специальной процедуры, Комиссия приходит к выводу, что

[45] В Амстердаме текст договора был изменен и вследствие этого изменена его нумерация. Статья 85 стала носить номер 81. Полный текст статьи приведен в Приложении 2.
[46] Совет, называемый также Советом Министров или Европейским Советом, является представительским органом Европейского Сообщества и состоит из представителей стран-членов ЕЭС. Европейский Совет принимает нормативные акты, называемые вторичным законодательством: постановления и директивы. К нормам первичного законодательства относится Договор об учреждении Европейского Экономического Сообщества. Совет заключает международные договоры между Европейским Сообществом и третьими странами.
[47] Постановление было дополнено в 1987г.

действительно проверенный договор не нарушает антимонопольное законодательство ЕС, такому договору дается «отрицательное разрешение», которое подтверждает, что договор не нарушает норм антимонопольного законодательства.

Субъекты предпринимательской деятельности, чьи договоры, по их мнению, подпадают под действие статьи 85(1), но имеют также преимущества, предусмотренные статьей 85(3), могут использовать процедуру «индивидуального освобождения». Получение «индивидуального освобождения» дает возможность субъектам предпринимательства продолжить свои правоотношения в рамках заключенного договора без угрозы начисления штрафов за нарушение антимонопольного законодательства[48].

Постановление № 17/62 не только устанавливает специальные процедуры исследования сбытовых договоров на предмет нарушения ими норм антимонопольного законодательства, но также определяет некоторые виды договоров, стороны которых могут не прибегать к установленным Постановлением процедурам. Таким образом, на такие договоры не будут распространяться соответствующие ограничения статьи 85 Римского Договора. Такими договорами Постановление признает:

1) договоры между субъектами предпринимательства одного и того же государства члена ЕС, которые не касаются импорта или экспорта;

2) двусторонние договоры, которые только:

а) ограничивают свободу одной из сторон договора в определении цены или условий ведения предпринимательской деятельности, при которых товары, полученные от другой стороны, подлежат перепродаже; или

б) налагают ограничения на уполномоченные лица, пользователей прав промышленной собственности, лицензиаров;

[48] Процедура получения “индивидуального освобождения” и подачи необходимых для этого документов подробно регламентируется Постановлением Комиссии № 3385/94 от 21 декабря 1994г., которое заменило собой Постановление Комиссии № 27 от 3 мая 1962г. Право предоставления индивидуального освобождения от действия статьи 85(1) предоставлено исключительно Европейской Комиссии, решение которой может быть пересмотрено только Судом Справедливости Сообщества.

3) договоры, основной и единственной целью которых является:

а) развитие и унификация определенных стандартов;

б) общие исследования;

в) кооперация и специализация при производстве определенных товаров, если общее производство таких товаров имеет не больше 15% рынка в производстве подобных или таких, что считаются потребителем (из взгляда характеристик, цены и употребления) как подобные товары, и если общий товарооборот сторон такого соглашения не превышает 200 миллионов ЭКЮ.

С момента принятия Постановления № 17/62 Комиссия получила большое количество уведомлений, в соответствии с которыми, стороны просили о применении процедуры «отрицательного разрешения» или процедуры «индивидуального освобождения». Большое количество таких уведомлений не позволяло Комиссии выносить своевременно формальные решения, и она ограничивалась принятием «поддерживающих писем» (comfort letters), в которых отмечалось отсутствие нарушений в соответствии со статьей 85(1) или наличие оснований, которые разрешают распространить на заявленное соглашение положения статьи 85(3).

Огромное количество уведомлений, направляемых в рамках Постановления № 17/62[49] стало причиной принятия Постановления Совета № 19 от 2 марта 1965 года, в дальнейшем, Постановление № 19/65 о применении статьи 85(3) Договора к определенным категориям договоров.

Постановлением № 19/65 Совет уполномочил Европейскую Комиссию освобождать некоторые виды договоров от действия статьи 85(1). Совет постановил, что к числу таких договоров могут относиться только двусторонние соглашения, в которых:

1) одна сторона обязывается поставлять другой стороне для перепродажи определенные товары на определенной территории общего рынка;

[49] С момента вступления в силу Постановления 17/62 до момента принятия Постановления 19/65 поступило более 30 000 уведомлений.

2) одна сторона обязывается покупать определенные товары для перепродажи только у другой стороны;

3) две стороны договариваются о выполнении обязательств, указанных в подпунктах 1), 2);

4) содержатся ограничения, которые накладываются на одну из сторон в связи с предоставлением ей прав пользования объектами промышленной собственности (патентами, промышленными образцами, полезными моделями или торговыми марками), которые вытекают из лицензионных договоров.

Соответствующие постановления, которые будет принимать Комиссия, должны содержать перечни разрешенных (white list) и запрещенных (black list) статей, которые могут содержаться в таких двусторонних соглашениях. Постановления Комиссии такого рода получили название «блоковых исключений» (block exemptions).

Для реализации положений Постановления № 17/62 важную роль сыграло также Уведомление Комиссии о соглашениях второстепенного значения[50]. В зависимости от развития торговли и степени интеграции государств членов сообщества в единый рынок Комиссия определяет критерии, в соответствии с которыми договоры субъектов предпринимательской деятельности признаются такими, которые имеют второстепенное значение для целей антимонопольного законодательства ЕС. Такие соглашение в ЕС принято называть соглашениями de minimis. Критерии, в соответствии с которыми те или иные договоры относятся к соглашениям de minimis время от времени изменяются. Так, согласно ныне действующих критериев к соглашениям de minimis относятся соглашения, в которых:

1) совокупная доля сторон такого двухстороннего соглашения на рынке соответствующих товаров или услуг составляет менее 10 %; или

2) соглашение заключено между малыми и средними предприятиями. Малое и среднее предприятие определено как

[50] Уведомление было издано Комиссией 27.05.70 р. Позже оно дополнялось в 1977, 1986 и 1997гг.

предприятие, количество занятых на котором не превышает 250 человек, балансовая стоимость которого не превышает 27 млн. ЭКЮ или годовой оборот которого составляет менее 40 млн. ЭКЮ.

Соглашения, отвечающие критериям de minimis, не подпадают под действие положений статьи 85(1) Договора и не нуждаются в прохождения процедуры «отрицательного разрешения» или «индивидуального освобождения».

На фоне указанного выше развития антимонопольного законодательства ЕС, широкого распространения франчайзинга в Европе, а также возникновения вопросов нарушают ли франчайзинговые договоры антимонопольное законодательство, в Европейском парламенте в 1980 году[51] Комиссии было поставлено два вопроса, касающихся франчайзинга. Первый вопрос указывал на привлекательные стороны франчайзинга, а также на то, что франчайзинговые соглашения могут быть запрещены статьей 85 Договора, спрашивающийся интересовался у Комиссии не пришло ли время «положить конец правовой неопределенности, превалирующей в этой области, путем опубликования четкой политики» [52].

Отвечая на этот вопрос, Комиссия указала следующее:

«Термин «франчайзинг» касается различных форм сотрудничества между независимыми фирмами. Только в течение нескольких последних лет этот вид, который получил широкое распространение в Соединенных Штатах, развился в государствах Сообщества.

В принципе, франшиза представляет собой соглашение между фирмой, передающей франшизу (франшизиаром), и одной или несколькими фирмами, которые становятся пользователями франшизы. Это позволяет им пользоваться торговым наименованием франшизиара, его торговой маркой, другими отличительными символами, а также ноу-хау, что дает им возможность

[51] Европейский парламент является, скорее, консультативным органом. Однако, он имеет право наложить вето на определенные решения Совета министров. В его компетенцию входит назначение председателя Комиссии и роспуск Комиссии.
[52] Письменный вопрос 1694/79, заданный г-ном Бомором (Mr. Beumer) (11 февраля 1980г.)

предлагать товары или услуги оригинальным способом с использованием специфических коммерческих приемов.

Эти соглашения, которые тяжело четко определить, сочетают в себе определенные черты дистрибьюторских и лицензионных соглашений для прав промышленной и коммерческой собственности.

Как они оцениваются с точки зрения антимонопольных правил ЕЭС, зависит меньше всего от их реального назначения или формы, а скорее от их сферы применения и экономического контекста. В частности, это зависит от того, могут ли они негативно повлиять на межгосударственную торговлю в пределах Сообщества и содержат ли они какие-либо ограничительные положения, например, об исключительном лицензировании, исключительной поставке, территориальных ограничениях, использовании одних и тех же цен продажи, запрет конкурировать или отбор пользователей франшизы. По таким положениям было принято большое количество решений Комиссией и Судом справедливости. Таким образом, их правовое положение в отношении Статей 85(1) и (3) было достаточно четко очерчено.

В сегодняшних обстоятельствах, похоже, нет особой нужды в опубликовании уведомления, проясняющего применение антимонопольных правил к франчайзинговым соглашениям, как это сделала Комиссия в отношении соглашений о кооперации, договоров субподряда и соглашений незначительной важности. Комиссия, тем не менее, с интересом наблюдает за усилиями, осуществляемыми некоторыми торговыми ассоциациями для гармонизации содержания франчайзинговых договоров, которые не подпадают под действие антимонопольных правил, в особенности за Кодексом этического поведения франчайзинга, недавно принятым Европейской франчайзинговой федерацией».[53]

Второй вопрос гласил:

[53] J. H. Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999

«(a) проводится ли какая-либо работа в отношении антимонопольных аспектов франчайзинга и, в частности, отдельное исследование, которое рекомендовалось осуществить?

(b) приняла ли Комиссия какое-либо решение или достигла неформального урегулирования в каком-нибудь антимонопольном деле, касающемся франчайзинга? Если да, может ли Комиссия указать промышленности и своим юридическим консультантам путем очерчивания своего подхода в отношении франчайзинга как особой категории договоров?

(c) были ли предприняты какие-либо усилия или сейчас рассматривается вопрос гармонизации существующего национального законодательства путем внесения Постановления Комиссии или кодекса поведения международного франчайзинга?» [54]

Отвечая на это вопрос, Комиссия указала:

«Исследование, которое упоминается Уважаемым Членом, было подготовлено подгруппой о кооперации между фирмами рабочей группы по торговле и сбыту, которое было сделано правительственными экспертами из различных министерских департаментов, связанных с торговлей в государствах-членах.

Работа рабочей группы не может буквально восприниматься как отдельное исследование, упомянутое Уважаемым Членом. По просьбе Комиссии Европейская франчайзинговая федерация, с которой связаны национальные франчайзинговые ассоциации, подготовила Кодекс этического поведения. Кодекс, который был представлен Комиссии, не содержит положений, не совместимых со статьями 85 и 86 Договора ЕЭС. Кодекс был также представлен рабочей группе правительственных экспертов по торговле и сбыту в декабре 1979 г. Впоследствии Президент Европейской франчайзинговой федерации подтвердил Комиссии, что Кодекс был официально одобрен всеми национальными ассоциациями членами 29 февраля 1980 г.

[54] Письменный вопрос 231/80, заданный г-жой Флеш (Mrs. Flesch) (11 апреля 1980г.)

Комиссия не принимала какого-либо решения, специально применявшего антимонопольные правила к франчайзинговым соглашениям. Также не было достигнуто никакого официального урегулирования в делах, касающихся такого типа соглашений»[55].

Несмотря на эти два ответа никакого решения Комиссии в отношении франчайзинговых договоров принято не было. Ситуацию изменило решение Суда справедливости[56] по делу Pronuptia[57]. Так как это дело приводится в качестве примера во многих монографиях, посвященных франчайзингу[58], а также являлось одним из первых среди подобных дел, мы кратко рассмотрим его основные положения и выводы.

Фабула дела такова. Дочернее предприятие «Pronuptia de Paris GmbH», учрежденное в Германии французской компанией «Pronuptia de Paris» и являющееся дистрибьютором свадебной одежды и аксессуаров, предоставило франшизу немецкому франшизиату, г-же Шилгалис (Schillgalis) на три территории в Германии. Позднее между «Pronuptia de Paris GmbH» и г-жой Шилгалис возник спор по вопросу неуплаты роялти. Дочернее предприятие «Pronuptia de Paris GmbH» обратилось с иском в немецкий суд. Со своей стороны, франшизиат основывал свою позицию на том, что франчайзинговый договор является недействительным и не подлежащим исполнению в связи с нарушением статьи 85(1) Римского договора.

Договор предоставлял франшизиату право пользования торговой маркой франшизиара на определенных территориях, а также право получения постоянной помощи и рекомендаций по всевозможным аспектам ведения предпринимательской деятельности. Франшизиар взял обязательство не

---

[55] J. H. Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999

[56] Решения суда справедливости имеют высшую силу в толковании законодательства Сообщества. Обжаловать решение Суда справедливости невозможно. Суд не связан формальными принципами прецедентного права и при вынесении последующих решений может не следовать решениям, вынесенным ранее. Однако, на практике это случается крайне редко.

[57] Выдержки по делу приведены в Приложении 3

[58] Смотри: L. Peters, M. Schneider. The franchising contract. Uniform Law Review. UnidROIT, 1985, Vol 1; J. Goyder. EC Distribution Law. John Wiley & Sons. 2nd ed., 1996; J.H. Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999

открывать своих магазинов на закрепленных за франшизиатом территориях и не использовать на этих территориях других способов поставки товаров третьим лицам. Указанное обязательство включало в себя запрет для франшизиара предоставлять право пользования торговой маркой на этих территориях другим лицам.

Франшизиат со своей стороны обязался:

1) уплачивать франшизиару 10% роялти от всех продаж;
2) использовать торговую марку только в магазинах розничной торговли на определенных в договоре территориях;
3) осуществлять предпринимательскую деятельность только из оговоренных магазинов розничной торговли, которые соответствовали требованиям франшизиара;
4) приобретать минимум 80% продаваемого товара у франшизиара, а оставшуюся разницу у поставщиков, одобренных франшизиаром;
5) сотрудничать с франшизиаром по вопросам рекламы;
6) не конкурировать с франшизиаром на других территориях Западной Германии в течение 1 года с момента прекращения контракта;
7) не уступать права и обязанности по контракту третьим лицам без согласия франшизиара.

Так как специального законодательства по франчайзинговым договорам в Европе не было, а также отсутствовала большая судебная практика по вопросу возможного нарушения франчайзинговыми договорами антимонопольного законодательства в связи с данным делом, Федеральный Верховный суд Германии направил запрос в Европейский суд справедливости о предварительном судебном решении.[59]

Федеральный Верховный суд поставил перед Судом справедливости три вопроса:

[59] Римский договор предполагает возможность для судей национальных судов запрашивать Суд справедливости о предварительном судебном решении по интерпретации или действительности законодательства Сообщества.

1) Применяется ли статья 85(1) Договора о создании ЕЭС к франчайзинговым соглашениям?

2) Применяется ли блоковое освобождение по соглашениям об исключительном дилерстве к франчайзинговым соглашениям?

3) Если применяется, Федеральный Верховный суд задал несколько вопросов, касающихся отдельных положений и их соответствия Постановлению об исключительном дилерстве.

Суд справедливости, отвечая на вопросы, поставленные Федеральным Верховным судом Германии, указал, что франчайзинговые договоры должны рассматриваться индивидуально в соответствии с ограничительными оговорками, содержащимися в них. Он отозвался о франчайзинге как о легитимном способе для франшизиара эксплуатировать активы, разработанные им. Также суд отметил, что все положения договора, в основном типичные, были свойственны природе франчайзингового договора, который без этих положений превратился бы в договор иного вида. Суд отметил, что договор не нарушает положений статьи 85(1), указав при этом следующее:

«В системе сбытовой франшизы такого вида предприниматель, рассматривающий себя в качестве дистрибьютора на определенном рынке и развивший, таким образом, определенные предпринимательские методы, предоставляет независимым торговцам, за вознаграждение, право работать на других рынках с использованием его торгового наименования и предпринимательских методов, которые способствовали процветанию его бизнеса. Это более чем способ сбыта, это способ для предпринимателя извлечь финансовые выгоды из своего опыта без инвестирования своего собственного капитала. Более того, система предоставляет торговцам, которые не имели до этого достаточного опыта, возможность доступа к методам, которых бы они никогда не достигли, не затратив на это значительные усилия, и позволяет им получать выгоды от репутации торгового наименования франшизиара…Такая

система, позволяющая франшизиару получать прибыль от достигнутого им успеха, не может повредить конкуренции»[60].

Подытоживая свое исследование франчайзинговых отношений, Суд справедливости вынес решение, что статья 85(1) Договора применяется к франчайзинговым соглашениям и что рассматриваемое франчайзинговое соглашение не подпадает под действие блокового освобождения об исключительном дилерстве.

Вместе с этим, Суд справедливости подчеркнул, что, в целом, франчайзинг имеет элементы, благоприятно влияющие на развитие бизнеса, и, на основании этого заключил, что:

«статья 85(1) может не применяться, если франчайзинговые соглашения не содержат положений, ограничивающих свободу сторон более, чем того требует природа франчайзингового соглашения»[61].

Следует, однако, отметить, что замечания Суда касались только определенного типа франчайзинговых соглашений, являвшихся предметом судебного рассмотрения.

“Необходимо разделять различные типы франчайзинговых соглашений, в частности, франчайзинговые соглашения по услугам, по которым франшизиат предлагает услуги под знаками и торговым наименованием или даже торговой маркой франшизиара и следует указаниям франшизиара; производственные франчайзинговые соглашения, по которым франшизиат самостоятельно производит товары в соответствии с инструкциями франшизиара, продает эти товары под торговой маркой франшизиара; и, наконец, дистрибьюторские франчайзинговые соглашения, по которым франшизиат ограничивает себя продажей товаров в магазинах, носящих марку франшизиара”[62].

В деле Pronuptia Суд имел дело именно с дистрибьюторским франчайзинговым соглашением. Суд указал на два аспекта, свойственных

[60] J.H. Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999. Европейский Суд справедливости, дело 161/84, 28 января 1986г., параграф 15
[61] Там же, параграф 13
[62] Там же

франчайзинговым соглашениям, которые не нарушают статью 85(1) Римского договора.

Первый аспект — это защита ноу-хау франшизиара:

«Во-первых, франшизиар должен иметь возможность передать свое ноу-хау франшизиатам, а также обеспечить их необходимой поддержкой во внедрении своих методов в предпринимательскую деятельность, не рискуя при этом, что это ноу-хау и поддержка будет способствовать развитию его конкурентов, даже опосредованно»[63].

Суд указал на два вида положений, необходимых для защиты ноу-хау франшизиара. Первый, запрет франшизиату открывать в течение срока действия франшизы или в течение разумного срока после ее прекращения точно такие же или похожие магазины, которые смогут конкурировать с магазинами членов сбытовой сети, второй, обязательство франшизиата не продавать свой магазин без предварительного согласия франшизиара.

Второй аспект – это сохранение репутации и схожести сбытовой сети франшизиара:

«франшизиар должен иметь возможность предпринять необходимые меры для сохранения схожести и репутации сбытовой сети, которая символизируется с определенной торговой маркой»[64].

К положениям, целью которых является сохранение схожести сбытовой сети, относятся:

а) обязанность франшизиата применять коммерческие методы, разработанные франшизиаром, и использовать предоставленное последним ноу-хау;

б) обязанность франшизиата продавать только товары, указанные в соглашении, в оговоренных помещениях, оформленных в соответствии с требованиями франшизиара;

в) специфические требования в отношении места нахождения магазина;

[63] Там же, параграф 16
[64] Там же, параграф 17.

г) запрет уступки прав и обязанностей по соглашению без предварительного согласия франшизиара;

д) оговорка, предписывающая франшизиату получать товары только у франшизиара или у указанных последним поставщиков, при условии, что указанная оговорка не содержит запрета франшизиату приобретать указанные товары у других франшизиатов этой же сбытовой сети;

е) получение франшизиатом предварительного одобрения франшизиара рекламных материалов, подготовленных к опубликованию.

Если франчайзинговое соглашение содержит только такие ограничительные положения, которые указаны в предыдущем абзаце, такое франчайзинговое соглашение, по мнению Суда, не нарушает статью 85(1). На практике, однако, франчайзинговые соглашения содержат также и иные ограничительные положения. Суд справедливости указал на ряд положений, используемых во франчайзинговых контрактах, которые ограничивают конкуренцию или негативно влияют на разделение рынка между франшизиаром и франшизиатами или между самими франшизиатами, что может предотвращать конкуренцию между ними. В частности, Суд обратил внимание на положение, которое обязывало франшизиата продавать товары, являющиеся предметом франшизы, только из помещений, оговоренных в контракте. Суд считал, что действительная значимость этого положения видна только из непосредственной связи с предоставлением исключительного права на территорию, что в результате является своеобразным разделом рынка между франшизиаром и франшизиатами и, таким образом, ограничивает конкуренцию внутри самой сбытовой сети. Рассматривая ранее дистрибьюторские или лицензионные соглашения, Суд выделил «открытые» и «закрытые» соглашения. В случае «открытого» соглашения» поставщик не стремится предотвратить «параллельный импорт» и соответственно, при предоставлении исключительной территории, исключительные лицензиаты или дистрибьюторы могут осуществить поставку товара потребителю, находящемуся вне договорной территории, если потребителем был сделан специальный запрос лицензиату или дистрибьютору. Соглашения, которые возлагают на

лицензиатов/дистрибьюторов обязанность обслуживать потребителей только на их территории, не обслуживать потребителей, находящихся вне территории, формируют так называемую «закрытую» систему, при которой невозможен «параллельный импорт». Суд посчитал, что франчайзинговые соглашения, предоставляющие франшизиату исключительную территорию и обязывающие его торговать только из определенных точек, представляют собой «закрытую» систему и, таким образом, нарушают статью 85(1). С другой стороны, Суд также понимал, что потенциальный франшизиат никогда бы не решился вступить в сбытовую сеть, сделав значительные инвестиции в свое предприятие, а также оплатив вступительный взнос и согласившись платить определенный процент от своего оборота в последующем, если бы он не был уверен, что его предприятие будет прибыльным благодаря определенной защите от конкуренции со стороны франшизиара или других франшизиатов. Вследствие этого, оговорки, предоставляющие территориальную защиту и нарушающие статью 85(1) должны также рассматриваться и с точки зрения статьи 85(3). В деле Pronuptia Суд не рассматривал франчайзинговое соглашение с точки зрения статьи 85(3), так как он был связан вопросами, заданными Немецким Федеральным Верховным судом.

После вынесения Судом справедливости решения по делу Pronuptia, Европейская комиссия вынесла пять решений[65] по франчайзинговым соглашениям. Это были решения по Yves Rocher[66], Pronuptia[67], Computerland[68], Service Master[69] и Charles Jourdan[70].

Принимая во внимание все большее развитие франчайзинговых отношений, а также руководствуясь правом, предоставленным ей Постановлением 19/65, Европейская Комиссия приняла Постановление[71] №

[65] Решения Европейской Комиссии являются обязательными только для стороны, которой они адресованы.
[66] 87/14/EEC от 17.12.1986 [1987] Official Journal (O.J.) L8/49
[67] 87/17/EEC от 17.12.1986 [1987] Official Journal (O.J.) L13/39
[68] 87/407/EEC от 13.07.1987 [1987] Official Journal (O.J.) L222/12
[69] 88/604/EEC от 20.08.1988 [1987] Official Journal (O.J.) L332/38
[70] 89/94/EEC от 2.12.1988 [1987] Official Journal (O.J.) L35/31
[71] Любое Постановление, одобренное Комиссией или Советом, прямо применяется в Государствах Членах ЕЭС. Постановления являются частью национального законодательства и автоматически являются обязательными для Государств Членов,

4087/88[72] от 30 ноября 1988 г. "О применении статьи 85(3) Договора к категориям франчайзинговых соглашений", вступившее в силу 1 февраля 1989 года и действовавшее до 1 июня 2000 года, далее Постановление 4087. Так как Постановление 4087, фактически, положено в основу регулирования франчайзинговых правоотношений гражданскими кодексами России, Белоруссии и проектами законодательных актов, включая гражданский и хозяйственный кодексы, в Украине, остановимся более детально на его изучении.

Следует помнить, что целью принятия Постановления 4087 являлось выведение франчайзинговых договоров из-под норм действия антимонопольного законодательства. Комиссия не ставила перед собой цель урегулировать правоотношения франшизиара и франшизиата между собой в отношении предоставления в пользование франшизы. Вследствие этого в Постановлении отсутствуют нормы, направленные на раскрытие франшизиаром информации о предлагаемой франшизе. Фактически, эта обязанность франшизиара регулируется нормами соответствующих национальных франчайзинговых кодексов или Кодекса этики Европейской франчайзинговой федерации.

Предметом Постановления 4087 являлось регулирование правоотношений между двумя компаниями, имеющими постоянное местонахождение в странах ЕЭС, или работающими на рынке ЕЭС, по передаче сбытовой и франшизы по услугам. Нормы этого Постановления распространялись не только на европейские компании, но и на любые компании, работавшие в едином рынке. В основе некоторых положений Постановления лежали определения, разработанные Европейской франчайзинговой федерацией. Постановление определяло франшизу следующим образом:

правительственных агентств, предпринимателей и физических лиц. Постановления публикуются в Официальном журнале Европейского Сообщества (Official Journal of European Communities) и вступают в силу через 20 дней после публикации, если иная дата вступления в силу не указана в самом тексте Постановления. Публикация Постановлений обязательна и является условием вступления Постановлений в силу.

[72] O.J. L359/46, [1988]

«франшиза обозначает пакет прав промышленной или интеллектуальной собственности, касающихся торговых марок, торговых наименований, символов в магазинах, полезных моделей, конструкций, авторских прав, ноу-хау или патентов, используемых для перепродажи товаров или предоставления услуг конечным потребителям».

Таким образом, как мы видим, определение франшизы в Постановлении существенным образом отличается от определения франшизы, данного в законах штатов США и провинций Канады. Постановление также определяет понятие франчайзингового договора:

«Франчайзинговое соглашение обозначает соглашение, по которому один предприниматель, франшизиар, предоставляет другому, франшизиату, в обмен на прямое или косвенное финансовое вознаграждение, право эксплуатировать франшизу для целей сбыта определенных товаров и/или услуг. Оно включает, по крайней мере, обязательства, касающиеся:

- использования общего наименования или магазинного символа и единообразную презентацию контрактных помещений и/или транспортных средств;
- передачу франшизиаром франшизиату ноу-хау;
- постоянное предоставление франшизиаром франшизиату коммерческой и технической помощи на протяжении действия соглашения».

Понятие ноу-хау Постановления полностью соответствует понятию ноу-хау, разработанному Европейской франчайзинговой федерацией, которое было приведено выше.

В преамбуле Постановления Европейская комиссия указывала, что Постановление регулирует только некоторые виды франшизы или франчайзинговых соглашений. В частности, Постановление не распространяло свое действие на:

- промышленные франшизы (т.е. такие, которые касаются производства товаров), т.к. они состоят из производственных лицензий,

основанных на патентах и/или технических ноу-хау, скомбинированных с лицензиями на использование торговой марки; и

- франшизы, касающиеся продажи товаров на оптовом уровне, т.к. у Комиссии не было достаточного опыта в регулировании такого вида франшиз.

Постановление не регулировало франчайзинговые соглашения:

1) между компаниями, производящими товары или предоставляющими услуги, являющимися идентичными или эквивалентными с точки зрения потребителей по их характеристикам, цене, предполагаемому применению;

2) в которых франшизиату запрещено было получать товары, эквивалентные по качеству товарам франшизиара, от других лиц, входящих в сбытовую сеть франшизиара;

3) в которых франшизиату запрещено было использовать лицензированное ноу-хау после прекращения франчайзингового соглашения, хотя ноу-хау стало широко известным или легко получаемым не вследствие нарушения своих обязательств франшизиатом;

4) в которых франшизиар прямо или косвенно влиял на определение франшизиатом розничных цен товаров или услуг, являющихся предметом франшизы. Данное требование не ограничивало права франшизиара рекомендовать розничные цены продажи товаров франшизиату;

5) в которых франшизиату запрещено было продавать товары или услуги, являющиеся предметом франшизы, конечным потребителям, имеющим местонахождения вне предоставленной франшизиату территории;

6) в котором франшизиат был лишен права оспаривать действительность прав промышленной или интеллектуальной собственности предмета франшизы.

Постановление подчеркивало характер франчайзингового соглашения как сбытового и, вследствие этого, признавало наличие в нем аспектов,

свойственных сбытовым посредническим договорам. К таким аспектам были отнесены:

- предоставление исключительных прав франшизиату;
- признание таких прав действительными только на территории, определенной франшизиаром;
- запрет продажи для франшизиата товаров или предоставления услуг, конкурирующих с товарами или услугами франшизиара;
- разрешение франшизиату получать товары только у франшизиара или членов его сбытовых сетей.

Под предоставлением исключительных прав франшизиату на определенной территории Постановление понимало исключительное право франшизиата продавать товары или услуги на определенной сторонами территории. Право исключительности состояло в том, что ему противостояла обязанность третьих лиц и франшизиара не продавать аналогичные товары под той же самой маркой на предоставленной франшизиату территории. Как уже было отмечено выше, предоставление исключительных прав создавало франшизиату более благоприятные условия ведения бизнеса с точки зрения конкуренции. Вместе с тем, франшизиату запрещено было осуществлять поиск конечных потребителей вне этой территории, что не означало запрета для него на исполнение заказа на приобретение товаров, поступившего из-за пределов оговоренной территории. Запрет поиска конечных потребителей вне договорной территории распространялся также и на генеральные[73] франчайзинговые соглашения, т.е. генеральному франшизиату запрещено было заключать франчайзинговые соглашения с третьими лицами вне договорной территории.

Исключительные права франшизиата были действительны только в пределах территории, определенной сторонами в франчайзинговом соглашении. Размер такой территории мог включать как административные

[73] В международной терминологии такие соглашения принято называть мастер франчайзинговыми соглашениями

территории определенной страны-члена ЕЭС, территории нескольких стран-членов ЕЭС, так и определенные категории потребителей.

Запрет франшизиату продавать товары или предоставлять услуги, конкурирующие с товарами или услугами франшизиара, с точки зрения Постановления был направлен на защиту прав промышленной или интеллектуальной собственности франшизиара. Отсутствие у франшизиара права устанавливать такой запрет могло бы привести к смешиванию сбытовых сетей разных производителей, что в конечном итоге повлекло бы за собой возможность нарушения прав конечных потребителей. Следует отметить, что такой запрет распространялся только на товары или услуги, являющиеся существенным элементом франшизы. Этот запрет не распространялся на аксессуары, запасные части или дополнительные услуги для товаров или услуг, являющихся предметом франшизы.

Исключительный франшизиат мог приобретать товары или услуги, являющиеся предметом франшизы, не только у франшизиара, но у иных членов его сбытовых сетей, т.е. франшизиат мог приобретать товары или услуги и у агентов франшизиара, и у уполномоченных дистрибьюторов и у других членов франчайзинговой сети, участником которой являлся он сам.

К товарам или услугам франшизиара Постановление 4087 относило товары или услуги:

- произведенные франшизиаром; и/или
- произведенные иными лицами в соответствии с инструкциями франшизиара; и/или
- имеющие наименование или торговую марку франшизиара.

Постановление 4087 содержало ряд понятий, присущих только франчайзинговым соглашениям. В частности, оно указывало, что включает в себя право использования франшизы для целей продажи определенных товаров и/или услуг:

- право и обязательство франшизиата использовать обычное наименование или логотип франшизиара и оформлять договорные

помещения и/или транспортные средства в соответствии с единообразными стандартами, установленными франшизиаром;

- обязательство франшизиара передать франшизиату ноу-хау;
- обязательство франшизиара предоставлять франшизиату на постоянной основе коммерческое и техническое содействие в течение всего срока действия франчайзингового соглашения.

Указанные права были свойственны и генеральным франчайзинговым соглашениям, в которых генеральный франшизиат исполнял функции франшизиара.

Постановление разрешало сторонам франчайзингового соглашения ограничивать право франшизиата по выбору местонахождения помещения, из которого будет эксплуатироваться франшиза, т.е. стороны уже в самом франчайзинговм соглашении указывали адрес такого помещения. Такое помещение называется договорным. В случае необходимости сменить договорные помещения, франшизиат обязан получить у франшизиара специальное разрешение на это. Изменение места нахождения договорных помещений без разрешения франшизиара было запрещено. В Постановлении 4087 было указано, что франшиза может также эксплуатироваться не только в определенных помещениях, но и на транспортных средствах. В таком случае стороны франчайзингового соглашения описывали в соглашении основные характеристики транспортных средств (договорные транспортные средства).

Постановление 4087 содержало перечень прав и обязанностей сторон франчайзингового соглашения, причем было указано, что такой перечень не являлся исчерпывающим.

Среди основных обязанностей франшизиара были выделены:

- всесторонняя охрана исключительных прав франшизиата. Такая охрана подразумевала запрет для франшизиара на договорной территории:

а) предоставлять право использования всей или части франшизы третьим лицам;

б) использовать франшизу самостоятельно, т.е. самостоятельно сбывать товары или предоставлять услуги на договорной территории, являющиеся существенным предметом франшизы;

в) защита прав и интересов франшизиата от посягательств третьих лиц;

- всемерное способствование франшизиату в эксплуатации предмета франшизы. Эта обязанность франшизиара предполагала постоянное проведение семинаров или технических тренингов для персонала франшизиата, улучшение переданного ноу-хау, его постоянную адаптацию к требованиям договорной территории и условиям работы на этой территории;
- если сложившиеся на договорной территории обстоятельства требовали перенесения договорных помещений в другое место и такой перенос не мог повлиять на эффективность продажи товаров или предоставление услуг франшизиара, он обязан был предоставить франшизиату разрешение перенести такие договорные помещения в новое согласованное место;
- если финансовое положение или сложившиеся обстоятельства вынуждали франшизиата уступить свои права и обязанности по франчайзинговому договору третьему лицу, и переуступка таких прав и обязанностей не влияла на защиту прав промышленной или интеллектуальной собственности франшизиара, на единообразие и репутацию франчайзинговой сети и третье лицо удовлетворяло требованиям франшизиара, то последний обязан был предоставить свое согласие на переуступку прав и обязанностей франшизиата третьему лицу.

К числу прав франшизиара Постановление 4087 относило:

- право контролировать соблюдение франшизиатом стандартов франшизы. Это право могло реализовываться франшизиаром через проведение постоянных контрольных проверок договорных помещений, эксплуатации франшизы;

- получение от франшизиата информации о конъюнктуре рынка на договорной территории, практической информации, касавшейся адаптации переданного ноу-хау к условиям договорной территории, иной информации, которая могла существенно улучшить используемое ноу-хау;
- возможность рекомендовать (но не диктовать) франшизиату цену реализуемых товаров или услуг. Указанное право подразумевало возможность для франшизиата не следовать рекомендациям франшизиара относительно цены реализуемых товаров или услуг.

Постановление 4087 перечисляло значительно большее число обязанностей франшизиата, что с точки зрения составителей было обусловлено, в большей степени, необходимостью защитить права промышленной и интеллектуальной собственности франшизиара. Обязанности франшизиата включали:

1. обязанность эксплуатировать франшизу только в договорных помещениях. Эта обязанность обусловлена, во-первых, договоренностями сторон, а во- вторых, необходимостью для франшизиара контролировать стандарты эксплуатации франшизы посредством проведения проверок;
2. эксплуатировать франшизу, рекламировать франшизу и осуществлять поиск конечных потребителей предмета франшизы только на договорной территории;
3. не производить, не продавать и не использовать в процессе предоставления услуг товары, конкурирующие с товарами франшизиара, являющимися предметом франшизы, если предметом франшизы является продажа или использование в ходе предоставления услуг определенных типов товаров и запасных частей или аксессуаров к таким товарам. Если предметом франшизы являлась продажа товаров, аксессуары и запасные части, к которым не влияли на качество или характеристики этих товаров, то такие запасные части и аксессуары могли приобретаться франшизиатом у других лиц;
4. всемерная защита прав промышленной или интеллектуальной собственности франшизиара. Если франшизиату становилось известно о

нарушении этих прав франшизиара, он обязан был немедленно уведомить последнего об этом, а также предпринять юридические действия против нарушителей или способствовать франшизиару в проведении им таких юридических действий против нарушителей;

5. обязанность поддерживать единообразие и репутацию франчайзинговой сети. Указанное обязательство включало в себя целый ряд дополнительных обязательств и, в частности:

- продавать или использовать в ходе предоставления услуг только товары, соответствующие минимальным объективным критериям, установленным франшизиаром;
- продавать или использовать в ходе предоставления услуг товары, которые произведены исключительно франшизиаром или третьими лицами, им указанными. Если такое требование являлось несущественным благодаря характеристикам товаров, являющихся предметом франшизы, применению подлежали критерии качества. Не участвовать прямо или косвенно в подобном бизнесе на территории, на которой функционируют другие члены франчайзинговой сети, включая франшизиара.
- запрет для франшизиата конкурировать с членами франчайзинговой сети, включая франшизиара, после прекращения франчайзингового соглашения на договорной территории в течение не менее одного года. Установление сторонами франчайзингового соглашения более длительных сроков запрета конкуренции могли повлеч за собой нарушение антимонопольного законодательства ЕЭС;
- не приобретать долей такого размера в капитале конкурирующих компаний, которые предоставили бы возможность франшизиату влиять на экономическое поведение такого предприятия;
- информирование потребителей, что франшизиат является независимым от франшизиара юридическим лицом, что, однако, не должно нарушать установленного единообразия франчайзинговой сбытовой сети;

6. продавать товары, являющиеся предметом франшизы, только конечным потребителям, другим франшизиатам и другим сбытовикам из других сбытовых сетей франшизиара. Эта обязанность франшизиата в соответствии с Постановление 4087 была обусловлена самим предметом Постановления, которое не регулировало оптовые франчайзинговые соглашения;

7. эффективно и добросовестно эксплуатировать франшизу и приложить все усилия по продаже товаров или предоставлению услуг, стремиться к достижению определенного[74] товарооборота товаров или услуг франшизиара, планировать свои заказы товаров у франшизиара заранее, хранить минимум товаров на складе для проведения обмена некачественных товаров, предоставлять текущий и гарантийный ремонт продаваемым товарам. Если франшизиат по условиям соглашения обязан был предоставлять гарантийное и потребительское обслуживание товаров франшизиара, такое гарантийное и потребительское обслуживание должно было предоставляться также и на товары, получаемые франшизиатом от других членов сбытовой сети франшизиара;

8. уплачивать франшизиару оговоренную часть расходов на рекламу и самостоятельно рекламировать товар. При самостоятельном рекламировании товара франшизиат обязан был получить согласие и одобрение франшизиара на такую рекламу;

9. не раскрывать третьим лицам ноу-хау, предоставленное франшизиаром. Данное обязательство должно было соблюдаться франшизиатом даже после прекращения франчайзингового соглашения. Стороны были вправе оговорить, что конфиденциальность ноу-хау может быть срочной (стороны согласовывают конкретный срок) или бессрочной;

10. информировать франшизиара о практическом опыте, приобретенном при эксплуатации франшизы, и предоставлять ему и

[74] Стороны вправе согласовать с соглашении нижнюю и/или верхнюю границы желательного товарооборота.

другим франшизиатам неисключительную лицензию на ноу-хау, являющееся результатом такого практического опыта;

11. посещать курсы, проводимые франшизиаром;

12. применять коммерческие методы, разработанные франшизиаром, включая последующую модификацию таких методов;

13. следовать стандартам франшизиара в отношении оборудования и оформления договорных помещений и/или транспортных средств;

14. предоставлять возможность франшизиару совершать проверки договорных помещений, продаваемых товаров или предоставляемых услуг, включая проверку бухгалтерской и инвентарной отчетности франшизиата;

15. не изменять без разрешения франшизиара место нахождения договорных помещений;

16. не уступать своих прав и обязанностей по франчайзинговому соглашению третьим лицам без согласия франшизиара.

Перечень прав франшизиата, оговоренных Постановлением 4087, был значительно короче. К ним относились:

1. право получить опробованную и протестированную франшизу, хотя в Постановлении не указывалось каких-либо сроков апробации франшизы. Для сравнения, в законах некоторых штатов США указывается, что минимальным сроком апробации, т.е. самостоятельной эксплуатации франшизиаром франшизы, является 2 года;

2. право получать товар, являющийся предметом франшизы, от других франшизиатов и членов сбытовой сети франшизиара;

3. право на информирование франшизиаром о всех нововведениях и адаптациях ноу-хау в связи с развитием рынка и усилением конкуренции в сфере реализации предмета франшизы.

Постановление 4087 не предусматривало обязанности франшизиара по раскрытию какой-либо информации о франшизы на стадии ее предложения потенциальным франшизиатам, т.е. Постановление не содержало никаких требований к преддоговорным отношениям сторон.

Постановление также не оговаривало формы и размера выплаты компенсации франшизиару за предоставленное ноу-хау. В этом вопросе сторонам была предоставлена свобода выбора.

Постановление 4087 не регулировало вопросы прекращения франчайзинговых соглашений. Этот аспект франчайзинговых правоотношений регулировался либо в соответствии с требованиями применимого права, избранного сторонами, либо в соответствии с положениями соглашения, либо в соответствии с требованиями Кодексов франчайзинговых ассоциаций, членами которой одновременно являлись и франшизиат, и франшизиар, либо в соответствии с общими принципами обязательственного права в части, касающейся прекращения договоров.

Однако 1 июня 2000 года Постановление 4087 прекратило свое действие. Оно было заменено новым Постановлением[75] № 2790/1999 от 22 декабря 1999 года "О применении статьи 81(3) Договора к вертикальным договорам и договоренностям"[76]. Согласно новому Постановлению к вертикальным договорам относятся соглашения или договоренности двух или более субъектов предпринимательства, находящихся, с точки зрения, таких соглашений или договоренностей на различных уровнях производства или сбытовых систем, предметом которых является купля-продажа товаров или услуг, и которые могут содержать положение о пользовании правами интеллектуальной собственности. Определение вертикального договора является довольно общим и не содержит каких-либо ссылок на особенности сбытовых договоров. Отнести франчайзинговый договор к числу вертикальных позволяет перечень разрешенных ограничений, которые могут накладывать на себя стороны. К таким ограничениям относятся:

1) поставщик может устанавливать максимальную цену перепродажи или рекомендовать определенную цену перепродажи торговцу, но такие рекомендации или ценовой потолок не могут определять точную или минимальную цену, по которой сбытовик будет в дальнейшем перепродавать товары или услуги. Новацией в этом положении Постановления является

[75] Следует отметить, что это Постановление заменило также ряд других постановлений, касающихся сбытовых договоров. Это касается Постановлений 1983/1983. Постановления 1984/1983 и др.
[76] http://www.eur.com

разрешение для поставщика устанавливать ценовой потолок. По Постановлению 4087 франшизиар мог только рекомендовать определенные цены, но ему было запрещено устанавливать верхние и нижние границы цены перепродажи;

2) сторонам договора разрешено включать в договор ограничения относительно запрета конкурировать на протяжении 1 года после прекращения договора, если такой запрет касается товаров и услуг, которые были предметом перепродажи и такая перепродажа осуществлялась с использованием ноу-хау поставщика. Обычно этот положение не касается права поставщика включать положения о запрете раскрытия ноу-хау без установления каких-либо сроков. Постановление 4087 разрешало устанавливать запрет конкурировать только на протяжении действия франчайзингового договора.

Мы проследили историю регулирования франчайзинговых правоотношений в ЕС и выяснили, что на сегодняшний день в ЕС франчайзинговые правоотношения прямо не регулируются, и в антимонопольном законодательстве отсутствует даже само понятие франчайзинговых договоров.

11. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА ДОБРОВОЛЬНЫМИ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫМИ АССОЦИАЦИЯМИ

При изучении франчайзинга, большой интерес представляет собой опыт унификации норм, разработанных франчайзинговыми ассоциациями.

Для защиты своих интересов, а также создания условий, способствующих развитию франчайзинга, во многих странах созданы франчайзинговые ассоциации. Такие ассоциации могут объединять франшизиатов, франшизиаров или тех и других. Такие франчайзинговые ассоциации разрабатывают, так называемые, Кодексы поведения, в которых, как правило, дается определение франчайзинга, а также в той ли иной мере определяются права и обязанности франшизиаров и франшизиатов, определяется перечень информации о франшизе, которую франшизиар раскрывает до подписания франчайзинговго договора.

Так же, как и на уровне национального законодательного регулирования франчайзинга, среди ассоциаций нет единого подхода в определении франчайзинга. Приведенные ниже примеры свидетельствуют об этом.

Например, Международная франчайзинговая ассоциация, являющаяся по сути ассоциацией франшизиаров в США, дает такое определяет:

«франчайзинговая операция – это договорное правоотношение между франшизиаром и франшизиатом, в котором франшизиар предлагает или принимает на себя обязательство поддерживать длящуюся заинтересованность в предпринимательской деятельности франшизиатов в таких областях как ноу-хау и обучение; в то время как франшизиат работает под общим торговым наименованием, форматом и/или процедурой, которой владеет или которую контролирует франшизиар, и, по которой франшизиат внес или внесет значительные денежные инвестиции в свое собственное предприятие из своих собственных источников»[77].

Британская франчайзинговая ассоциация дает более широкое определение франчайзингу:

«Договорная лицензия, предоставленная одним лицом (франшизиаром) другому лицу (франшизиату), которая:

(a) позволяет или требует от франшизиата вести в течение срока действия франшизы определенный вид предпринимательской деятельности под или с использованием специфического наименования, принадлежащего или ассоциирующегося с франшизиаром;

(b) дает право франшизиару осуществлять постоянный контроль в течение срока действия франшизы за способом, посредством которого франшизиат ведет свою предпринимательскую деятельность, являющуюся предметом франшизы;

(c) обязывает франшизиара предоставлять франшизиату помощь в ведении его предпринимательской деятельности, являющейся предметом

[77] Uniform Law Review. UNIDROIT. 1985. Vol. 1. P. 199.

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

франшизы (в отношении организации бизнеса франшизиата, обучения его персонала, управления, и т.п.);

(d) обязывает франшизиата периодически в течение срока действия франшизы уплачивать франшизиару денежные средства за предоставление франшизы или за товары или услуги, предоставленные франшизиаром франшизиату; и

(e) не является сделкой между холдинговой компанией и ее дочерним предприятием (как определено в разделе 154 Акта о компаниях 1948г., или разделе 736 Акта о компаниях 1985г., включая изменения внесенные Актом о компаниях 1986г.) или между дочерними предприятиями той же самой холдинговой компании или между физическим лицом и компанией, которая контролируется последним»[78].

В соответствии с определением Немецкой франчайзинговой ассоциации:

«франчайзинг – это вертикально организованная система по продажам юридически независимых предприятий, основанная на договорных длящихся правоотношениях, присутствующая на рынке в целом и характеризуемая общей программой исполнения системы партнерами, а также системой инструкций и контроля для обеспечения единого поведения в соответствии с системой.

Операционная программа франшизиара – это франчайзинговый пакет; он состоит из покупательной, продажной и организационной концепции, использования защищенных прав, обучения франшизиата и длящейся эффективной помощи франшизиара франшизиату.

Франшизиат работает от своего собственного имени и за свой собственный счет; он имеет право и обязан использовать франчайзинговый пакет в обмен на выплату вознаграждения. В качестве своего собственного вклада он предоставляет работу, капитал и информацию в распоряжение франшизиара»[79].

Европейская франчайзинговая федерация, являющаяся федерацией национальных франчайзинговых ассоциаций, учрежденных, практически, во всех европейских странах, приняла общий Кодекс этического поведения,

[78] Там же, С. 199-201
[79] Там же, С. 203

который, в той или иной степени, используется всеми национальными ассоциациями. Указанный Кодекс определяет, что:

«франчайзинг – этот система сбыта товаров и/или услуг и/или технологии, которая основана на тесном и длящемся сотрудничестве между юридически и финансово независимыми предпринимателями, франшизиаром и индивидуальным франшизиатом, в которой франшизиар предоставляет индивидуальному франшизиату право и налагает обязанность вести предпринимательскую деятельность в соответствии с концепцией франшизиара. Право уполномочивает и обязывает индивидуального франшизиата, в обмен на прямое или опосредованное вознаграждение, использовать торговое наименование и/или торговую марку и/или марку для услуг, ноу-хау (*), деловые и технические методы, процессуальную систему и другие права промышленной и/или интеллектуальной собственности, которые сопровождаются длительным предоставлением коммерческой и техническое помощи в пределах структуры и сроков письменного франчайзингового соглашения, заключенного сторонами для этих целей.

(*) Ноу-хау обозначает пакет не запатентованной практической информации, являющейся результатом опыта и тестирования франшизиара, которая является секретной, значительной и определенной.

- «Секретная» обозначает, что ноу-хау как целый пакет или в определенной конфигурации своих компонентов не является широко известным или легко получаемым; подобное определение не ограничено, однако, узким пониманием, что каждый индивидуальный компонент ноу-хау не может быть вообще не известен или таким, который невозможно получить при ведении иной, чем франшизиар предпринимательской деятельности.

- «Значительная» обозначает, что ноу-хау включает информацию, имеющую важное значение для продажи товаров или предоставления услуг конечным потребителям, и, в частности, для представления товаров к продаже, производства товаров в связи с предоставлением услуг, методов работы с потребителем, и административным и финансовым менеджментом; ноу-хау должно быть полезным для франшизиата и таким, которое на дату заключения

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

договора, улучшит конкурентоспособность франшизиата, в частности, улучшит возможности презентабельности франшизиата или поможет ему занять новый сегмент рынка.

- «Определенная» обозначает, что ноу-хау должно быть описано достаточно доходчивым способом, чтобы можно было удостовериться, что оно соответствует критериям секретности и значительности; описание ноу-хау может быть сделано либо во франчайзинговом соглашении или в отдельном документе, или записано любым иным приемлемым способом»[80].

Как мы можем видеть, определение, данное Европейской франчайзинговой федерацией, наиболее полно отражает суть такого правового явления каким является франчайзинг.

Вопрос о подлежащей раскрытию информации о франшизе и франшизиаре разрешается каждой ассоциацией по-разному. Как правило, Кодексы поведения франчайзинговых ассоциаций не содержат детальных перечней информации, которая подлежит обязательному разглашению.

Так, например, Международная франчайзинговая ассоциация, созданная в США, указывает на наличие жесткого и детального регулирования франчайзинга в США, как на федеральном уровне, так и на уровне отдельных штатов, и, вследствие этого, она считает, что достаточным условием выполнения требований о раскрытии информации является соблюдение установленных законодательством требований. Поэтому никаких дополнительных требований в отношении объема информации, которая должна быть раскрыта, данная ассоциация не устанавливает.

Европейская франчайзинговая федерация предусматривает:

Для того, чтобы потенциальный индивидуальный франшизиат мог подписать какой-либо обязывающий его документ с полным осознанием, ему должна быть предоставлена копия настоящего Кодекса этики, а также полное и аккуратное письменное раскрытие всей информации, являющейся существенной для франчайзинговых правоотношений. Такая информация

[80] Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT. Study LXVIII. Rome. April 1994. European Franchise Federation. European Code of Ethics for Franchising. P. 134

должна быть предоставлена в течение разумного срока до подписания обязывающих документов. Если франшизиар обязывает кандидата в индивидуальные франшизиаты подписать договор о намерениях, следующие принципы должны быть соблюдены:

- до подписания какого-либо договора о намерениях, кандидату в индивидуальные франшизиаты должна быть предоставлена письменная информация о целях договора, а также размерах вознаграждения, которое он должен будет уплатить франшизиару для покрытия действительных расходов франшизиара, понесенных в течение и в отношении договора о намерения. Если франчайзинговый договор подписан, указанное вознаграждение должно быть компенсировано франшизиаром или зачтено в счет возможного вступительного взноса, который подлежит обязательной оплате индивидуальным франшизиатом;
- договор о намерениях должен определять условия и включать оговорку о прекращении;
- франшизиар имеет право включать оговорки о запрете конкуренции и разглашении коммерческой информации для защиты своего ноу-хау и репутации»[81].

12. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В БЕЛОРУССИИ

Прежде всего, следует, что в ЦК Белоруссии франчайзинговые договоры определены как договоры комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). Таким образом, можно сделать вывод, что законодатель склоняется к точке зрения, что франчайзинговые и лицензионные правоотношения являются, по сути, близкими. ЦК Белоруссии только определяет франчайзинговий договор, не устанавливая в отношении него какого-либо специального регулирования. Согласно этому определению, договоры комплексной предпринимательской лицензии относятся к

[81] Там же, С. 135.

двухсторонним оплатным договорам, по которым одна сторона, правовладелец, передает другой стороне, пользователю, комплекс исключительных прав, деловой репутации и опыта[82]. В комментариях к этой статье Гражданского кодекса Белоруссии, дается широкое описание франчайзинговых договоров, их видов, прав и обязанностей сторон по каждому виду франчайзинговых договоров[83], хотя эти комментарии не базируется на каких-либо законодательных требованиях.

С точки зрения автора, наличие лишь определения договора, то есть его поименование, и полное отсутствие какого-либо регулирования франчайзинговых правоотношений, дает возможность достаточно свободного развития франчайзинга в Белоруссии.

13. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

В Российской Федерации франчайзинговые правоотношения регулируются Гражданским Кодексом. Следует, однако, отметить, что в российском законодательстве отсутствует как таковое понятие «франчайзинг», оно заменено понятием «коммерческой концессии», которая определена как:

«комплекс исключительных прав, деловой репутации и коммерческого опыта правообладателя… с указанием или без указания территории использования применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности (продаже товаров, осуществлению иной торговой деятельности, выполнению работ, оказанию услуг)»[84].

---

[82] Комментарий к Гражданскому кодексу республики Беларусь: в 2 кн. Кн. 2./ Отв. Ред. В.Ф. Чигир.- Мн.: Амалфея, 1999. –С. ___

[83] Там же –С. ___

[84] Гражданский Кодекс Российской Федерации. Статья 1027. Профессиональные юридические системы "«Кодекс"» Проспект. Москва. 1999.

Тем не менее, в Комментариях к ГК Российской федерации указано, что «коммерческая концессия – эквивалент известного в западном законодательстве понятия «франчайзинг» (или «франшиза»)»[85].

Предметом договора коммерческой концессии является предоставление одной стороной другой стороне комплекса исключительных прав в пользование. Субъектами договора коммерческой концессии являются правообладатель – лицо, являющееся собственником комплекса исключительных прав, и пользователь – лицо, получающее по договору право пользоваться этим комплексом исключительных прав. Договор коммерческой концессии является двусторонним, срочным или бессрочным и возмездным.

Комментаторы Гражданского Кодекса рассматривают договор коммерческой концессии как самостоятельный вид комплексных обязательственных отношений, не относящийся к смешанным договорам. Правила специальных законов об охране исключительных прав применяются к этому виду договоров субсидиарно[86].

К договору коммерческой концессии предъявляются жесткие требования: он должен быть заключен в письменной форме и зарегистрирован в регистрирующем органе правообладателя или пользователя (если правообладателем является иностранное лицо) и федеральном патентном ведомстве. Несоблюдение этих требований влечет за собой недействительность договора. Неясной с точки зрения цели является необходимость регистрации договора коммерческой концессии в регистрирующем органе. Комментаторы Гражданского кодекса толкуют такую необходимость следующим образом: «необходимость регистрационной процедуры для договоров коммерческой концессии в обоих случаях обусловлена особенностями регистрационной системы возникновения и защиты исключительных прав на фирменное наименование...»[87]. Возможно, такое средство защиты является целесообразным, если бы правообладателем во всех случаях являлось

[85] Садиков и другие. Комментарии к ГК Российской Федерации. Москва. 1998. С.616.
[86] Там же, С. 617.
[87] Там же, С. 620.

российское юридическое лицо. Если же правообладателем является иностранное лицо, эффективность защиты его фирменного наименования при регистрации договора коммерческой концессии по месту регистрации пользователя является, с точки зрения автора, эфемерной.

Российский законодатель выводит из-под действия антимонопольного законодательства договоры коммерческой концессии, разрешая сторонам таких договоров включать оговорки о предоставлении исключительных прав на территорию, о запрете конкурировать, об обязанности согласовывать место расположения помещений, в которых используются исключительные права.

Предоставление пользователю абсолютной территориальной защиты, а также диктат правообладателем цен в какой-бы то ни было форме, рассматриваются как грубое нарушение антимонопольного законодательства, которые влекут за собой ничтожность договора коммерческой концессии.

Спорной и такой, которая не будет способствовать развитию франчайзинговых отношений в России, является статья 1034 Гражданского Кодекса РФ, предусматривающая:

«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».

Спорность этих положений может быть проиллюстрирована следующим образом: представим себе договор коммерческой концессии в сфере предоставления, например, аудиторских услуг. Что будет являться предметом такого договора: передача права пользования торговым наименованием, торговым знаком, логотипом и системой (или, как определяется российским законом, коммерческим опытом). Система в данном случае будет включать в себя комплекс практических знаний правообладателя по организации и администрированию предпринимательской деятельности, связанной с

предоставлением аудиторских услуг. Другими словами, непосредственно аудиторские услуги будут предоставлять служащие пользователя, которые не имеют трудовых или иных взаимоотношений с правообладателем. Исходя из положений части первой процитированный выше статьи, в случае предоставления служащими пользователя консультаций или аудиторских услуг по каким-то причинам, не соответствующих действующему законодательству, правообладатель должен нести субсидиарную ответственность по требованиям к пользователю. Почему? Даже статья 1032 Гражданского Кодекса Российской Федерации подчеркивает обязанность пользователя всеми силами информировать потребителей, что он является независимым от правообладателя юридическим лицом.

Представим себе иной пример: правообладатель, иностранная строительная компания, передает в пользование российскому пользователю свое торговое наименование, торговый знак, систему организации строительных работ, работы с заказчиком, систему администрирования. Никаких технологий по строительству не передается. В ходе проведения или по результатам проведения строительных работ к пользователю предъявляются требования, связанные с использованием некачественных строительных материалов, или связанные со скрытыми дефектами в сооруженном здании. Почему в таком случае правообладатель должен нести ответственность за пользователя? Если им передается система, не связанная непосредственно со строительными технологиями, он не имеет право, в соответствии с тем же российским законодательством, вмешиваться в способы и характер ведения такой строительной деятельности пользователем.

Часть вторая процитированной статьи также является такой, которая не будет способствовать развитию франчайзинга в России. Фактически, можно сказать, что эта норма отражает требования законодательства о защите прав потребителей. Такое предположение также подтверждается и комментарием к этой статье[88]. Однако, законодательство о защите прав потребителей содержит

[88] Там же, С. 625.

различные уточняющие нормы, помогающие определить виновника некачественной продукции, т.е. если некачественный товар является следствием дефектов технологии, переданной пользователю правообладателем, солидарная ответственность правообладателя и пользователя вытекает из требований закона о защите прав потребителей. Если же некачественность товара вытекает из несоблюдения пользователем требований технологии, переданной правообладателем, то это является основанием для прекращения договора коммерческой концессии. Некачественность продаваемого товара может быть вызвана несоблюдением условий хранения или транспортировки и в таком случае отвечать должен не правообладатель, а пользователь солидарно с транспортной организацией и организацией, предоставившей услуги по хранению.

Указанные примеры служат доказательством незащищенности правообладателя и, соответственно, такие нормы законодательства будут являться и являются преградой на пути развития франчайзинга.

Беспокойство вызывает не только правовая незащищенность правообладателя, таким же незащищенным является и пользователь. Ни одно из положений главы о коммерческой концессии не налагает на правообладателя требований в отношении раскрытия информации о предлагаемом им к продаже комплексе исключительных прав. Фактически, пользователь покупает «кота в мешке». Отсутствие таких норм является хорошей предпосылкой для расцвета мошенничества и обмана со стороны ложных правообладателей. Нет ни одной нормы, обязывающей правообладателя сначала опробовать предлагаемую им к продаже франшизу, а лишь затем ее продавать. Нет ни одной нормы, в которой было бы указано, что срок договора коммерческой концессии не может быть меньшим, нежели срок амортизации приобретенной франшизы. Перечень отсутствующих норм, которые должны были бы защищать права пользователя, может быть очень долгим, достаточно сравнить требования, предъявляемые к раскрытию информации о франшизе в США и Канаде.

Все это свидетельствует о необходимости усовершенствования норм российского законодательства как в части защиты прав правообладателя, так и в части защиты прав пользователя.

14. ПЕРСПЕКТИВЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ДОГОВОРОВ В УКРАИНЕ

На момент написания настоящей книги было разработано три проекта законов, которые предполагали регулирование франчайзинговых отношений. Это:

1) проект Гражданского кодекса Украины, регулирующий франчайзинговые правоотношения в главе 74 «Франчайзинг». На момент написания книги проект прошел три чтения в Верховной Раде Украины;

2) проект Хозяйственного кодекса Украины, регулирующий франчайзинговые правоотношения в главе 36 «Передача для использования в предпринимательской деятельности исключительных прав (франчайзинг)». На момент написания книги проект прошел три чтения в Верховной Раде Украины;

3) проект закона «О франчайзинге», подготовленный Кабинетом Министров Украины, который на момент написания книги проект прошел первое чтение в Верховной Раде Украины.

Несмотря на наличие трех различных законопроектов, все они, как ни странно, совершенно одинаково предполагают регулировать франчайзинговые правоотношения в Украине. В настоящем разделе будет дан детальный анализ предполагаемого правового регулирования франчайзинга, заложенного в проекте Гражданского кодекса Украины. Все замечания к этому проекту могут быть отнесены и к двум другим проектам.

Как указывалось автором в разделе 10, главы 1 данной в основу регулирования франчайзинга в Украине было положено Постановление 4087. Принимая во внимание этот факт, проведем сравнительный анализ положений антимонопольного законодательства ЕС и Украины, ибо франчайзинговые договоры предполагается

регулировать как нормами договорного права, заложенного в проекте Гражданского кодекса Украины, так и нормами антимонопольного права Украины.

Если использовать терминологию ЕС, то первичным антимонопольным законодательством Украины является Закон Украины "О защите экономической конкуренции"[89], который вступил в силу 22 марта 2002 года. В то же время проект ЦК Украины разрабатывался в период действия Закона Украины "Об ограничении монополизма и недопущении недобросовестной конкуренции в предпринимательской деятельности"[90]. Также к первичному антимонопольному законодательству Украины относится Закон Украины "О защите от недобросовестной конкуренции"[91].

Статья 5 Закона Украины "Об ограничении монополизма и недопущении недобросовестной конкуренции в предпринимательской деятельности" указывала: "Антиконкурентными согласованными действиями признаются согласованные действия (соглашения), которые привели или могут привести к установлению (поддержанию) монопольных цен, скидок, надбавок, наценок; распределению рынков по территориальному принципу, ассортименту товаров, объему их реализации или закупок, или кругу потребителей; устранение с рынка или ограничение доступа на него продавцов, покупателей, других субъектов хозяйствования". По этому положению закона любой сбытовой договор, включая франчайзинговый, предоставляющий франшизиату право исключительной перепродажи товара на определенной территории или для определенной категории потребителей, нарушает антимонопольное законодательство Украины и должен быть признанным недействительным в целом, или в его отдельных положениях. Действующее антимонопольное законодательство Украины до принятия Закона "О защите экономической конкуренции" не предусматривало самой возможности вывода из-под его действия каких-либо категорий или видов договоров. Закон "О защите экономической конкуренции" существенно изменил ситуацию.

[89] ВВР. – 2001. - № 12. – Ст. 64.
[90] ВВР. – 1995. - № 13б. - Ст. 85; ВВР. – 1995. - № 28. - Ст. 202; Голос України. – 1997. – 17 грудня; Голос України. – 1998. – 31 березня; ВВР. – 1993. - № 27. - Ст. 291.
[91] ВВР. – 1996. - № 36. - Ст. 164; Голос України. – 1997. – 17грудня.

Прежде всего, Закон “О защите экономической конкуренции” является, по своей сути, аналогичным первичному антимонопольному законодательству Европейского сообщества.

Во-вторых, указанный закон определяет:

1) перечень антиконкурентных согласованных действий, которые соответствуют стандартам, установленным ст. 81 (1) Договора ЕС;

2) определяет соглашения de minimis;

3) устанавливает критерии разрешенных антиконкурентных согласованных действий, благодаря которым заключенные субъектами хозяйствования договоры не будут нарушать антимонопольного законодательства Украины;

4) предусматривает право Антимонопольного комитета Украины устанавливать разрешенные виды ограничений антиконкурентных согласованных действий.

К соглашениям de minimis, согласно этого закона, относятся добровольные согласованные действия малых или средних предпринимателей относительно общего приобретения товаров, которые не приводят к существенному ограничению конкуренции и оказывают содействие повышению конкурентоспособности малых или средних предпринимателей. В качестве малого и среднего предпринимателя закон определяет субъект хозяйствования, доход (выручка) от реализации продукции (товаров, работ, услуг) за последний финансовый год или стоимость активов которого не превышает суммы, эквивалентной 500 тысячам євро, определенной по курсу Национального банка Украины, который действовал в последний день финансового года, если на рынках, на которых действует этот предприниматель, есть конкуренты со значительно большей долей на рынке. Указанное определение малого и среднего предпринимателя соответствует определению малого и среднего предпринимателя Закона Украины “О государственной поддержке малого предпринимательства”[92], который также определяет среднеучетную численность работающих малого и среднего предпринимателя за отчетный период (календарный год) в количестве, не превышающем 50 человек. Надо указать, что ограничение количества работающих,

[92] ВВР. – 2000. - № 51-52. – Ст. 447.

установленное законом Украины “О государственной поддержке малого предпринимательства”, не соответствует ограничениям, установленным Законом Украины “О предприятиях в Украине”, который к малым предприятиям относит вновь созданные и действующие предприятия: в промышленности и строительстве - с численностью работающих до 200 человек; в других областях производственной сферы - с численностью работающих до 50 человек; в сфере науки и обслуживания - с численностью работающих до 100 человек; в непроизводственной сфере - с численностью работающих до 25 человек; в розничной торговле - с численностью работающих до 15 человек.

Несмотря на наличие несоответствий в действующем законодательстве относительно минимального количества работающих в малых предприятиях, при определении является ли соглашение, заключенное субъектом хозяйствование соглашением de minimis, необходимо будет руководствоваться критерием, установленным Законом Украины “О защите экономической конкуренции”. Заключение малым предпринимателем соглашения, нарушающего нормы антимонопольного законодательства Украины, будет считаться разрешенным (то есть таким, которое не влечет за собой санкций за нарушение антимонопольного законодательства), если заключенное соглашение является соглашением de minimis.

К разрешенных антиконкурентным согласованным действиям закон “О защите экономической конкуренции” относит:

1) ограничение прав сторон и хозяйственной деятельности одной из сторон соглашения, которой передается право интеллектуальной собственности на объект или право использования объекта интеллектуальной собственности по сроку и территории действия пользования таким объектом, а также вида деятельности, сферы использования и минимального объема производства;

2) ограничение прав одной из сторон договора на поставку или использование товаров относительно “использования поставленных товаров или товаров других поставщиков; приобретения у других субъектов хозяйствования или продажи другим субъектам хозяйствования или потребителям других товаров; приобретение товаров, которые по своей природе или в соответствии с торговыми и другими честными обычаями в предпринимательской деятельности не принадлежат к предмету соглашения; формирование цен или других условий

договора о продаже поставленного товара другим субъектам хозяйствования или потребителям".

Виды ограничений, установленные в подпункте 1) выше являются характерными для франчайзинговых договоров. Отнесение таких видов ограничений к разрешенным согласованным действиям разрешает субъектам хозяйствования заключать франчайзинговые договоры, не нарушая при этом антимонопольного законодательства Украины.

Принимая также во внимание право, предоставленное законом "О защите экономической конкуренции" Антимонопольному Комитету Украины, можно ожидать, что Антимонопольный комитет Украины, равно как и Европейская Комиссия, определит типовые требования к согласованным антиконкурентным действиям сторон франчайзинговых договоров, приняв соответствующие "блоковые исключения".

Проект ЦК Украины, равно как и Постановление 4087, очерчивает виды ограничений, которые могут добровольно накладывать на себя стороны франчайзинговых договоров. Таким образом, в случае принятия этой главы в ее теперешней редакции и принятие Антимонопольным Комитетом Украины блоковых исключений относительно франчайзинговых договоров в Украине будут действовать два документа, которые регулируют одни и те же правоотношения сторон франчайзингового договора[93].

Автор считает нецелесообразным включать в проект какого-либо закона, тем более Кодекса, виды ограничений, которые могут добровольно накладывать на себя стороны франчайзинговых договоров, руководствуясь такими соображениями:

1) по традиции нормы кодекса являются более стабильными, чем нормы любого специального законодательства, включая антимонопольное. Таким образом, включение определенных норм в Гражданский кодекс приведет к консервации определенных правоотношений и невозможности быстрого изменения устаревших норм. В то же время включение таких норм в специальное законодательство разрешает "осовременивать" их, в случае необходимости;

2) предоставленное проектом ЦК Украины право ограничения не дает ощущения стабильности сторонам франчайзингового договора, поскольку:

[93] Безусловно, автором в этом случае не принимается во внимание ситуация, когда вступят в силу Гражданский и Хозяйственный кодексы Украины, которые сходным образом регулируют франчайзинговые правоотношения.

"Ограничительные условия могут быть признаны недействительными по требованию антимонопольного органа или другого заинтересованного лица, если эти условия с учетом состояния соответствующего рынка и экономического состояния сторон противоречат антимонопольному законодательству". Таким образом, при определенном развитии рынка Антимонопольный комитет Украины, пользуясь правом, которое предоставленное ему Кодексом и Законом Украины "О защите экономической конкуренции", может принять нормы, которые будут, фактически, отменять или рассматривать как неразрешенные действия сторон договора по Кодексу. Таким образом, нормы Кодекса будут отсылать к специальному законодательству, а специальное законодательство - запрещать нормы, разрешенные Кодексом.

Указанное приводит к мнению, что при регулировании франчайзинговых правоотношений украинский законодатель должен определиться с подходом регулирования: или регулировать франчайзинговий договор с точки зрения гражданского или антимонопольного законодательства. Определившись с подходом, необходимо согласовать между собой нормы проекта ЦК Украины и действующего антимонопольного законодательства.

Проект Гражданского Кодекса Украины определяет франчайзинговый договор как договор, по которому франшизиар предоставляет право франшизиату эксплуатировать франшизу за определенное вознаграждение. Под франшизой понимается "комплекс исключительных прав (право на наименование торгового предприятия (фирму), право на знак для товаров и услуг, конфиденциальную торговую информацию, изобретения, полезные модели, авторские права и прочие объекты интеллектуальной собственности, которые подлежат использованию франшизиатом..." Фактически, в данном определении франшизы перечисляются все известные объекты интеллектуальных прав, неназванными остались лишь топографии интегральных схем и смежные права, которые определяются как " и прочие объекты интеллектуальной собственности". Намного проще было бы в таком случае определить франшизу как комплекс исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности.

Определяя франшизу, законодатель никоим образом не связывает этот метод со сбытом или перепродажей товаров и услуг франшизиара, или с ассоциациями потребителя с деятельностью франшизиара, в отличие законодательства ЕС или США.

Хотелось бы проанализировать некоторые объекты интеллектуальной собственности, которые предусматривается передавать в пользование франшизиату по проекту ЦК Украины.

Среди таких объектов права интеллектуальной собственности указывается наименование торгового предприятия (фирмы) франшизиара.

По проекту ЦК Украины, фирменное наименование (фирма) является объектом интеллектуальной собственности, который индивидуализирует участника гражданского оборота. Статья 520 проекта ЦК Украины, определяя фирменное наименование, фактически отождествляет фирменное наименование (фирму) с наименованием юридического лица, определение которого изложено в статье 69 проекта. В соответствии с требованием статей 69 и 520 проекта ЦК наименование юридического лица, то есть его фирма, должны иметь указания на организационно-правовую форму и характер его деятельности. Так, например, следуя указаниям проекта ЦК, предприятие, образованное в форме общества с ограниченной ответственностью и занимающееся строительством, должно иметь наименование “общество с ограниченной ответственностью “Строительная компания “X”. Статья 69 проекта ЦК отмечает, что “юридическое лицо не имеет права использовать наименование другого юридического лица”. Тем не менее, статья 523 этого проекта предусматривает возможность выдачи лицензии на фирменное наименование. При определении договора франчайзинга норма статьи 523 проекта относительно возможности предоставления права пользование фирменным наименованием повторяется. Таким образом, можно утверждать, что определенные статьи проекта ЦК противоречат друг другу, и такое противоречие может быть исправлено путем исправления определения понятия “фирменное наименование”, которое не должно совпадать с определением наименования. Автор также считает неправомерным включение в объекты, которые передаются франшизиату право на использование фирмы. Как известно, основным принципом фирмы, является принцип истинности. Именно поэтому законодатели некоторых стран при установлении норм регулирования фирмой подчеркивают возможность охраны этой фирмы только в пределах определенной административной единицы, а не в пределах всей страны. Для получения государственной защиты в пределах страны или в других странах фирма должна быть зарегистрирована в качестве торгового знака, имеющего словесное выражение. Принимая во внимание существующие сегодня тенденции, направленные на все большее развитие

международной торговли, активное участие украинских предприятий в международной торговле, применение “фирмы” как способа индивидуализации предприятия является довольно неудачным. Именно поэтому в некоторых юрисдикциях речь идет о торговом наименовании, право на использование которого предоставляется франшизиаром франшизиату. В таком случае торговое наименование представляет собой зарегистрированный знак, имеющей словесное выражение. Факт регистрации этого знака и, таким образом, получение свидетельства позволяет франшизиару, с одной стороны, самостоятельно и исключительно распоряжаться его использованием, а с другой, получить государственную защиту в случае нарушения его абсолютных прав собственника на этот знак. Использование фирменного наименования не дает франшизиару указанных преимуществ. Именно поэтому некоторые фирмы, например, МакДоналдс, Смирнов и другие были зарегистрированы как знаки.

Среди объектов права интеллектуальной собственности, являющихся составной частью франшизы, в проекте ЦК Украины упоминается “конфиденциальная торговая информация” (конфіденційна торгова інформація). Перечень обязательств франшизиара содержит обязательство о передаче “технической и коммерческой документации и другой информации, необходимой франшизиату для осуществления прав, переданных по договору франчайзинга”, а также обязательство относительно информирования франшизиата об “основных аспектах франшизы, которые должны обеспечить ее полное и эффективное использование”. При этом среди обязательств франшизиата указывается обязательство не разглашать “секреты производства франшизиара”. Таким образом, можно прийти к выводу, что конфиденциальная торговая информация включает в себя:

1) техническую и коммерческую документацию;
2) другую информацию, необходимую франшизиату для осуществления прав, переданных по договору франчайзинга;
3) информацию об основных аспектах франшизы, которые должны обеспечить ее полное и эффективное использование;
4) секреты производства.

Проанализируем понятие “конфиденциальной информации” с точки зрения его определения в проекте ЦК Украины и действующем законодательстве Украины.

Статья 161 проекта ЦК Украины среди объектов гражданского права выделяет конфиденциальную информацию. Определение понятия “конфиденциальной информации” в проекте нет.

Закон Украины “Об информации”[94] среди видов информации не определяет такого вида как “конфиденциальная”(конфіденційна). Определение “конфіденціальної» (а не конфіденційної) информации дается в законе при указании правовых режимов доступа к информации: информация с ограниченным доступом является конфиденциальной (конфіденціальною). В качестве сферы использования конфиденциальной информации называется профессиональная, деловая, производственная, банковская и коммерческая. Конфиденциальная информация охраняется законом и является объектом собственности лиц, создавших или приобредших ее. Закон не устанавливает каких-либо требований к содержанию конфиденциальной информации или ее оформлению.

В статье 191 проекта ЦК находим определение коммерческой тайны, которая представляет собой информацию, имеющую реальную и потенциальную коммерческую ценность из-за ее неизвестности третьим лицам, отсутствие свободного доступа к ней на законных основаниях и наличия мероприятий по сохранению ее конфиденциальности. Определяя понятие “коммерческой тайны” законодатель устанавливает требования к ней:

- наличие реальной или потенциальной ценности;
- установление правового режима ограниченного доступа к ней;
- охраноспособность.

Таким образом, можно констатировать, что в проекте ЦК Украины упоминается конфиденциальная информация, которая по сути совпадает с понятием “коммерческой тайны”.

Информация, которая имеет реальную и потенциальную ценность из-за ее неизвестности третьим лицам может быть приобретена лицом в следствие определенного опыта, усилий, экспериментов, обобщений, анализа, то есть быть результатом творческой, интеллектуальной деятельности этого лица. Упоминается ли такая информация среди объектов интеллектуальной собственности в проекте ЦК Украины?

[94] ВВР. – 1992. - № 48. – ст.650

Статья 426 проекта ЦК перечисляет объекты интеллектуальной собственности, среди которых есть “нераскрытая информация, включая секреты производства (ноу-хау)”. Очевидно, в качестве составляющих нераскрытой информации определяются секреты производства (ноу-хау). Непонятным является указание ноу-хау в скобках: или это обозначает отождествление ноу-хау с секретами производства, или это просто перечень составляющих нераскрытой информации.

Определение понятия “нераскрытой информации” содержится в статье 513 проекта ЦК Украины как “технической, организационной, коммерческой и другой информации, способной оказывать содействие повышению эффективности производства или давать другой положительный эффект, неизвестный третьим лицам”. Таким образом, сферой использования “нераскрытой информации” определяется производство.

К содержанию нераскрытой информации выдвигаются, как мы видим, определенные требования:

- она должна иметь действительную или потенциальную ценность,
- быть неизвестной третьим лицам.

В проекте ЦК Украины не выдвигается требований к оформлению “нераскрытой информации”.

Понятия “секреты производства” или “ноу-хау” в проекте ЦК Украины не определяются.

Определение “ноу-хау” содержится в Законе Украины “Об инвестиционной деятельности”, который определяет его как “совокупность технических, технологических, коммерческих и других знаний, оформленных в виде технической документации, навыков и производственного опыта, необходимого для организации того или иного вида производства, но незапатентованих”[95]. Таким образом, данное определение предусматривает возможность наличия и применения ноу-хау только в производственном секторе.

Закон предъявляет требования к форме ноу-хау - необходимость оформления и фиксирования в письменном виде. Понятие ноу-хау включает в себя навыки и производственный опыт.

[95] ВВР. – 1991. - № 47. – ст.646 с последующими изменениями и дополнениями.

Сравнение объема понятий “нераскрытая информация” и “ноу-хау” позволяет прийти к выводу, что понятие “ноу-хау” является более широким, нежели понятие “нераскрытая информация”.

С точки зрения такого толкования, было бы целесообразнее в статье 426 проекта ЦК Украины среди объектов интеллектуальной собственности определить “ноу-хау, включая нераскрытую информацию” или просто “ноу-хау”.

Анализ определения понятий “нераскрытая информация”, “конфиденциальная”, в ее украинских вариантах «конфіденційна” или “конфіденціальна», информация и “ноу-хау” в проекте ЦК Украины и действующем законодательстве Украины приводят к таким соображениям:

1) отсутствует унифицированная терминология проекта ЦК Украины и действующего законодательства;

2) определение институтов “нераскрытой информации”, “ноу-хау” и “ конфиденциальной информации” является нечетким. Законодатель не выдвигает четких требований к сфере использования, оформлению и содержанию указанных институтов, что отрицательным образом повлияет на лица, получившие в пользование информацию в качества составляющей франшизы. Подобная нечеткость и неопределенность может служить основанием для мошенничества со стороны франшизиара при передаче информации франшизиату. Примером формулирования требований к содержанию ноу-хау может быть Постановление 4087 и Кодекс этического поведения Европейской федерации франчайзинговых ассоциаций[96], которые детально проанализированы в предыдущих разделах.

Согласно проекта ЦК Украины “договор франчайзинга предусматривает использование деловой репутации франшизиара”. То есть деловая репутация франшизиара рассматривается как один из объектов, которые передаются по договору франчайзинга. Фактически же, как мы понимаем, речь идет об ассоциировании потребителем предприятий франшизиата с предприятиями франшизиара. То есть, начав предпринимательскую деятельность по системе франшизиара, франшизиат оказывается под зонтиком деловой репутации франшизиара и это дает ему возможность вести прибыльную деятельность с первых моментов своего

[96] Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT. Study LXVIII. Rome. April 1994. European Franchise Federation. European Code of Ethics for Franchising. P. 134

функционирования. Тем не менее, “быть под зонтиком деловой репутации” не означает использования деловой репутации.

Статья 70 проекта ЦК Украины определяет перечень личных неимущественных прав юридического лица, к которым относится его деловая репутация. Регулирование личных неимущественных прав осуществляется на основе общих и специальных норм, которые регулируют аналогичные права физических лиц. В соответствии с общими принципами, которые регулируют личные неимущественные права лиц, указано, что они не имеют экономического содержания, тесно связаны с лицом, которому они принадлежат, и используются только этим лицом. Таким образом, деловая репутация, как разновидность личных неимущественных прав франшизиара, является не отчуждаемой и не может использоваться франшизиатом или любым другим лицом, кроме франшизиара. Эта точка зрения поддерживается в Предисловии к проекту ЦК Украины[97]. Указанное позволяет прийти к выводу о невозможности пользования франшизиатом деловой репутацией франшизиара по договору франчайзинга и, таким образом, о необходимости внесения соответствующих изменений в определение договора франчайзинга в проекте ЦК Украины.

Впрочем, как раз упоминание наличия деловой репутации франшизиара и ее влияние на предпринимательскую деятельность франшизиата подчеркивает осознание законодателем того факта, что деловая репутация франшизиара является его нематериальным активом, который, несомненно, может иметь материальное выражение.

Согласно проекта ЦК Украины, франшиза является комплексом исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности, которые передаются в пользование. На фоне такого определения франшизы и опосредствованно через нее франчайзингового договора, интересно сравнить понятия франчайзингового и лицензионного договоров, изложенные в проекте ЦК Украины. Статья 1170 проекта предусматривает, что “по лицензионному договору сторона, которая владеет исключительный правом на объекты интеллектуальной собственности (лицензиар), предоставляет другой стороне (лицензиату) разрешение на право пользования соответствующим объектом интеллектуальной собственности”.

[97] Українське право. 1999. № 1. Видання друге зі змінами. – С. 13.

Сравнение определения франчайзингового и лицензионного договоров, предоставленных в проекте ЦК Украины, позволяет прийти к выводу, что по лицензионному договору передается право пользования одним объектом интеллектуальной собственности, в то время как по франчайзинговому договору передается право использования нескольких (“комплекса”) объектов интеллектуальной собственности. Если понятие лицензионного и франчайзингового договора, фактически, рассматриваются в проекте ЦК Украины как тождественные, в чем смысл разделения регулирования этих двух видов договоров в различных главах ЦК? Если рассматривать лицензионный и франчайзинговый договоры как тождественные виды договоров, каким образом отличить франчайзинговий договор от лицензинного? Ответы на эти вопросы являются очень важными, так как в проекте ЦК франчайзинговый договор регулируется значительно жестче чем лицензионный. Отсутствие четких различий между этими двумя видами договоров может привести к тому, что франчайзинговые по сути правоотношения будут называться лицензионными, лишь бы избегнуть более жесткой регламентации.

Указанные выше недостатки в определении франшизы, и как следствие франчайзингового договора, свидетельствуют о необходимости внесения в эти определения значительных изменений. С точки зрения автора франшиза могла бы быть определена в проекте ЦК Украины следующим образом:

Франшиза — это право вступления франшизиатом в определенную предпринимательскую деятельность:

(i) в которой товары или услуги, продаются, предлагаются для продажи или сбываются в соответствии с определенным маркетинговым планом, системой или ноу-хау, предложенным в значительной степени франшизиаром или связанным с ним лицом;

(ii) которая в значительной степени ассоциируется с наименованием, торговой маркой, рекламой или коммерческими символами франшизиара или связанных с ним лиц;

(iii) в которой присутствует продолжительный финансовый интерес франшизиара или связанных с ним лиц и франшизиата в эксплуатации франчайзинговых предприятий, и которая требует от франшизиата уплаты франчайзингового вознаграждения франшизиару или связанному с ним лицу.

Предлагаемое определение франшизы, с точки зрения автора, позволит регулировать франчайзинг предпринимательского формата, как наиболее распространенный на современном этапе развития торговли метод, который включает сбытовой, промышленный и прочие виды франчайзинга.

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

Глава 3. Франчайзинговый договор

1. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ФРАНЧАЙЗИНГОВОГО ДОГОВОРА

В целом, следует указать, что франчайзинговый договор имеет цивилистический характер. Эта точка зрения разделяется всеми исследователями франчайзинговых договоров, несмотря на наличие в договоре элементов похожих с элементами субординации между франшизиаром и франшизиатом: в соответствии с франчайзинговым договором франшизиар имеет право контролировать работу франшизиата и давать указания по исправлению его деятельности. Тем не менее, контроль и корригирование франшизиата направлены на достижение одной из целей франчайзингового договора - достижение франчайзинговым предприятием франшизиата необходимого единообразия со всей франчайзинговой сетью предприятий. Несмотря на наличие указанных административных элементов, франшизиат является независимым от франшизиара лицом. Независимость франшизиата проявляется в том, что он самостоятельно ведет предпринимательскую деятельность: самостоятельно нанимает персонал, определяет ценовую политику, распоряжается собственными средствами. Администрирование франшизиара направлено исключительно на охрану его интеллектуальной собственности и деловой репутации. В некоторых странах (например, в США, Российской Федерации) франшизиат обязан подчеркивать свою независимость от франшизиара путем вывешивания на видном месте таблички с указанием его собственного наименования.

Цивилистический характер франчайзингового договора подтверждается тем, что правоотношения его участников осуществляются на основе юридического равенства сторон. Как раз для установления такого равенства законодательство некоторых стран вменяет в обязанность франшизиара предоставить как можно больше информации о франшизе потенциальному франшизиату, чтобы последний мог принять обдуманное решение относительно заключения франчайзингового договора.

На сегодняшний момент Украина, как и большинство стран мира, не имеет специальных норм по регулированию франчайзинговых правоотношений. Отсутствие законодательных норм, которые регулируют франчайзинговые правоотношения в Украине, ставит вопрос об определении правовых норм, которые должны применяться

к франчайзинговым договорам в случае их использования на территории Украины и последовательность применения таких норм. Так, И.Б. НовиГКий считал, что к непоименованому унитарному договору должны применяться прежде всего общие положения обязательственного права, потом нормы определенного схожего поименованного договора, а лишь потом, аналогия права[98]. О.С. Йоффе считает, что к непименованному унитарному договору необходимо применять сперва нормы закона, которые касаются определенного договорного типа, и лишь в случаях, когда сформировано договорное обязательство нового типа, его регулирование должно происходить по аналогии закона или аналогии права[99]. По определению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, которые не поддерживают позиции указанных выше ученых, "речь может идти о чем-то промежуточном между поименоваными и непоименоваными договорами"[100]. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что к непоименованым договорам, прежде всего, должны применяться нормы схожего типа договоров, при их отсутствии - общие нормы обязательственного права, а если аналогия закона и общие нормы обязательственного права не имеют результата, надлежит руководствоваться аналогией права[101]. Тем не менее, указанные авторы считают, что сегодня почти невозможно отыскать применения в практике унитарных договоров, любой договор включает в себя элементы других видов договоров[102].

Согласно определению О.Н. Садикова[103] и О.С. Йоффе[104] договор, который опосредствует несколько разнородных отношений и объединяет условия, объективно необходимые для формирования обязательств различных типов, является смешанным. Франчайзинговый договор включает в себя элементы различных правоотношений. Таким образом, франчайзинговый договор можно отнести к смешанным договорам. Наличие различных элементов в

---

[98] НовиГКий И.Б. Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М.: Госюриздат, 1954. –С. 103.
[99] Йоффе О.С. Обязательственное право. М.: Госюриздат, 1975.- С.38
[100] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: "Статут", 1999. – С. 408.
[101] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: "Статут", 1999. – С. 409.
[102] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: "Статут", 1999. – С. 412-416.
[103] Садиков О.Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. Советское государство и право. 1978. № 3
[104] Йоффе О.С. Обязательственное право. М.: Госюриздат, 1975.- С.37-38

франчайзинговом договоре вынуждает определиться с последовательностью применения норм права к этому виду смешанных договоров. Так, О.Н. Садиков определяет, что при невозможности отнести договор "к числу уже предусмотренных правом договорных типов, в наличии новый договор, который еще не получил специальной регламентации, который подчиняется общим положениям обязательственного права, а при их недостаточности - правилам наиболее близкого договора (в порядке аналогии закона)"[105]. Эта позиция поставлена под сомнение М.И. Брагинским и В.В. Витрянским с точки зрения того, что смешанные договоры, в целом, имеют несколько различных элементов правоотношений, и тяжело определиться, какой из них является самым близким[106]. В.А. Ойгензихт считает, что интегрированные договоры, которые отождествляются автором со смешанными, должны регулироваться исключительно нормами права, которые относятся к таким интегрированным договорам, а при отсутствии таких норм применению подлежит аналогия права[107]. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что в зависимости от конкретного смешанного договора, к нему могут применяться в определенных частях или нормы определенных поименованых договоров (в качестве примера рассматривается договор найма-продажи) или нормы определенной договорной конструкции с субсидиарным применением "осколков норм соответствующего поименованого договора"[108] (в качестве примера рассматривается договор агентирования).

Автор считает, что к франчайзинговому договору, как к непоименованому в Украине договору, прежде всего, должны применяться нормы схожего типа договоров и общие нормы обязательственного права, а если аналогия закона и

---

[105] Садиков О.Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. Советское государство и право. 1978. № 3

[106] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: "Статут", 1999. – С. 413.

[107] Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душамбе, 1984. С.7.

[108] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: "Статут", 1999. – С. 414-415.

общие нормы обязательственного права не имеют результата, надлежит руководствоваться аналогией права.

Принимая во внимание вышеуказанное, необходимо выяснить какие виды договоров, которые регулируются гражданским правом Украины, являются схожими с франчайзинговым договором и в чем состоит такая схожесть. Проведенный автором анализ франчайзингового договора свидетельствует о наличии в нем элементов, схожих с такими видами договоров:

1) лицензионным, по которому франшизиар предоставляет франшизиату право пользоваться его объектами интеллектуальной собственности. В основном, это передача прав на знаки, но возможна передача прав пользования изобретениями, полезными моделями, промышленными образцами;

2) из передачи ноу-хау (конфиденциальной нформації), по которому франшизиар передает франшизиату информацию относительно эксплуатации франшизы и франчайзингового предприятия, которая представляет собой организационные, административные и прочие знания франшизиара и является результатом его предпринимательского опыта;

3) инвестиционным, по которому франшизиат принимает на себя обязательство инвестировать определенное количество собственных или заемных им самостоятельно денежных средств для того, чтобы его предприятие приобрело необходимое единообразие с сетью франчайзинговых предприятий;

4) по совместной деятельности. Заключая франчайзинговый договор, франшизиар и франшизиат ставят перед собой общую цель - добиться, чтобы новое франчайзинговое предприятие, которое будет открыто и эксплуатироваться франшизиатом, имело необходимое единообразие с другими франчайзинговыми предприятиями и было прибыльным;

5) по предоставлению услуг, по которому франшизиар берет на себя обязательство предоставлять определенные (контролирующие, консалтинговые, преподавательские) услуги франшизиату;

6) членский, по которому франшизиат получает право вступить в предпринимательскую деятельность франшизиара;

7) купли-продажи, по которому при сбытовой франшизе франшизиат принимает на себя обязательство покупать для дальнейшей перепродажи товары франшизиара; или по которому франшизиат берет на себя обязательство закупить

определенное оборудование, инструменты, инвентарь у франшизиара или указанного им лица для приобретения его предприятием необходимого однообразия с франчайзинговой сетью;

8) аренды, по которому франшизиат берет в аренду у франшизиара определенные помещения для размещения в них франчайзингового предприятия или готовое и функционирующее франчайзинговое предприятие;

9) поставки, по которому франшизиар или связанное с ним лицо берет на себя обязательство поставить франшизиату определенное оборудование или товары для дальнейшей перепродажи;

10) комиссии, в случае достижения согласия между франшизиатом и франшизиаром относительно возможности оплаты поставленного последним товара после его реализации конечному потребителю; или в случае заключения сторонами генерального франчайзингового или генерального договора на развитие, при которых генеральный франшизиат или генеральный розработчик продают франшизу от своего имени, но в интересах франшизиара.

Приведенный перечень, безусловно, не является исчерпывающим относительно определения всех видов договоров, с которыми франчайзинговый договор может иметь определенную схожесть, тем не менее, он является самым распространенным.

Лицензионные правоотношения являются одним из основных элементов франчайзинговых правоотношений, как раз поэтому, в некоторых странах франчайзинговые правоотношения определяются через понятие “договорной лицензии” или отождествляются с лицензией. Именно таким путем пошли составители Модельного Гражданского Кодекса для стран СНГ, кодексов России и Белоруссии, специальных нормативных актов в Мексике, Южной Корее, Франции. Лицензионные правоотношения и соответственно лицензионные договоры относятся к числу тех, которые почти не регулируются действующим украинским законодательством. Соответствующее законодательство об охране прав на объекты интеллектуальной собственности предусматривает лишь публично-правовые требования к этому виду договоров. Согласно определения Г. Штумпфа лицензионному договору присущи признаки, являющиеся существенными и характерными для договора аренды, с наличием определенных специфических особенностей[109]. И.А. Безклубый считает, что лицензионный договор - это отдельный вид договоров и его невозможно

[109] Штупмф Герберт. Лицензионный договор. М.: Прогресс, 1988. – С. 36.

отождествлять с другими видами гражданско-правовых договоров, включая договор купли-продажи, аренды, товарищества и другими[110]. Продолжая этот перечень, можно сказать и с франчайзинговым договором также.

Лицензия на право пользования объектами интеллектуальной собственности занимает значительное место в франчайзинговом договоре. Дает ли нам это возможность сказать, что франчайзинговый договор является схожим с лицензионным и регулирование лицензионных правоотношений должно включать франчайзинговые правоотношения?

Предметом лицензионного договора является передача лицензии на объекты интеллектуальной собственности и овладение лицензиатом всех тонкостей эксплуатации предмета лицензии. Лицензиар не ставит перед собой цель научить лицензиата методам ведения предпринимательской деятельности, которую ведет он сам. Цель лицензиара - научить лицензиата использовать или эксплуатировать предмет лицензии. Исполнив это обязательство, лицензиар не интересуется каким образом ведется лицензиатом предпринимательская деятельность. Единственное, что интересует лицензиара - это правильное использование или эксплуатация предмета лицензии и своевременная уплата надлежащих ему роялти.

Франшизиар самым серьезным образом заинтересован в ведении франшизиатом прибыльной и эффективной предпринимательской деятельности. Такая прибыльная деятельность положительно влияет на деловую репутацию как раз франшизиара, а не франшизиата, а неудачи франшизиата могут отрицательно повлиять не только на деловую репутацию франшизиара, но и вообще на репутацию всей франчайзинговой сети в целом и каждого из франшизиатов, в частности.

Именно эта разница в цели, которую ставят перед собой стороны лицензионного и франчайзингового договоров, и не дает возможности отождествить эти два различных вида договоров, тем не менее, разрешает сделать вывод о возможности применения норм, которые регулируют лицензионные правоотношения к франчайзинговых договорам в части пользования объектами интеллектуальной собственности. Выявление этой схожести между лицензионным и франчайзинговым договорами

[110] Дзера О.В., Н.С. Кузнєцова та інші. Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч.посібн. для студентів юрид. вузів ф фак.ун-тів. К: Юрінком Інтер, 1998. – С. 559.

присуще многим юрисдикциям и именно поэтому к франчайзинговым договорам устанавливаются такие же публичные требования, как и к лицензионным.

Предоставление ноу-хау или определенной секретной информации является одним из центральных элементов франшизы. Причем автор считает, что ноу-хау занимает во франшизе более важное место чем, например, торговый знак или коммерческое обозначение. Принимая это во внимание, не понятно, чему проект ГК Украины отмечает, что “в случае прекращения прав франшизиара на фирменное наименование и коммерческое обозначение без замены их новыми аналогичными правами франчайзинговый договор прекращается”? Автор считает, что наличие ноу-хау, а не отсутствие или наличие “фирменного наименования” и “коммерческого обозначения”, позволяет франшизиату, в частности, и всей франчайзинговой сети, в целом, успешно функционировать в соответствии с франчайзинговым договором. Примером, иллюстрирующим это утверждение, является телеигра, популярная сегодня в России и Украине. Коммерческим обозначением или названием телеигры в Украине является “Первый миллион”, а в России - “О, Счастливчик!” Несмотря на разные названия, эти две телеигры являются одной и той же телеигрой. Подтверждением этого являются одинаковые условия игры, отбора игроков, награждение игроков, изображение коммерческого символа игры, и тому подобное.

Схожесть договоров ноу-хау и франчайзинговых договоров состоит также в наличии фидуциарных правоотношений между сторонами: и франшизиар и правовладелец имеют определенную степень доверия к франшизиату или получателю ноу-хау. Как раз наличие этого доверия позволяет франшизиару и правовладельцу передать ноу-хау противоположной стороне. Личностный характера правоотношений является, по мнению автора, одной из основных характеристик как договора о передаче ноу-хау, так и франчайзингового договора. Зачастую франшизиатом и получателем ноу-хау является определенное физическое лицо, которое занимает определенную должность в определенном предприятии или же контролирует это предприятие. Прекращение правоотношений этого физического лица с предприятием (как правило, речь идет о прекращении контроля физического лица над предприятием) может привести к прекращению франчайзингового договора или договора о передаче ноу-хау.

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

Договор о передаче ноу-хау или передаче секретной информации некоторые ученые[111] относят к беспатентным лицензионным договорам. С этой точкой зрения можно согласиться, когда объектом ноу-хау является изобретение, на которое лишь представлена заявка, в патент будет выдан позднее. В том же случае, когда ноу-хау касается операционных, административных, и тому подобных методов ведения предпринимательской деятельности, договор о передаче ноу-хау невозможно отнести к беспатентным лицензионным договорам. Автор считает, что договор о передаче ноу-хау является отдельным видом договоров. Именно поэтому, в некоторых странах (например, Германии) он регулируется специальным законодательным актом.

Сегодня в Украине договор о передаче ноу-хау относится к числу непоименованых и ни один из проектов кодексов (имеется в виду Гражданский и Коммерческий кодексы Украины) не выделяет такого отдельного вида договоров. Отсутствие специальных норм относительно регулирования договоров о передаче ноу-хау в украинском законодательстве не дает возможности применить их к франчайзинговым договорам. Интересен вывод Г. Штумпфа[112], с которым согласен и автор, о сходстве договоров о передаче ноу-хау и договоров купли-продажи: несмотря на все меры, которые применяются владельцем для защиты ноу-хау, при прекращении заключенного договора о передаче ноу-хау и возвращении владельцу всех материалов, в которых изложено ноу-хау, владелец не может быть уверен в сохранении полной конфиденциальности такого ноу-хау. Именно поэтому очень часто говорят не о “передаче ноу-хау”, а о “продаже ноу-хау”. Отношение к ноу-хау, или определенной системе ведения предпринимательской деятельности, которая передается по франчайзинговому договору, как к ключевому элементу франшизы повлекло за собой использование термина “продажа”, а не “передача” относительно франшизы. Наличие этой специфики накладывает определенные обязательства на стороны франчайзингового договора в случае его расторжения или прекращения.

Тем не менее, как и в случае с лицензионным договором, цель франчайзингового договора и договора о передаче ноу-хау является различной, во-первых, а, во-вторых, по своему предмету франчайзинговый договор является более широким, нежели договор о передаче ноу-хау.

---

[111] Богуславский М.М. Международная передача технологий: правовое регулирование. М.: Наука, 1985. – 279с.
[112] Штупмф Герберт. Договор про передачу ноу-хау. М.: Прогресс, 1976. – С. .

Разделяя лицензионные договоры на патентные и беспатентные, М.М. Богуславский[113] выделяет также комплексные лицензионные договоры, которые представляют собой гибрид патентных и беспатентных лицензионных договоров. Фактически, можно сказать, что франчайзинговые договоры, по терминологии М.М. Богуславского, и представляют собой комплексные лицензионные договоры. Тем не менее, отсутствие специального регулирования комплексных лицензионных договоров не дает возможности применить эти нормы к франчайзинговым договорам.

Имеющиеся элементы инвестиционных правоотношений вынуждают нас проанализировать соотношение франчайзингового и инвестиционного договоров. Инвестиционный договор относится к числу поименованых в украинском законодательстве. В целом, этот вид договоров используется в строительстве, иностранном инвестировании и совместной деятельности. В.М. Коссак, анализируя правовую природу инвестиционного договора, относит его к особым договорам, которые регулируются как общими цивилистическими нормами, так и определенным специальным законодательством[114] .

По мнению автора, инвестирование во франчайзинговом договоре имеет некие особенности, которые состоят в объекте и видах инвестиций. Если в инвестиционном договоре инвестор вправе самостоятельно выбирать вид инвестиции (внесение денежных средств, ноу-хау, оборудования), франшизиат обязан инвестировать исключительно денежные средства в определенное оборудование, инвентарь и т.д., которое определяется франшизиаром. Обязательство франшизиата инвестировать денежные средства в свое предприятие является опосредствованным, а не прямым: фактически, франшизиат обязан не инвестировать денежные средства, а привести свое предприятие к соответствующему виду относительно франчайзинговой сети. Как раз выполнение этого обязательства и требует от франшизиата определенных капиталовложений. Эта особенность не дает возможности отождествить инвестиционный и франчайзинговый договоры. Тем не менее, безусловно, можно говорить, что приобретение франшизы является своеобразным видом инвестирования. Своеобразность такого инвестирования не дает возможности применить имеющееся

[113] Богуславский М.М. Международная передача технологий: правовое регулирование. М.: Наука, 1985. – С.10.
[114] Дзера О.В., Н.С. Кузнєцова та інші. Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч.посібн. для студентів юрид. вузів ф фак.ун-тів. К: Юрінком Інтер, 1998. – С. 772-784.

инвестиционное законодательство Украины в полном объеме к франчайзинговым договорам.

Наличие во франчайзинговом договоре элементов договора о совместной деятельности подтверждается самым предметом франчайзингового договора и целью, которые ставят перед собой франшизиат и франшизиар. Именно поэтому в некоторых штатах США и провинции Альберта, Канада, франчайзинговый договор определяется частично через понятие договора о совместной деятельности.

Определенные схожие элементы можно найти между франчайзинговым договором и договором простого товарищества, который, фактически, также является договором о совместной деятельности. По договору простого товарищества "вкладами участников признается все то, что вносится ими в совместную деятельность, в том числе денежные средства, имущество, профессиональные и прочие знания и умение, деловая репутация и деловые связи"[115].

По договору простого товарищества товарищи преследуют общую цель и обязаны совместными усилиями достичь общей цели. При достижении такой общей цели товарищи вместе будут отвечать как за понесенные убытки, так и за полученные доходы.

По франчайзинговому договору, несмотря на общность цели, которую ставят перед собой франшизиар и франшизиат, франшизиар не несет вместе с франшизиатом рисков ведения его предпринимательской деятельности. Ответственным за такую предпринимательскую деятельность является исключительно франшизиат. Несмотря на финансовые результаты ведения франчайзингового бизнеса, франшизиат обязан перечислять франшизиару согласованные франчайзинговые периодические платежи. Таким образом, несмотря на схожесть франчайзингового договора с договором о совместной деятельности и договором простого товарищества, мы не можем применить нормы, которые регулируют договоры о совместной деятельности, к франчайзинговому договору.

Предоставление определенных услуг (консультаций, контроля, обучения) по франчайзинговим договору относится к обязательствам франшизиара и именно поэтому во франчайзинговом договоре имеются элементы договора о предоставлении

[115] Проект Цивільного Кодексу України. Українське право. 1999. № 1. Видання друге із змінами. С.- 410.

услуг. Договор о предоставлении услуг не является поименованым договором в украинском законодательстве и впервые определен лишь в проекте Гражданского кодекса Украины[116]. Различиеь между франчайзинговым договором и договором о предоставлении услуг состоит в том, что по договору о предоставлении услуг сторона, которая потребляет услуги, является заказчиком таких услуг и определяет их характеристики. Во франчайзинговом договоре как раз сторона, которая предоставляет услуги, франшизиар, определяет характер, состав и объем предоставляемых услуг. И опять-таки, несмотря на наличие схожести между этими двумя видами договоров, отсутствуют нормы, которые могли бы быть применены к франчайзинговому договору.

Членские правоотношения, как особый вид договорных отношений, относятся к числу непоименованых в Украине. Они характерны для правоотношений физических и юридических лиц с неприбыльными организациями. По членским правоотношениям член приобретает определенные нематериальные блага, уплатив вступительный и/ или членский взносы. Указанные нематериальные блага включают в себя, как правило, право члена пользоваться определенными услугами организации, рассчитанными и предоставляемыми исключительно членам для удовлетворения их непредпринимательских потребностей. По франчайзинговому договору, как и по членскому договору, франшизиат платит вступительный взнос как плату за разрешение вступить в сеть. Уплатив вступительный взнос по франчайзинговим договору, франшизиат получает право стать членом франчайзинговой сети. Это членство дает ему возможность единообразного оформления своего предприятия, то есть опосредствованно он получает возможность “пользоваться” деловой репутацией франшизиара. Таким образом, франшизиат получает возможность прибыльной работы с самого начала, то есть опосредствованно получает материальные блага. Тем не менее, несмотря на схожесть этих видов договоров, в Украине нет специального законодательства, которое бы регулировало членские отношения и, таким образом, мы не можем применить это законодательство к франчайзинговым договорам.

Составители модельного ГК для стран СНГ и ГК России считают, что концессионный договор является схожим с договором франчайзинга, именно поэтому составители Гражданского кодекса России и положили его в основу определения франчайзингового договора. Договор концессии относится к числу поименованых в

[116] Проект Цивільного Кодексу України. Українське право. 1999. № 1. Видання друге із змінами. С.- 339-341.

действующем гражданском законодательстве Украины. По договору концессии концессионер получает право разработки определенной территории или недр в определенном виде предпринимательской деятельности. Как правило, стороной, которая предоставляет определенные права другой стороне, по договору концессии выступает государство или соответствующий орган самоуправления. Концессионер получает право разработки чего-то на определенный срок, на протяжении которого он платит определенные фиксированные платежи или определенный процент от своего дохода. Как правило, срок концессионного договора довольно продолжителен. По его окончанию концессионер обязан продать свое концессионное предприятие другой стороне договора по остаточной балансовой стоимости.

Франчайзинговый договор отличается от договора концессии, в первую очередь, тем, что франшизиат не является первопроходцем, в отличие от концессионера. Франшизиат идет не только “протореной тропой”, темп его хода и прочие показатели постоянно контролируются и, в случае необходимости, исправляются франшизиаром. По договору концессии государство или орган самоуправления, являющееся стороной договора, не вправе вмешиваться в хозяйственную деятельность концессионера.

По франчайзинговому договору франшизиар не обязан выкупать через определенный срок предприятие франшизиата. Безусловно, иногда, в случае досрочного или срочного прекращения франчайзингового договора франшизиар может выкупить франчайзинговое предприятие. Целью такого выкупа является охрана интеллектуальной собственности франшизиара. Тем не менее, этот выкуп происходит не по императивному требованию закона, а базируется на собственном волеизъявлении франшизиара.

Указанная различие, по мнению автора, делает невозможным отождествление франчайзинговых правоотношений с правоотношениями концессии и, таким образом, название вида договора “коммерческая концессия” противоречит сути франчайзинговых правоотношений. Назвав франчайзинговые правоотношения коммерческой концессией, законодатель России вводит в заблуждение потребителей относительно сути этих двух различных видов договоров. Наличие различия между концессионным и франчайзинговым договорами не дает возможности применить к франчайзинговым договорам регулирование концессионных договоров.

Если по франчайзинговому договору франшизиат перепродает товары, произведенные франшизиаром, на лицо элементы дистрибьюторького договора и

договора купли-продажи. Украинское законодательство не определяет дистрибюторский договор как отдельный вид договоров в связи с их схожестью с договорами купли-продажи, поэтому наш анализ сосредоточится только на договорах купли-продажи. Как и по договору купли-продажи по сбытовому франчайзинговому договору франшизиар обязуется передать товар в собственность франшизиату, а франшизиат обязуется принять этот товар и уплатить за него определенную денежную сумму. К таким франчайзинговым правоотношениям будут применяться все требования, которые применяются к договорам купли-продажи: требования к качеству товара, сроки предъявления претензий в связи с недостатками проданного товара и тому подобное.

Тем не менее, не по каждому франчайзинговому договору сбываются товары, произведенные франшизиаром. Зачастую, товары, которые сбываются по франчайзинговому договору, производятся самостоятельно франшизиатом. Таким образом, можно говорить о том, что нормы, которые регулируют правоотношения купли-продажи могут применяться к правоотношениям сторон франчайзингового договора только в случае сбытовой франшизы.

Фактически, то же самое можно сказать и о схожести франчайзинговых договоров с договорами поставки (при наличии перепродажи товаров франшизиара) и с договорами аренды.

С договором комиссии схожими являются такие виды франчайзинговых договоров как договор развития территории, генеральный франчайзинговый договор и генеральный договор развития, по которым франшизиат, действуя от своего имени, но в интересах франшизиара, продает франшизы третьим лицам. Нормы ГК Украины относительно регулирования договоров комиссии, за исключением норм по выплате комиссионного вознаграждения, могут полностью применяться к договорам развития, генеральным франчайзинговым договорам и генеральным договорам развития.

Таким образом, проведенное нами сравнение франчайзинговых договоров со схожими договорами позволяет сделать вывод, что при регулировании франчайзинговых договоров в Украине применению могут подлежать нормы, регулирующие лицензионные договоры, договоры купли-продажи, поставки, аренды и комиссии. Правоотношения франшизиара и франшизиата, которые не покрываются нормами, регулирующими схожие

договоры, подлежат регулированию общими нормами обязательственного права, а если общие нормы обязательственного права и аналогия закона не имеют результата, надлежит руководствоваться аналогией права.

Проведенный анализ основных, то есть наиболее часто встречающихся в любом франчайзинговом договоре, элементов позволяет присоединиться к точке зрения таджикского ученого В.А. Ойгензихта. Он считает, что определенные особые виды договоров формируются на основе существования установившихся и распространенных элементов поименованих договоров[117]. Такие договоры считаются им "конгломерированными" или "интегрированными"[118]. Очевидно, такой же точки зрения придерживается О.Н. Садиков, который рассматривает договор коммерческой концессии, являющийся новым видом договора для российского права, как самостоятельный вид договоров, не являющийся смешанным, но опосредующий комплексные обязательственные правоотношения[119]. Проанализированные нами элементы франчайзинговых правоотношений являются устоявшимися и именно этот факт является основанием для преобразования франчайзинговых договоров из смешанных в отдельный вид правоотношений, нашедших свое поименование в различных юрисдикциях. Комплексность правоотношений во франчайзинговом договоре дает возможность согласиться с российскими учеными[120], которые считают, что франчайзинговый договор представляет собой отдельный вид договоров, опосредующих комплексные обязательственные правоотношения.

Таким образом, до момента законодательного определения в Украине франчайзинговых договоров как отдельного вида правоотношений сторон, они должны рассматриваться как смешанные. Когда ж франчайзинговые договоры получат специальное регулирование, к ним будут применяться, в первую очередь, специальные нормы о франчайзинговых договорах, а субсидиарно - нормы соответствующих поименованых схожих договоров.

---

[117] Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. Душамбе, 1984. С.5-9.
[118] Там же.
[119] Садиков О.Н. и другие. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Москва, части второй (постатейный)ю Изд.3-е, испр. И доп., с использованием судебно-арбитражной практики. М.: Юридическа фирма Контракт; ИНФРА-М, 1998. С.617.
[120] Садиков О.Н. и другие. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. Москва, части второй (постатейный). Изд.3-е, испр. И доп., с использованием судебно-арбитражной практики. М.: Юридическа фирма Контракт; ИНФРА-М, 1998. С.- 616-617.

Проведенный анализ составных элементов франчайзинговых правоотношений позволяет провести анализ содержания франчайзинговых договоров и выделить в них существенные, обычные и случайные условия.

Согласно статье 153 ГК Украины к существенным условиям договора относятся, по меньшей мере, те, которые необходимы для данного вида договоров, а также те, на согласовании которых настаивает хотя бы одна из сторон договора. Общеизвестно, что к существенным условиям любого договора относится, прежде всего, условие о его предмете. Предмет, фактически, определяет вид франчайзингового договора и влияет в дальнейшем на права и обязанности сторон.

Принимая во внимание оплатный характер франчайзингового договора к существенным условиям договора относится определение его цены.

К существенным условиям франчайзингового договора, по мнению автора, относится его срочность. Срочность правоотношений сторон в определенной мере обусловлена срочностью охраны, предоставляемой государством, на определенные объекты интеллектуальной собственности, полученные в пользование франшизиатом. В число обязательств франшизиара входит предоставление франшизиату “действующих” прав, то есть прав на объекты интеллектуальной собственности в пределах срока их охраны.

Тем не менее, проект ГК Украины предусматривает, что “договор франчайзинга заключается с указанием или без указания срока его действия”. Таким образом, проект ГК Украины относит условие о срочности франчайзингового договора к случайным. Такое толкование этого условия является довольно странным, принимая во внимание тот факт, что по проекту ГК Украины франшиза, фактически, представляет собой совокупность лицензий на определенные объекты интеллектуальной собственности: “фирму, знак, изобретения, полезные модели и прочие объекты интеллектуальной собственности”. Такое определение франшизы позволяет нам применить к каждой из лицензий, из которых состоит франшиза, требования, выдвигаемые к лицензионным договорам.

Так, статья 1172 проекта ГК Украины в пункте 1 отмечает, что “лицензионный договор должен предусматривать: ...срок действия, на который передается право...”. То есть, по нашему мнению, законодатель отнес срочность лицензионного договора к существенным условиям лицензионных договоров. При отсутствии согласования этого

существенного условия, то есть при отсутствии условия о сроке, законодателем предусматривается минимальный срок лицензионного договора, составляющий пять лет. Таким образом, при отсутствии определения сторонами срока действия лицензионного договора, сам законодатель определил этот срок, переведя таким образом, условие о сроке из существенных в обычные.

Установление определенного минимального срока действия лицензионного договора является не чем иным, как установлением определенной защиты для более слабой стороны лицензионного договора - лицензиата. По мнению автора, аналогичной защиты требует и франшизиат: приобретя франшизу, франшизиат должен соответствующим образом оборудовать свое предприятие, инвестировав определенное количество своих собственных или заемных средств, чтобы оно приобрело необходимое единообразие с франчайзинговой сетью. В зависимости от франшизы, эти инвестиции могут быть как небольшими, так и очень значительными. Таким образом, срок договора франчайзинга должен быть таким, чтобы франшизиат смог самортизировать осуществленные им капиталовложения. Как раз поэтому, автор относит условие о срочности франчайзинговых договоров к существенным.

Безусловно, к существенным условиям франчайзинговых договоров относится определение прав и обязанностей каждой из сторон договора, которые зависят от предмета франчайзингового договора.

К случайным условиям договоров относятся те, которые разрабатываются сторонами самостоятельно. Проект ГК Украины к случайным условиям франчайзингового договора относит: определение объема использование франшизы и определение территории использование франшизы.

К обычным условиям франчайзингового договора проект ГК Украины относит определение объема ответственности франшизиара и франшизиата перед третьими лицами, досрочное прекращение франчайзингового договора, сохранение действия договора при изменении лиц в обязательстве.

2. СУБЪЕКТЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Субъектами франчайзинговых правоотношений могут быть физические и юридические лица.

Практика применения франчайзинговых правоотношений на современном этапе показывает, что, как правило, лицом, предоставляющим в пользование франшизу, является юридическое лицо.

Получать в пользование франшизу могут как физические лица, с последующим обязательством создать предприятие, которое это физическое лицо контролирует, так и юридические лица.

Определение понятий определенного института происходит через использование определенной терминологии. Принимая во внимание новизну франчайзинговых правоотношений для Украины и для других стран бывшего СССР, а также принимая во внимание применение различных терминов для определения сторон франчайзинговых правоотношений, проанализируем терминологию, используемую в области франчайзинга.

Так, в ГК России и Белоруссии, в которых, очевидно, была поставлена цель не использовать иностранного термина франчайзинг, сторона, которая представляет право пользования определенным комплексом исключительных прав, названа правовладелец, а сторона, которая получает такое право - пользователь. В первом и третьем варианте проекта ГК Украины стороны франчайзингового договора также называются правовладелец и пользователь. При доработке проекта ГК Украины во время второго чтения проекта в Верховной Раде Украины в соответствии с предложениями автора, стороны были названы франчайзер (franchisor) и франчайзи (franchisee).

После проведения третьего чтения в проекте ГК Украины при определении сторон франчайзингового договора используется два вида понятий: правовладелец или франчайзер и пользователь или франчайзи. В чем причина использования двойной терминологии? Очевидно, авторы старались использовать и терминологию, использованную в кодексах России и Белоруссии, и терминологию, являющуюся международно признанной.

Автор считает необходимым использовать международно признанную терминологию, то есть ту терминологию, которая используется как законодателями различных стран, так и в международной торговле в этой области. Такая терминология была разработана в 80-х годах и рекомендованная к употреблению в франчайзинговых правоотношениях[121].

Относительно определения наименования сторон франчайзингового договора, авторт, несмотря на свои предложения, сделанные ранее в проект ГК Украины, считает целесообразным определить стороны франчайзингового договора как франшизиар и франшизиат. Какие основания употребления именно такой терминологии?

Автор считает употребление термина франшизиат более уместным, чем франчайзи, франшизиар - более уместным, чем франчайзер. Эта позиция продиктована следующими соображениями:

1. специально разработанной международной терминологией, по которой стороны названы franchisor и franchisee;
2. переводом этих терминов на русский язык, который может представлять собой исключительно “кальковый”, а не смысловой перевод;
3. особенностями русской грамматики, по правилам которой, обычно, существительное имеет окончание, которое изменяется при склонении по падежам;
4. определенной, уже устоявшейся, практикой перевода схожих английских терминов на русский язык. Например: licensor - лицензиар, licensee - лицензиат.

Отстаивая правильность и целесообразность предложенной терминологии, автор не может согласиться со схожей терминологией, предложенной И.Т.Балабановым и А.И.Балабановым: франчайзер, франчайзиат.

Основанием такого несогласия являются определенные особенности русского и украинского языков в образовании слов, а также определенная благозвучность как русского, так и украинского языков, которые “не любят” употребления “й” в средине слова, а тем более между шипящей “ч” и согласной “з”. И.Т.Балабанов и А.И.Балабанов объясняют целесообразность своего употребления предложенных ими терминов,

[121] Alex S. Konigsberg. International franchising. Commonly Used Terms. Volume 1. London: International Bar Association, 1989.- 30p.

ссылаясь на то, что термин “франшиза” и, соответственно, производные от него франшизиар и франшизиат, имеет, во-первых, французское происхождение, а во-вторых, применяется в страховании. Автор считает эти аргументы не убедительными: во-первых, говорить о происхождении слова “franchise” возможно лишь детально исследовав его. Имеет ли оно французское, английское или норманское происхождение? Во-вторых, филологический термин “омонимы”, определяющий, что одно и то же слово может использоваться при определении различных понятий, также является широко известным. Поэтому остается неясным по чему один и один и тот же термин нельзя использовать в различных областях права. Таким образом, считаем целесообразным, определяя наименования сторон франчайзингового договора использовать термины “франшизиар” и “франшизиат”.

Таким образом, управомочной стороной во франчайзинговых правоотношениях является франшизиар, а обязанной - франшизиат. Общеизвестно, что как на стороне управомочной, так и на стороне обязанной стороны могут выступать один или несколько субъектов. Возможная ли такая ситуация во франчайзинговых правоотношениях?

В соответствии с ГК России и Белоруссии, и проектом ГК Украины договор франчайзинга заключается двумя лицами, в то время как определение франчайзингового договора в других юрисдикциях предусматривает возможность заключения такого договора между двумя и более лицами. При этом наличие одного или более субъектов возможно лишь на стороне управомочной стороны. Это обусловлено тем, что определенный способ ведения предпринимательской деятельности, отрабатывавшийся на протяжении длительного времени, как отмечалось выше, может привести к отказу франшизиара от самостоятельного производства товаров или услуг, создавшим деловую репутацию франшизиара, имеющую высокое стоимостное выражение. Возможность получения доходов от предоставления права вступления франшизиатам во франчайзинговую сеть, а также вознаграждения за пользование франшизой приводит к тому, что зачастую сам франшизиар не производит товары, которые сбываются. Товары производятся иным лицом, которое определенным образом контролируется франшизиаром. Таким образом, франшизиар является собственником объектов интеллектуальной собственности, а товары, которые сбываются франшизиатом, производятся иным лицом. Оборудование, используемое на предприятиях франчайзинговой сети, также производится другими лицами. Поэтому

при определении франшизы и ссылках на франшизиара в некоторых юрисдикциях упоминаются афилированные лица франшизиара или лица, связанные с франшизиаром.

Гражданские кодексы России и Белоруссии и проект ГК Украины предусматривают, что франшизиар является собственником объектов интеллектуальной собственности и производит определенные товары или предоставляет услуги, которые сбываются. Можно согласиться, что такой франчайзинг также будет иметь место. Тем не менее, по мнению автора, в ближайшее время в Украине, равно как в России и Белоруссии, будет развиваться “международный” франчайзинг. Более того, автор считает, что в Украину будут импортироваться зрелые и развитые франшизы, в которых на стороне управомочной стороны могут выступать несколько субъектов. Подтверждением этого является тот факт, что сегодня в Украине применяются зрелые франшизы МакДоналдс, Кодак, Фуджи, Билла, то есть франшизы, которые эксплуатируются более нескольких десятков лет и, заключая франчайзинговые договоры по эксплуатации упомянутых франшиз, франшизиат вступает в гражданские правоотношения не только с франшизиаром, а и со связанными с ним лицами.

На стороне обязанной стороны может выступать исключительно одно лицо, на которое возлагается обязательство осуществлять все возможное, чтобы предотвратить нарушение прав интеллектуальной собственности франшизиара.

Таким образом, франчайзинговые правоотношения могут быть как двухсторонними, так и многосторонними.

По общему правилу, состав участников гражданских правоотношений может изменяться в порядке правопреемства. Франчайзинговые правоотношения имеют определенные особенности при замене состава участников. Эти особенности обусловлены предметом франчайнгового договора и его конфиденциальной сущностью.

Так, для управомочной стороны возможно как универсальное, так и сингулярное правопреемство. Такой точки зрения придерживаются и составители проекта ГК Украины, который предусматривает, что переход права, принадлежащего франшизиару, и входящему в комплекс предоставленных франшизиату прав, к третьей стороне не является основанием для изменения или прекращения франчайзингового договора.

Однако, проект Гражданского кодекса Украины предусматривает определенные особенности универсального правопреемства для правопреемников франшизиара: так физическое лицо может быть правопреемником франшизиара лишь при условии, что оно будет зарегистрировано в качества индивидуального предпринимателя. Отсутствие такой регистрации влечет за собой прекращение франчайзингового договора. В случае правопреемства юридического лица, такое правопреемство будет действительным для третьих лиц лишь в случае регистрации изменения сторон франчайзингового договора в органах регистрации субъектов предпринимательства и в патентном ведомстве.

Проект ГК Украины не обусловливает каких-либо особенностей универсального правопреемства для обязанной стороны - франшизиата.

По мнению автора, правопреемство прав и обязанностей франшизиата по франчайзинговим договору возможно лишь при наличии согласия на это франшизиара. Согласие франшизиара необходимо не только при желании франшизиата уступить свои права и обязанности по франчайзинговому договору третьему лицу, но и при слиянии, разделе или выделении франшизиат

3. ФОРМИРОВАНИЕ ВНУТРЕННЕЙ ВОЛИ ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ФРАНЧАЙЗИНГОВОГО ДОГОВОРА

К числу оснований возникновение гражданских правоотношений закон (статья 4 ГК Украины), прежде всего, относит сделки, то есть определенные действия физических и юридических лиц по установлению, изменению или прекращению гражданских прав и обязанностей. Одним из признаков сделки является волеизъявление. Договор-сделка определяет содержание правоотношений, явившееся результатом воли сторон, которые его заключили. Значимость воли и волеизъявления для сделок вообще и договоров, в частности, широко дискутируется в литературе и является общеизвестной.

Изучение и определение действительного волеизъявления каждой из сторон франчайзингового договора на момент его заключения, по мнению автора, является необходимым. Составляющей франшизы является определенная секретная информация, которая становится известной франшизиату после заключения им франчайзингового договора и/или уплаты вступительного взноса. Можно сказать, что заключая франчайзинговый договор, франшизиат не знает объекта, относительно

которого заключает договор. Он лишь имеет определенные представления о этом объекте - франшизе, которые могут оказаться как правдивыми, так и ошибочными.

Принимая во внимание наличие элементов конфиденциального характера во франшизе, франшизиат может иметь о ней ложное представление, действовать под влиянием ошибки или под влиянием обмана со стороны франшизиара. Таким образом, можно утверждать, что при заключении франчайзингового договора существуют определенные факторы, которые могут обусловить ошибочное представление франшизиата о существенных для сделки обстоятельствах, то есть негативно повлиять на формирование внутренней воли франшизиата, заключающего сделку. Согласно действующего законодательства Украины, договор, заключенный вследствие ошибки, имеющей решающее значение, может быть признан недействительным.

Действующий ГК Украины не конкретизирует понятие “решающее значения”. В проекте ГК Украины под решающим значением понимается природа сделки, права и обязанности сторон, свойства и качества предмета, которые значительно снижают его ценность или возможность использования по целевому назначению. Таким образом, заключив франчайзинговый договор и в ходе его выполнения выявив, что франшиза не отвечает его ожиданиям, франшизиат вправе подать иск о признании франчайзингового договора недействительным. Поведение франшизиата может быть добросовестным (полученная информация о франшизе не отвечает его ожиданиям) и недобросовестным (действия франшизиата по заключению франчайзингового договора были направлены на получение конфиденциальной информации).

На формирование внутренней воли франшизиата может повлиять также поведение франшизиара или его определенные действия, направленные на введение франшизиата в заблуждение относительно существенных условий договора. Такое поведение в странах англо-американской правовой системы называют misrepresentation. Этот институт включает в себя не только неосторожное поведение стороны, а и намеренные неправдивые заявления или обещания. Такие заявления и обещания могут касаться не только франшизы, а и финансовых аспектов эксплуатации франшизы. Ответственным за неосторожное поведение, неправдивые заявления или обещания является не только франшизиар, но и его должностные лица, которые фактически и осуществляют эти действия. Так, в деле Dymocks Franchise Systems (NSW)

Pty Limited v Bilgola Enterprises Limited[122], которое рассматривалась Высшим судом Новой Зеландии в феврале 2002 года, директора компании франшизиара были признаны виновными в предоставлении потенциальному франшизиату Bilgola Enterprises Limited неполной информации о продаже и потенциальной прибыльности франшизы.

Другим примером неправдивых заявлений и ответственности за это является дело Williams v Natural Health Food Limited[123], которая розгядалось судами Англии в 2000. Суть дела состоит в том, что публикуя информацию о своем опыте эксплуатации франшизы, франшизиар Natural Health Food Limited упоминал “значительный опыт торгового развития”, в то время как франшизиар был создан недавно и весь опыт эксплуатации франшизы состоял в опыте собственника и директора франшизиара по эксплуатации франшизы в единственном магазине. В указанном деле, суд признал директора ответственным за неправдивые заявления.

В соответствии с действующим ГК Украины такое поведение можно квалифицировать только как обман, хотя в случае возникновения спора будет достаточно тяжело доказать, что франшизар или его должностные лица хотели обмануть франшизиата. Проект ГК Украины различает неосторожное поведение стороны, которое способствовало совершению ошибки, и намеренное поведение стороны по введению в заблуждение другой стороны о обстоятельствах, которые имеют решающее значение. Хотя последствия такого поведения стороны будут одинаковыми – признание договора недействительным.

Есть ли возможность у законодателя устранить обстоятельства, которые отрицательно влияют на формирование внутренней воли сторон? Проведенный нами анализ правового регулирования франчайзинговых правоотношений показывает, что законодатели различных стран установили определенные меры влияния на формирование внутренней воли сторон. Они включают в себя:

1. обязательство франшизиара о максимально возможном информировании о франшизе - норма о раскрытии информации;

---

[122] Market Developments. http://www.internationallawoffice.com. Charles Cho. The Dymocks Case in Australia. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 2, 2000, Issue 2. – P. 167 – 171.
[123] Overview of the Franchising in United Kingdom. July 2000. http://www.internationallawoffice.com

2. установление определенного срока между ознакомлением франшизиатом с условиями франчайзингового договора и моментом его подписания или уплаты любых платежей по нему;

3. возможность продажи франшизы только после ее эксплуатации на протяжении определенного срока самим франшизиаром.

Фактически, нормы, предусмотренные в пунктах 1, 2 выше влияют на формирование внутренней воли франшизиата, а нормы пункта 3 - на формирование внутренней воли франшизиара. Рассмотрим более детально как влияют указанные выше нормы на формирование внутренней воли сторон.

Некоторые страны определяют объем информации по информированию франшизиата о существенных условиях франшизы или франчайзингового договора. Изученные автором законодательные акты различных стран позволяют разделить страны, которые требуют раскрытия информации о франшизе, на две категории - это страны, которые четко определяют перечень категорий информации к раскрытию (к таким странам относятся США, Канада (провинции Альберта и Онтарио), Бразилия, Мексика, Испания) и страны, в которых законодатель не определяет четких пределов раскрываемой информации (Франция, Индонезия, Китай, Южная Корея).

Так, например, в США, которая относится к первой из указанных нами категорий, требования относительно раскрытия информации регулируются как на уровне штатов, так и на федеральном уровне. Раскрытие информации о франшизе на федеральном уровне регулируется Правилами о раскрытии[124].

Как указано в главе 2 настоящей книги, для контроля за выполнением франшизиаром требований о раскрытии информации в ряде стран (США, Канада, Бразилия, Мексика) установлены определенные публично-правовые нормы, касающиеся регистрации информации о франшизе.

Вторая категория стран, выделенных автором, не определяет конкретный перечень категорий информации, которая должна быть предоставлена потенциальному франшизиату. Определение “предоставить исчерпывающие данные о

[124] Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. Вступили в силу 21 июля 1979г. Сейчас в США идет обсуждение возможности внесения изменений и дополнений в указанные Правила. Более детально см.: Byron E. Fox. An Analysis of the New US Federal Franchise Relationship Bill. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1. Issue 2, 1999.- P. 105-123.

предлагаемой франшизе, которые бы предоставили возможность другой стороне принять осведомленное решение" является настолько нечетким, что позволяет франшизиару самому определять какие данные о франшизе являются исчерпывающими и достаточными для того, чтобы создать у франшизиата впечатление, что он имеет правильное представление о франшизе и существенных условиях франчайзингового договора.

Примером нечеткого определения содержания информации к раскрытию является французское законодательство.

Согласно законодательства Индонезии до момента заключения франчайзингового договора франшизиар должен предоставить франшизиату информацию о франшизе, данные о себе, своей деятельности и финансовой отчетности, описать природу франчайзингового продукта и остановиться на других аспектах, о которых "франшизиат должен знать"[125].

Автор считает, что несмотря на нечетко очерченный круг вопросов к информации о раскрытии о франшизе, уже само наличие указанного предписания свидетельствует о старании законодателя повлиять на образование правильной внутренней воли франшизиата при обретении франшизы и заключении франчайзингового договора.

Необходимость установления перечня информации к перечню информации о франшизе в специальном законодательном акте ставится под сомнение некоторыми европейскими учеными. Правильность своей точки зрения они базируют на существовании доктрины "добросовестности" стороны. Рассмотрим более детально эту доктрину.

Согласно к доктрине добросовестности любая сторона на стадии заключения договора должна проинформировать другую сторону о всех обстоятельствах, которые могут повлиять на желание другой стороны заключить такой договор. Надо отметить, что принцип добросовестности заложен в проект ГК Украины, определяющий, что "выполнение обязательства должно опираться на основы добросовестности, разумности и справедливости". Использование этого принципа является новеллой, что, безусловно, положительно отразится на поведении сторон при заключении договоров вообще и франчайзинговых, в частности.

[125] Raini Alfida. Indonesia's Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 80.

Тем не менее, по мнению автора, понятие “добросовестности” имеет субъективный характер и благодаря этому в некоторых ситуациях будет тяжело доказать, что, не сообщая франшизиату об определенных свойствах франшизы, франшизиар действовал не добросовестно. Для иллюстрации указанного, представим себе пример, когда франшизиар и франшиза происходят из страны, не имеющей специальных требований о раскрытии информации. Франчайзинговый договор будет выполняться в стране, в которой также отсутствуют законодательные требования к раскрытию информации о франшизе.

Рассмотрим, каким должно быть поведение франшизиара на примере законодательства Украины. Согласно существующего принципа добросовестности франшизиар должен проинформировать франшизиата о существенных свойствах франшизы. Среди вопросов, которые встают перед франшизиаром вопросы об объеме информирования о франшизе, времени информирования и форме, в которой такое информирование должно быть осуществлено.

Ни на один из указанных вопросов нет ответа в действующем законодательстве или проекте ГК Украины. Согласно проекту ГК Украины франшизиар обязан информировать франшизиата об “основных аспектах франшизы, которые должны обеспечить ее полное и эффективное использование”. Для выполнения франшизиаром этого обязательства необходимо, прежде всего, установить какие аспекты франшизы являются основными. Исходя из определения франшизы, предложенного в проекте, к ее основным аспектам можно отнести информацию относительно регистрации и сроков действия охранных свидетельств на объекты интеллектуальной собственности, а также конфиденциальную торговую информацию. Волеизъявление франшизиата формируется на преддоговорной стадии. Таким образом, для формирования волеизъявления франшизиату необходимо быть осведомленным об указанных нами аспектах до подписания франчайзингового договора. И если с предоставлением информации о регистрации объектов интеллектуальной собственности у франшизиара не возникает никаких

проблем, неопределенным остается вопрос должен ли франшизиар на преддоговорной стадии информировать франшизиата о “конфиденциальной торговой информации”? Если он должен информировать франшизиата о такой конфиденциальной информации, то в каком объеме? Таким образом, сам франшизиар должен определиться с объемом информирования. Определив объем информации к раскрытию, например, этот объем является минимальным, действовал ли франшизиар недобросовестно? Безусловно, ответить на поставленный вопрос очень сложно.

Представим себе другую ситуацию, франшизиар и франшиза происходят из страны, имеющей специальные требования к раскрытию информации, а франчайзинговый договор будет выполняться в стране, где отсутствуют требования о раскрытии. Должен ли франшизиар исполнять требования своего внутреннего законодательства о раскрытии информации? В случае частичного предоставления информации, может ли рассматриваться поведение франшизиара как недобросовестное? Так, например, в Правилах США о требованиях к раскрытию информации отмечается, что они применяются исключительно к торговым сделкам, которые совершаются на территории США. Однако, в деле Nieman v. Dryclean USA Franchise Co.[126] Суд определил, что он уполномочен пресечь недобросовестное поведение, имеющее место в международной торговле с участием американских предпринимателей, и таким образом, применять нормативные акты вне территориальных границ США.

Доктрина “добросовестности” не дает франшизиару каких-либо ориентиров о форме и времени информирования о франшизе.

Принимая во внимание вышеуказанное, автор не поддерживает позицию европейских ученых и считает целесообразным установление перечня категорий информации к раскрытию. Отсутствие установленного перечня отрицательно влияет не только на франшизиата, а и на франшизиара: даже проинформировав франшизиата о франшизе, франшизиар не уверен, что

[126] Joyce Mazero. Application of US Franchise Laws to International Franchise Sales. Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 4. – P.309 – 333.

выполнил требования, например, украинского законодательства информировать “об основных аспектах” франшизы.

Важность правильного формирования внутренней воли франшизиата, с одной стороны, и отсутствие унифицированного подхода к определению категорий информации к раскрытию в различных странах были основой принятия в УНИДРУА решения о необходимости разработки модельного закона о раскрытии информации во франчайзинге[127]. Объем информации, предоставляемой по модельному закону, является достаточно объемным и близким к требованиям, предъявляемым федеральным законодательством США.

Другим способом влияния на формирование воли франшизиата является установление законодателем определенного фиксированного срока между моментом ознакомления с существенными условиями франчайзингового договора и моментом его подписания или уплаты по этому договору какого-либо франчайзингового платежа. Установленный срок является императивным, то есть сторонам франчайзингового договора не разрешается его сокращать. Продолжительность такого срока в различных юрисдикциях, составляет от 5 до 20 дней, хотя есть страны, в которых продолжительность срока на ознакомление с информацией о франшизе, не определена.

Так, например, Акт о франшизах провинции Альберта отмечает, что потенциальный франшизиат должен получить информацию о франшизе не позднее, чем за 14 дней до подписания договора.

Законодательные акты Франции и Испании требуют от франшизиара представить потенциальному франшизиату специальную информацию о франшизе, как минимуме, за 20 дней до подписания франчайзингового соглашения.

В Бразилии после одобрения документов, раскрывающих информацию о предлагаемой франшизе, они должны быть представлены потенциальному франшизиату не позднее 10 дней до подписания франчайзингового соглашения

[127] Study Group on Franchising. Fourth Session, Rome, 9-10 December 1999. Report. UNIDROIT 2000. Study LXVIII – Doc. 20- 50p.

или перечисления франшизиатом каких-либо средств в соответствии с этим соглашением.

В Австралии[128] законодатель не только устанавливает определенный фиксированный срок (20 дней) между предоставлением документов франшизиату и моментом подписания франчайзингового договора, а и вменяет в обязанность франшизиата до подписания договора предоставить франшизиару письменное подтверждение, что он ознакомился с предоставленными документами и получил или не нуждается в консультации специалистов.

В Индонезии и Южной Корее законодатель отмечает, что документы о франшизе должны быть представлены до подписания контракта, не устанавливая какого-либо фиксированного срока, но четко определяя, что информация должна быть предоставлена франшизиату за такой срок, чтобы он имел достаточно времени для принятия обоснованного решения.

Имея определенный срок, франшизиат имеет возможность не только детально ознакомиться с условиями франчайзингового договора, но и получить соответствующие консультации у специалистов для более четкого его понимания. Установление такого императивного, как часто его называют, “прохлаждающего” (cooling) срока, положительно влияет на формирование внутренней воли франшизиата.

Способом влияния на формирование внутренней воли франшизиара является установление определенного срока эксплуатации франшизы самим франшизиаром, до окончания которого франшизиар не имеет права предлагать эту франшизу другим сторонам. К сожалению, лишь законодатели некоторых стран (штаты США, Бразилия) предусмотрели необходимость эксплуатации франшизы самим франшизиаром на протяжении, как минимум, 2-х лет. Это требование направлено на то, чтобы сам франшизиар убедился в формировании франшизы и изучил ее свойства. Знание объекта (франшизы) предоставит возможность франшизиару предоставлять франшизиату услуги, являющиеся объективно необходимыми для эксплуатации франшизы

[128] Robin Vague. Tania Voon. Compliance and Disclosure under the New Franchising Code of Conduct in Australia. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 9-22.

(тренировочные курсы, надлежащий контроль, консультации по исправлению ошибок франшизиата). Отсутствие достаточного опыта франшизиара в эксплуатации своей собственной франшизы, а значит и отсутствие знаний о ней, может явиться причиной того, что стороны франчайзингового договора не смогут достичь целей, для достижения которых и был заключен франчайзинговый договор.

Автор считает, что украинский законодатель, планирующий регулировать франчайзинговые правоотношения, обязан защитить обе стороны франчайзингового договора. Принуждение франшизиара известить максимум возможный объем информации о франшизе является защитой для франшизиата, который заключая франчайзинговый договор, будет ознакомлен с его объектом, и следствием этого будет сознательное и осведомленное решение его заключить. Франшизиар, сообщая необходимую информацию, будет уверенным, что франшизиат позднее не сможет утверждать, что франчайзинговый договор было им заключен по незнанию или влиянием ошибки. Речь идет о необходимости принятия определенных правил относительно раскрытия информации о франшизе. Отсутствие правил о раскрытии информации может привести к тому, что франшизиат, имея задолженность перед франшизиаром, будет иметь соблазн обратиться в суд с иском о признании франчайзингового договора недействительным в связи с пороками воли при заключении франчайзингового договора. Наличие тенденции, по которой должники обращаются в суды с исками о признании договоров недействительными, определено М.И.Брагинским и В.В.Витрянским[129]. Причем, авторы подчеркивают тот факт, что, таким образом, должники просто стараются избегнуть ответственности по договору. Такая практика является еще одним подтверждением необходимости установления определенных правил о раскрытии информации о франшизе.

Проанализировав категории информации, которая должна быть раскрыта в соответствии с законодательством различных стран, а также проанализировав категории информации, знание которой необходимо для

[129] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: “Статут”, 1999. – С. 803 – 817.

правильного формирования внутренней воли франшизиата, методом обобщения и анализа можно определить количество категорий, раскрытие информации о которых является самым распространенным, и которые имеют существенное влияние на формирование внутренней воли франшизиата:

(1) информация о франшизиаре, включая его официальное наименование, адрес, основную сферу предпринимательской деятельности, “судебную историю” в течение последних 5-ти лет, бухгалтерский баланс (финансовый отчет) за последний финансовый год, указание изменений в финансовом положении за 3 последних финансовых года;

(2) информация о торговых знаках, торговых наименованиях, знаках обслуживания, рекламированию и других коммерческих символах, которые используются во франчайзинге, включая указания регистрационных номеров свидетельств (патентов) или номеров и дат представления заявок на получение свидетельств (патентов) на объекты интеллектуальной собственности;

(3) информация о высших должностных лицах франшизиара, включая данные об их опыте 5-ти последних лет, “судебную историю” каждого из должностных лиц;

(4) фактическое описание франшизы и информация, раскрывающая данные о ее функционировании: общее количество франшиз, действующих на конец предыдущего финансового года; общее количество собственных торговых точек франшизиара, действующих на конец предыдущего финансового года; наименование, адреса и телефонные номера 20 франчайзинговых торговых точек одноименного франчайзингового бизнеса самых близких к предполагаемому месту нахождения будущего франшизиата;

(5) информация об инвестициях франшизиата, включая общий перечень единовременно уплачиваемых платежей, включая вступительный взнос, франшизиару или лицу, связанному с франшизиаром, общий список периодически уплачиваемых платежей франшизиару или лицу, связанному с франшизиаром, указание основания для расчетов платежей, которые выплачиваются в пользу франшизиара или лица, связанного с франшизиаром, описание недвижимости, услуг, поставок, продукции, инвентаря, сопутствующих элементов или оборудования, которое необходимо приобрести или арендовать для эксплуатации франшизы;

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

(6) список всех лиц (включая франшизиара), с которыми франшизиату прямо или косвенно рекомендовано установить хозяйственные правоотношения, если такие лица связаны с франшизиаром;

(7) раскрытие информации о сроке действия франчайзингового и других связанных с ним соглашений;

(8) условия, по которым франчайзинговое соглашение может быть возобновлено или продолжено;

(9) условия, по которым франшизиар может отказаться возобновить или продолжить франчайзинговое соглашение;

(10) условия, при наличии которых франшизиат может прекратить франчайзинговое соглашение;

(11) если выбор местонахождения торговой точки или предприятия или одобрение такого местонахождения франшизиаром предусмотрены франчайзинговым соглашением, информация, которая описывает условия выбора местонахождения и процедуру получение одобрения франшизиара;

(12) данные об учебной программе.

4. ОБЪЕКТ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Анализ франчайзинговых правоотношений обязывает нас определиться с их объектом. Согласно точке зрения Сенчищева В. И., которую также разделяет автор, рассмотрение вопроса об объекте, фактически, представляет собой рассмотрение вопроса о гражданско-правовом режиме определенных категорий явлений объективной действительности[130] .

Автор, как и другие исследователи категории “объект”, считает, что гражданские правоотношения не могут иметь в качестве объекта такое явление, которое не являлось бы объектом гражданских прав. Таким образом, определив объекты гражданских прав, мы выберем среди них и объект франчайзинговых правоотношений.

[130] Актуальные проблемы гражданского права. Под редакцией М.И. Брагинского. Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права.- М. Статут, 1999.- С. 109.

Общеизвестно, что на сегодня существует три теории количественного состава объектов гражданских прав: теория единого правового объекта, теория множественности правовых объектов и компромиссная теория, которая определяет значение правового объекта и за вещами, и за человеческими действиями.

По теории множественности правовых объектов, которая получила свое самый большое распространение в Германии, считается, что в качестве объектов прав могут выступать самые разнообразные явления не только внешнего, но и внутреннего мира человека, при этом одним из таких объектов является сам человек[131]. Эта теория широко критиковалась в советские времена, хотя, по мнению автора, она заслуживает внимания, особенно сейчас, когда распространенным является использование образа определенной личности, человека, при рекламе определенных товаров.

Сторонники теории единого объекта исходят из того, что объектом прав могут выступать не любые внешние явления, а лишь их определенная группа, на которую распространяют действие предоставленные личности субъективные права. Указанная теория включает в себя материально-вещевую теорию, сторонники которой считают, что единым объектом являются вещи, и поведенческую теорию, по которой единым объектом являются человеческие действия. Несмотря на то, что сторонниками указанных теорий были выдающиеся ученые (М.М. Агарков, А.П. Дудин, Ю.К. Толстой, А.П. Сергеева, О.С. Йоффе) автор не разделяет их точки зрения.

Самое большое распространение в СССР и, соответственно, Украине приобрела компромиссная теория[132], хотя, по мнению автора, она, фактически является составой теории множественности правовых объектов. Сторонники этой теории (С.А. Голунский, М.С. Строгович, Є.А. Суханов, Є.О. Харитонов, Н.А. Саниахметова, А.С. Пиголкин, М.Н. Марченко) называют объектом правоотношений все то, по поводу чего субъекты права

---

[131] Йоффе О.С. Избранные труды про гражданскому прав: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права».- М. Статут, 2000. – С. 582.

[132] Советское гражданское право. Часть 1. 2-е издание, исправленное и дополненное. Под редакцией Смирнова В.Т., Толстого Ю.К., Юрченко А.К. Ленинград: Издательство Ленинградского университета, 1982.- С. 138-152. Йоффе О.С. Избранные труды по гражданскому праву: из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории “хозяйственного права”. - М.: Статут, 2000, - С. 581 – 604. Гражданские правоотношения и их структурные особенности. Сборник ученых трудов. Свердловск, 1975. – 149 с. Агарков М.М., Генкин Д.М. Гражданское право. Том 1.М.: ИКЮ СССР, 1944.- С. 62-75. НовиГКий И.Б. Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С-41-45

вступают в правоотношения и что составляет содержание их взаимных прав и обязанностей. Автор считает себя также сторонником этой теории, которая, можно сказать, положена в основу, как действующего ГК Украины, так и проекта нового ГК Украины.

Согласно действующего ГК Украины к объектам гражданского права относятся:

а) вещи,

б) продукты творческой деятельности,

в) результаты действий, отделяемые или неотделяемые от самих действий,

г) личные неимущественные блага.

Проект ГК Украины к указанным объектам прибавляет конфиденциальную информацию, отделяя ее, таким образом, от продуктов творческой деятельности.

Для решения вопроса какой объект гражданских прав представляет собой объект франчайзинговых правоотношений, определимся по поводу чего субъекты франчайзинговых правоотношений - франшизиар и франшизиат - вступают в правоотношения. По мнению автора, франшизиар и франшизиат вступают в правоотношения по поводу использования охраняемых (торговое наименование, знак для товаров или услуг) и неохраняемых (ноу-хау) объектов интеллектуальной собственности франшизиара. Содержание их взаимных прав и обязательств составляют нормы об использовании этих объектов.

Фактически, общность объектов франчайзинговых и лицензионных правоотношений и была основанием для некоторых ученых рассматривать франчайзинговые правоотношения подвидом лицензионных. По мнению автора, общность объектов различных правоотношений не связывает их между собой. Примером, подтверждающим это утверждение, является тот факт, что на сегодня никто не считает правоотношения из купли-продажи и аренды схожими между собой, или подчиненными одно другому, хотя их объекты могут быть сходными.

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

5. ВИДЫ ФРАНШИЗЫ

Первоначально франчайзинг зарождался и развивался, как метод сбыта товаров в границах определенной страны. Имея целью получение дохода через сбыт своих товаров, и для этого создавая сеть франчайзинговых предприятий, возрастание доходов франшизиара останавливалось, как только вся территория его страны была покрытая этой сетью предприятий. С экономической точки зрения, для дальнейшего возрастания доходов франшизиар вынужден был осуществлять экспансию своей предпринимательской деятельности в другие страны. То есть можно утверждать, что экономическая необходимость распространять свою деятельность на другие страны была основанием для модификации обычной франшизы.

Экспансия в новые страны требовала от франшизиара несения значительных затрат на маркетинг, адаптацию франшизы к требованиям законодательства новой страны и тому подобное. В то же время суть франчайзинга как метода сбыта товаров заключается в том, что франшизиар осуществляет такое расширение за счет средств другого лица - франшизиата и при этом еще и получает от этого доход. Таким образом, для стимулирования франшизиата к значительным капиталовложениям франшизиар должен был ему предложить что-то привлекательное. Этим привлекательным элементом было предоставление франшизиату определенной территории, на которой только он мог открывать франчайзинговые предприятия, в которых эксплуатировалась франшиза. Такая франшиза получила название территориальной.

Проведенный анализ законодательства стран, определяющих территориальную франшизу, позволяет определить территориальную франшизу как соглашение, по которому одна сторона, франшизиар, предоставляет право другой стороне, франшизиату, открывать на определенной территории более одного предприятия, в котором эксплуатируется франшиза. Территориальная франшиза, как правило, предусматривает обязательство франшизиата быть собственником всех открытых на закрепленной за ним территории

франчайзинговых предприятий. Автор считает, что такое обязательство обусловлено необходимостью сохранения конфиденциальной информации о франшизы. Принимая во внимание, что вступление франшизиата во франчайзинговую сеть предусматривает уплату вступительного взноса, можно говорить, что, фактически, франшизиат платит за право открыть франчайзинговое предприятие. По территориальной франшизе франшизиат получает право открыть более одного предприятия и потому его вступительный взнос составляет сумму, кратную количеству запланированных к открытию предприятий.

Открытие на предоставленной территории определенного количества франчайзинговых предприятий требует от франшизиата значительного инвестирования. Тем не менее, франшизиат не всегда имеет достаточно денежных средств или возможностей для заимствования для открытия на закрепленной за ним территории необходимого для франшизиара количества предприятий. Отсутствие денежных средств не дает возможности открывать новые предприятия, а значит наращивать сбыт товаров и получать запланированные доходы. Необходимость решения этой проблемы была основанием для дальнейшей модификации франшизы, результатом чего было объединение обычной и территориальной франшиз. Результатом такого объединения стала разработка теории генеральной франшизы. По этой теории франшизиар в новой стране назначает франшизиата, который, фактически, выполняет функции франшизиара. То есть этот “главный” (master) франшизиат учит других франшизиатов методам ведения предпринимательской деятельности франшизиара, контролирует их деятельность, дает рекомендации по улучшению деятельности и тому подобное. Принимая во внимание, что генеральная франшиза базируется на территориальной, главный франшизиат всегда получает определенную территорию для своей деятельности. Таким образом, генеральная франшиза, которую также определяют, как мастер франшиза, представляет собой соглашение между одной стороной, франшизиаром, и другой стороной, генеральным франшизиатом, которого иногда определяют как субфраншизиара, по которой субфраншизиару предоставлено право не только самостоятельной эксплуатации франшизы, а и дальнейшей продажи франшизы от имени или в интересах франшизиара.

Надо указать, что в отличие от определения территориальной франшизы, определение генеральной франшизы применяется лишь в отдельных законодательных актах штатов США.

Ни ГК России и Белоруссии, ни проект ГК Украины не выделяют видов франшизы и, соответственно, их понятий. В то же время в проекте ГК Украины применяется понятие субфранчайзинга или мастер франчайзингового договора, что фактически и представляет собой генеральную франшизу.

Учитывая, что проект ГК Украины определяет франшизу как понятие, автор считает необходимым также внести в проект дополнения, в которых бы определялась территориальная и генеральная франшизы. Внесение этих дополнений обусловлено рядом оснований:

1) упоминанием в проекте ГК договора субфранчайзинга, который базируется на генеральной франшизе;

2) практикой международной торговли, в которой при сбыте товаров используется как территориальная, так и генеральная франшизы;

3) необходимостью понимания природы видов франчайзинговых договоров, которые базируются на различных видах франшизы.

Таким образом, мы приходим к выводу, что в случае классификации франшизы по территориальному принципу можно выделить обычную и территориальную франшизы.

В случае классификации франшизы по характеру прав и обязанностей, которые передаются франшизиату, можно выделить обычную и генеральную франшизы.

В случае классификаций франшизы по правовому режиму использования объектов интеллектуальной собственности можно выделить обычную, исключительную и единоличную франшизы.

Исключительной франшизой автор называет франшизу, по которой франшизиат получает исключительное право на эксплуатацию франшизы на определенной территории. Можно сказать, что территориальная и генеральная франшиза всегда бывают исключительными.

Единоличной автор определяет франшизу, по которой не только франшизиат, но и франшизиар имеет право эксплуатации франшизы на определенной, предоставленной франшизиату территории.

6. ВИДЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ДОГОВОРОВ

Наличие различных видов франшизы была основанием для развития на практике нескольких видов франчайзинговых договоров.

В рамках прямого франчайзинга, который развивается на базе обычной франшизы, который рассматривают как самую простую и наиболее еффективную структуру франчайзинга и который, зачастую, используется в национальном франчайзинге, используются франчайзинговый договоры на эксплуатацию франшизы из одного помещения.

Хотя каждый из договоров, опосредующих определенный вид франчайзинга, имеет свои особенности, тем не менее, следует указать, что базовым для любого вида франчайзинговых правоотношений есть договор эксплуатации франшизы из одного помещения (single-unit franchise agreement).

По договору эксплуатации франшизы из одного помещения (single-unit franchise agreement) одна сторона (франшизиар) предоставляет другой стороне (франшизиату) право владения и пользования франшизой под торговым наименованием, торговым знаком или знаком на услуги и по системе франшизиара из определенного, четко обусловленного в договоре, местонахождения (в договоре указывается адрес помещения). По таким договорам франшизиат не получает каких-либо исключительных или квази-исключительных прав на территорию, то есть другой франшизиат может получить право пользования этой же франшизой на соседней улице или в соседнем доме, например. Несмотря на тот факт, что получение франшизиатом простой неисключительной франшизы, предусматривает право франшизиара открывать франчайзинговые предприятия рядом с предприятиями франшизиата, судебная практика свидетельствует о целесообразности отдельного указания этого права в договоре. Подтверждением этого является судебное дело Foodmaker, Inc v Adnan Quershi (Cal Sup CT 1999), которое рассматривалось Высшим судом Калифорнии, и Sheck v Burger King Corporation

(SD Fla 1991), которое рассматривалось Апелляционным судом Одиннадцатого округа штата Южная Дакота[133] .

Другим видом франчайзингового договора, базирующемся на прямом франчайзинге, является договор франчайзинга многочисленных торговых помещений (multiple/multi unit franchise agreement), по которому франшизиат получает право открыть на определенной территории, на которую он не имеет исключительных прав, определенное количество франчайзинговых предприятий по согласованным с франшизиаром заранее адресам. Этот вид франчайзинговых договоров относят к числу рамочных. Он предусматривает открытие определенного количества франчайзинговых предприятий по определенному графику, причем после открытия очередного франчайзингового предприятия, заключается франчайзинговый договор из одного помещения.

На основе территориальной франшизы заключается два вида франчайзинговых договоров:

1) договор развития или договор развития территории (development/area development agreement);
2) генеральный договор развития (master development agreement).

По договору развития одна сторона (франшизиар) предоставляет другой стороне (разработчику/франшизиату) “право разработки территории”, по которому франшизиат имеет право и обязан после заключения договора развития открыть на предоставленной территории определенное количество (минимальное, максимальное, точно обусловленное в договоре) франчайзинговых предприятий. Договор развития не содержит положений по использованию франшизы, включая права использования объектов интеллектуальной собственности франшизиара, он есть он является рамочным соглашением, по которому при открытии каждого франчайзингового предприятия разработчик/франшизиат заключает с франшизиаром франчайзинговый договор из одного помещения. По определению А.Кенигсберга “правильно составленные договоры на развитие не являются

[133] Court Considers Position on Breach of Good Faith. September 2000. http://www.internationalalwoffice.com

действительно франчайзинговыми договорами, они являются договорами, по которым франшизиар предоставляет исключительное право разработчику/франшизиату не открывать торговые предприятия, а заключать с франшизиаром франчайзинговые договоры из одного торгового помещения"[134]. Точка зрения А. Кенигсберга поддержана судебной практикой: так, в деле Glenn Stetzer, Inc. V Dunkin' Donuts, Inc[135], которое рассматривалось Федеральным окружным судом Коннектикута в феврале 2000, договор на развитие, по которому Glenn Stetzer, Inc. открывала франчайзинговые предприятия был признан, как не относящийся к чисто франчайзинговым договорам в соответствии с определением Акта о франшизах Коннектикута.

Модельный закон УНИДРУА определяет договор развития как соглашение, согласно которого франшизиар в обмен на прямое или косвенное финансовое вознаграждение предоставляет другой стороне право приобретать более одной франшизы одной и той же франчайзинговой системы[136].

По генеральному договору развития, представляющему собой гибридную форму договора на развитие и генерального франчайзингового договора, одна сторона (франшизиар) предоставляет другой стороне (генеральному разработчику/франшизиару) как "право разработки определенной исключительной территории", так и право предоставление в пользование франшизы с дальнейшим открытием франчайзинговых предприятий третьими лицами (суб-франшизиатами).

Генеральный договор развития используется в международном франчайзинге. По этому договору генеральный разработчик/франшизиат получает на исключительных правах всю территорию страны, в которой он должен открыть максимально возможное количество франчайзинговых точек, которое рассчитывается по определенной формуле. Благодаря этому срок действия генеральных соглашений на развитие иногда достигает 20 лет.

---

[134] A. Konigsberg. International Franchising: Commonly Used Terms. London: IBA, 1989. – P. 17.
[135] Holes in the agreement? http://internationalalwoffice.com
[136] Study Group on Franchising. Fourth Session, Rome, 9-10 December 1999. Report. UNIDROIT 2000. Study LXVIII – Doc. 20- P.- 41.

Договоры развития и генеральные договоры развития различаются по таким критериям:

- географический критерий: генеральные соглашения на развитие покрывают значительно большую территорию страны или определенного региона, чем соглашения о развитии;
- функциональный критерий: по договору на развитие разработчик/франшизиат не имеет права представлять право пользования франшизой третьим лицам, только он может использовать франшизу. По генеральному договору на развитие генеральный разраотчик/франшизиат одновременно выполняет функции франшизиара;
- критерий независимости: в случае заключения генерального соглашения на развитие франшизиар не присутствует на предоставленной территории, то есть он не открывает на предоставленной территории ни своего представительства, ни дочернего предприятия. Фактически, генеральный разработчик/франшизиат выполняет функции франшизиара на предоставленной территории.

На основе генеральной франшизы был разработан генеральный франчайзинговый договор. По генеральному франчайзинговому договору одна сторона (франшизиар) предоставляет другой стороне (генеральному франшизиату) исключительное право на определенной территории как самостоятельно открывать франчайзинговые предприятия, так и представлять право пользования франшизой с дальнейшим открытием франчайзинговых предприятий третьим лицам (суб-франшизиатам). Генеральному франшизиату предоставлено право заключать не только прямые франчайзинговые договоры, но и договоры на развитие территории. То есть на генерального франшизиата, фактически, возложены функции франшизиара по продвижению его товаров на территории генерального франшизиата.

По генеральному франчайзинговому договору или по договору генерального развития франшизиар имеет правоотношения исключительно с генеральными франшизиатами, то есть он не имеет прямых правоотношений с суб-франшизиатами. Лицом, полностью ответственным за действия суб-франшизиатов перед франшизиаром является генеральный франшизиар. Такое

правило является общим и применяется к любым правоотношениям, которые предусматривают право определенной стороны в дальнейшем заключать субдоговоры.

Таким образом, франчайзинговые договоры можно разделить на рамочные и франчайзинговые. Распределение на рамочные и франчайзинговые договоры предусматривает, что только по франчайзинговым договорам франшизиат получает право эксплуатации франшизы, в то время как по рамочным договорам он получает право при наступлении определенных условий заключить франчайзинговый договор.

К рамочным договорам относятся франчайзингоыий договор многочисленных помещений и договор развития.

К франчайзинговым договорам относятся: франчайзинговый договор эксплуатации франгшизы из одного торгового помещения, генеральный договор на развитие, генеральный франчайзинговый договор.

Проект ГК Украины различает два вида договоров: договор франчайзинга и субфранчайзинговый договор.

Определение франчайзингового договора, предоставленное в проекте ГК Украины, является довольно широким. Оно не совпадает с определением франчайзинговых договоров эксплуатации франшизы из одного помещения или франчайзинговых договоров многочисленных помещений.

Согласно определения в проекте ГК Украины “договором франчайзинга может быть предусмотрено право пользователя разрешать другим лицам пользоваться предоставленным ему комплексом исключительных прав или части этого комплекса на условиях субфранчайзинга, согласованных им с правовладельцем или определенных в договоре франчайзинга”[137]. Таким образом, фактически в проекте определяется не только понятие субфранчайзингового договора, но опосредованно и генерального франчайзингового договора, хотя ссылка на генеральный франчайзинговый договор отсутствует.

[137] Проект Цивільного Кодексу України. Українське право. 1999. № 1. Видання друге із змінами. – С.405.

Таким образом, под регулирование, предусмотренное проектом ГК Украины, будут подпадать только франчайзинговые договоры, то есть договоры, по которым передается право эксплуатации франшизы.

Рамочные договоры не будут непосредственно регулироваться нормами главы 74 проекта ГК Украины, что даст возможность предпринимателям избегнуть отягощающего государственного администрирования.

7. ФОРМА И ПОРЯДОК ЗАКЛЮЧЕНИЯ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ДОГОВОРОВ

Для того, чтобы сделка была осуществлена, содержание внутренней воли необходимо довести до ведома всех, кого она касается, то есть, другими словами, внутренняя воля должна быть выраженной во вне. Внешнее выражение внутренней воли представляет собой волеизъявление. Волеизъявление должно не только отвечать внутренней воле лица, но и выражаться в предусмотренной законом форме.

В международной торговле при определении формы соглашения применяется колизионная норма места заключения договора (lex loci contractus), то есть договор, заключенный в определенном месте, должен отвечать требованиям законодательства этого места. Анализ законодательства стран, регулирующих франчайзинг, позволяет выделить два существующих подхода к определению законодателем формы франчайзингового договора: первый подход разрешает сторонам заключать франчайзинговые договоры в устной или письменной форме (США, Канада), второй - в установлении императивного предписания относительно письменной формы франчайзинговых договоров (Россия, Индонезия, Южная Корея и т.п.). Следствием нарушения этого предписания является признание заключенного договора недействительным.

Говоря о форме франчайзингового договора невозможно не вспомнить того факта, что некоторые страны устанавливают определенные публичные требования к вступлению в силу франчайзингового договора, а именно вменяют в обязанность сторон франчайзингового договора зарегистрировать его в соответствующем государственном или саморегулирующем органе.

Так, согласно Акта о франшизах штата Нью-Йорк франчайзинговый договор должен быть зарегистрирован в соответствующем органе. До недавнего времени (согласно прецеденту King Computer, Inc. V Beeper Plus, Inc SDNY 1993[138]) отсутствие регистрации договора влекло за собой признание франчайзингового договора недействительным. Однако, судебное решение по делу TKO Fleet Enterprises, Inc. V Elite Limousine Plus, Inc (NY Sup Ct Queens Cty, May 16, 2000)[139] изменило положение: отсутствие регистрации франчайзингового договора не лишает франшизиара права ссылаться на него и настаивать на его принудительном исполнении против франшизиата.

В Бразилии, если франшизиаром является иностранное лицо, оно должно согласовать и зарегистрировать франчайзинговый договор в Центральном банке Бразилии и Бразильском Институте промышленной собственности.

В Мексике франчайзинговый договор обязательно должен быть зарегистрирован в Институте промышленной собственности. Процедура регистрации специально разработана Институтом: франшизиар или франшизиат заполняют специальные регистрационные формы и прилагают к ним оригинал или заверенную нотариально копию франчайзингового соглашения. Отсутствие регистрации франчайзингового договора может привести не только к административной ответственности, но даже и к отмене регистрации франшизиата и франшизиара, если они являются мексиканскими юридическими лицами.

В Китае регистрация франчайзингового договора осуществляется в государственных (соответствующих министерствах, которые имеют отношение к предмету франчайзингового договора) и негосударственных органах (в Китайской Ассоциации однотипових предприятий (China Chain Enterprises Association).

Наиболее отягощающие обязательства относительно регистрации франчайзинговых договоров установлены в Индонезии: каждых полгода с момента регистрации франчайзингового договора стороны подают в министерство торговли и промышленности отчет о развитии франчайзинговой

---

[138] Past Non-Compliance no Bar to Enforcement. September 2000. http://www.internationalalwoffcie.com
[139] Там же

деятельности. Подтверждением принятия такого отчета является предоставление регистрационного сертификата. В случае неудовлетворительности предоставленного отчета, регистрационный сертификат не выдается и, таким образом, невозможно продолжать выполнять франчайзинговый договор. Как отмечалось в разделе об Индонезии, такие регистрационные сертификаты выдаются после регистрации франчайзингового договора в этом же министерстве.

Россия, равно как и Индонезия, Китай и Бразилия, устанавливает двойную регистрацию франчайзингового договора.

Так же, как и в Российской Федерации, проект Гражданского кодекса Украины предусматривает необходимость регистрации франчайзингового договора в органах регистрации субъектов предпринимательства и Государственном комитете Украины по вопросам интеллектуальной собственности. Согласно действующего законодательству Украины и нормам, предусмотренным в проекте ГК Украины, лицензия на право пользования объектами интеллектуальной собственности обязательно должна быть зарегистрирована в Государственном комитете Украины по вопросам интеллектуальной собственности, независимо от того, по какому договору (лицензионному, агентскому, дистрибьюторскому) она предоставляется. Требование регистрации франчайзингового договора, фактически, является следствием требования закона о регистрации лицензий. Однако, франчайзинговый договор — это не только лицензионные правоотношения. Франчайзинговый договор намного шире по кругу правоотношений сторон, чем лицензионный договор. Интересен подход, избранный японским законодателем: если для лицензионного договора закон требует регистрации извлечения из лицензионного договора или заполнения обеими сторонами декларации о наименовании переданного объекта интеллектуальной собственности и характера предоставленных прав, то для франчайзинговых договоров вообще не предусматривается какой бы то ни было регистрации, включая отсутствие необходимости регистрации факта предоставления

объектов интеллектуальной собственности на том основании, что они являются составляющей франшизы[140].

Проект ГК Украины в дополнение к регистрации франчайзингового договора в патентном ведомстве предусматривает необходимость неоднократной регистрации франчайзингового договора в органе регистрации субъектов предпринимательской деятельности. Целесообразность и назначение такой регистрации непонятно.

Принимая во внимание, что проект ГК Украины, равно как и ГК России, базируется на Модельном Гражданском кодексе для стран СНГ, а также базируясь на комментариях к ГК России, можно было бы предположить, что неоднократная регистрация франчайзингового договора направлена на защиту права франшизиара на его фирменное наименование. Однако, как известно, на сегодня в Украине не существует единой системы регистрации субъектов предпринимательской деятельности, таким образом регистрация субъекта предпринимательской деятельности с определенным фирменным наименование в одном районе города, не дает гарантий, что в другом районе этого же города не будет зарегистрирован субъект предпринимательской деятельности с таким же наименованием. Даже наличие единого реестра субъектов предпринимательской деятельности в одном городе не гарантирует возможности регистрации субъектов предпринимательской деятельности в различных городах Украины с одинаковым фирменным наименованием. Как известно на сегодня в Украине, как и в некоторых других странах, функция отличия одного субъекта предпринимательской деятельности от другого осуществляется кодом ЕДРПОУ, а не фирменным наименованием. Таким образом, регистрация франчайзингового договора в органах регистрации субъектов предпринимательской деятельности не будет нести в себе той функции, которую бы хотели ей навязать, а лишь будет усложнять процесс

[140] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997.

ведения предпринимательской деятельности. Невозможность ведения единого национального реестра фирменных наименований уже признана рядом стран (например, Японией): специальное законодательство относительно защиты фирменных наименований отмечает о возможности защиты определенного фирменного наименования лишь в границах определенной административной единицы (города)[141]. При желании собственника фирменного наименования распространить защиту этого наименования на всю страну, он должен зарегистрировать его как торговый знак. Проект ГК Украины требует не только регистрации договора франчайзинга, изменений или дополнений к нему, но также и досрочного прекращения договора. Таким образом, очевидно, что регистрация факта заключения и прекращения франчайзингового договора в органах регистрации субъектов предпринимательской деятельности не может рассматриваться, как только стремление законодателя регулировать режим использования фирменного наименования, а несет в себе иную функцию, похожую на функцию администрирования. Таким образом, в случае принятия проекта ГК Украины в его нынешний редакций в Украине франчайзинговый договор должен будет регистрироваться несколько раз на протяжении срока его действия.

Открытым остается вопрос, должны ли проходить двойную регистрацию все виды договоров, опосредующих франчайзинг. Как определено автором, франчайзинговые договоры разделяются на рамочные и франчайзинговые. Франшиза передается только по франчайзинговым договорам. Рамочным договором предусматривается лишь, что при наступлении определенных условий может быть заключенным франчайзинговый договор. Если обязательство о регистрации франчайзинговых договоров является условием предоставления франшизиару государственной защиты в случае нарушения любым лицом его прав на интеллектуальную собственность, является ли

[141] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997.

целесообразной регистрация рамочных франчайзинговых договоров, по которым право пользования объектами интеллектуальной собственности не передается? Если рамочный договор, который не имеет в своем названии термина “франчайзинговый”, тем не менее относящийся к франчайзингу, не будет зарегистрирован, будет ли это нарушением требования о форме франчайзингового договора? Проект ГК Украины не дает ответов на поставленные вопросы.

Надо отметить, что, если в Украине будет предусмотрен многоразовая регистрация франчайзинговых договоров, Украина займет свое место в ряду отрицательных примеров регулирования франчайзинга[142].

Относительно способов заключения франчайзинговых договоров, принятых на практике, можно выделить такие:

1) путем обмена офертой и акцептом;
2) путем присоединения;
3) общий, при котором договор заключается в форме единого документа.

По мнению автора, более широкое применение того или иного способа заключения франчайзинговых договоров обусловлено законодательным регулированием франчайзинга в той или иной стране.

Информация, раскрываемая о франшизе, в особенности в тех странах, где такая информация должна содержать подробные данные о предмете франшизы, сопутствующих услугах, предоставляемых франшизиаром, перечне платежей, перечисляемых франшизиару, может рассматриваться как оферта, публичная оферта или как приглашение к оферте франшизиара. Таким образом, необходимо квалифицировать, возможно ли рассматривать раскрываемую информацию о франшизе, как оферту, публичную оферту или приглашение к оферте.

В целом, все системы права при решении вопроса относительно квалификации предложения, как оферты, исходят из двух основных критериев: во-первых, предложение должно включать в себя существенные условия будущего договора, содержание предложения должно быть настолько ясным и четким, чтобы при согласии

---

[142] Lena Peters. Franchising in International Organizations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 3. – P. 255-264.

адресата мог возникнуть юридически соответствующий действительности договор. Во-вторых, предложение должно содержать намерение заключить договор. Отсутствие такого намерения рассматривается не как оферта, а как примглашение к оферте (согласно к праву ФРГ, США, Англии).

Действующий ГК Украины в статьях 155-159 для квалификации предложения как оферты также выдвигает два указанных критерия. При этом действующий ГК Украины не отмечает влияет ли определенность или неопределенность адресатов предложения на ее квалификацию в качества оферты. Несмотря на отсутствие четких положений об этом в действующем ГК Украины, некоторые советские учены (Р.О.Халфина, Ф.І.Гавзе)[143] считали, что только адресное предложение является офертой. Отсутствие адресности предложения, по мнению упомянутых ученых, квалифицирует ее как приглашение к оферте. Необходимость адресности оферты поддерживается также составителями проекта ГК Украины. Более того, статья 673 проекта четко определяет, что предложение, рассчитанное на неопределенный круг лиц, рассматривается как приглашение к оферте, а не как оферта. С такой редакцией статьи тяжело согласиться, в особенности в сегодняшних условиях развития рынка: благодаря жесткой конкуренции сегодня широко употребима практика размещение оферты в газетах, журналах, по радио, телевидению, и тому подобное. Несмотря на неопределенность круга акцептантов, такие предложения являются определенными, выражают волю заключить договор на указанных в предложения условиях с кем-либо, то есть отвечают требованиям, которые влияют на квалификацию предложения как оферты. Такую точку зрения разделяет М.И.Брагинский, В.В.Витрянский[144] и О.С.Йоффе[145]. Такой же точки зрения, фактически, придерживаются и законодатели различных стран, определяющие, что определенная информация о франшизе должна быть раскрыта до заключения договора или до уплаты любого платежа, то есть законодатели предусматривают, что ответом франшизиата на опубликованную информацию о франшизе, которую франшизиат может рассматривать как оферту, подтверждающую желание франшизиара заключить франчайзинговый

[143] Халфина Р.О. Значение и сущность договора в совестком социалистическом гражданском праве.М., 1954. - С.207-208. Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор.М.: Госюриздат, 1972. -С.92.
[144] Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения: Изд. 2-е, испр.-М.: “Статут”, 1999. – С. 193 – 203.
[145] Йоффе О.С. Обязательственное право. М.: Госюриздат, 1975.- С.50.

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

договор, может быть уплата франшизиатом указанного в оферте вступительного взноса, что будет демонстрировать его акцепт на сделанную оферту.

Таким образом, автор рассматривает публикуемую информацию о франшизе как оферту франшизиара о заключении франчайзингового договора. Принимая во внимание, что в большинстве стран публикуемая информация о франшизе является безадресной, такую информацию можно рассматривать как публичную оферту.

Таким образом, требования некоторых законодателей к опубликованию определенной информации о франшизе можно рассматривать как требования к публичной оферте. Следует указать, что результатом публичной оферты франшизиара может быть:

1. направление акцепта франшизиатом, в котором выражается его воля заключить договор на предложенных условиях;
2. конклюдентные действия акцептанта (франшизиата), выраженные в оплате первого (вступительного) франчайзингового платежа, который является платой за право вступить в единообразную франчайзингову сеть франшизиара.

Оферта, поступившая к адресату (потенциальному франшизиату) порождает вопрос, связан ли оферент (франшизиар) этой офертой до того, как акцептант (франшизиат) ее акцептовал, может ли франшизиар в любой момент до ее акцепта отозвать ее. Так, французская и англо-американская доктрина и практика исходят из того, что оферент не связан офертой. Более того, законодатели некоторых стран (США, Канада, Испания, другие) установили императивную норму, согласно которой между моментом представления публичной оферты и моментом ее акцепта должен пройти определенный срок. Таким образом, даже в случае поступления акцепта ранее установленного срока, оферент (франшизиар) будет считать себя связанным только по истечении законодательно установленного срока. Право ФРГ, Швейцарии и Украины исходит из презумпции связанности оферента офертой или в течение срока, указанного в оферте, или в течение разумного срока, необходимого для направления акцепта.

Для международных договоров, заключаемых путем обмена офертой и акцептом (то есть соглашения между “отсутствующими”), важным является определение места заключения договора. Если конкретное место в договоре между “отсутствующими” не указано, могут возникнуть трудности в тех случаях, когда в законодательстве стран не одинаково решается вопрос об определении момента и места заключения договора. Так, согласно действующего ГК Украины и проекта ГК Украины договор считается

заключенным с момента получения акцепта оферентом (франшизиаром) и в месте нахождения оферента (франшизиара). Согласно английского права договор будет считаться заключенным в момент направления акцепта и в месте, с которого этот акцепт был направлен.

Таким образом, в случае заключения международного франчайзингового договора путем обмена офертой и акцептом, отсутствия указания в договоре места заключения договора и момента его вступления в силу, и дальнейшем возникновении споров между сторонами, суд должен будет решить, в зависимости от применимого права, вопрос места и момента заключения франчайзингового договора.

Другим способом заключения франчайзинговых договоров является способ присоединения. Принимая во внимание, что франчайзинг - это метод сбыта товаров и услуг, которые сбываются на определенных одинаковых, или, как можно определить, стандартных условиях, очень часто франчайзинговый договор заключается путем присоединения франшизиата к определенным стандартным формулярам франшизиара. Несмотря на общую отрицательную оценку такого способа заключения договоров[146], он объективно обусловлен различным объемом опыта каждой из сторон. Эта мысль поддерживается позицией Л.С.Таля, который рассматривал смысл этих договоров в том, что “в них воле одной стороны принадлежит исключительное преимущество, которое проявляется в том, что она диктует свои условия неопределенному кругу лиц”[147].

Следует указать, что действующее украинское законодательство не знает такого способа заключения договоров и лишь проект ГК Украины предусматривает специальное регулирование заключения, изменения и прекращения договоров присоединения. Тем не менее, отсутствие соответствующих норм в действующему ГК не означает невозможности использования этого способа заключения договоров уже сегодня.

Составление единого документа является общепризнаным способом заключения любых, в том числе и франчайзинговых, договоров. Этот способ заключения договора предоставляет возможность для каждой из сторон выявить свою волюу. Хотя,

---

[146] Лунц Л.А. Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран. М.: Юриздат, 1948. - С. 96. Флейшиц Е.А. Буржуазное гражданское право на службе монополистического капитала. М.: Юриздат, 1948. - С. 38.
[147] Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. Ярославль, 1918. - С.6.

безусловно, даже при этом способе заключения договора франшизиар занимает более сильную позицию, чем франшизиат, как благодаря своему опыту, так и благодаря тому, что он является собственником определенных монопольных прав (прав на объекты интеллектуальной собственности), которые предоставляют ему возможность диктовать, а не согласовывать отдельные договорные положения.

Подводя итог о форме и способе заключения франчайзингового договора можно разделить страны, на такие категории:

1) страны, по законодательству которых франшизиар размещает публичную оферту, предоставляет ее определенному правительственному или неправительственному органу для регистрации или с информационными целями (Индонезия, Китай, США: Вашингтон, Вирджиния, Висконсин, Гавайи, Иллинойс, Индиана, Калифорния, Минесота, Мериленд, Мичиган, Нью-Йорк, Северная и Южная Дакота, Род-Айленд, Япония);

2) страны, которые вменяют в обязанность франшизиара распространить публичную оферту, но не вменяют в обязанность франшизиара предоставить ее какому-либо государственному или негосударственному органу (Альберта, Онтарио (Канада), Испания, Южная Корея, США: Джорджия, Огайо, Орегон; Франция, Япония);

3) страны, которые вменяют в обязанность франшизиара опубликовать оферту и зарегистрировать франчайзинговый договор в правительственной организации (Бразилия, Мексика, Филиппины);

4) страны, которые вменяют в обязанность франшизиара опубликовать оферту, даже если закон не имеет таких терминов как франчайзинг, франшиза, франшизиар/франшизиат (Квебек (Канада), Малайзия);

5) страны, которые не имеют специального законодательства о франчайзинге, согласно которого необходимо публиковать оферту, но в которых действуют добровольные кодексы саморегулирующих организаций, вменяющих в обязанность франшизиара предоставить такую

информацию (Австралия, Аргентина, Великобритания, Италия, Новая Зеландия, Германия, Япония).

Следует указать, что предложенная классификация близка к классификации Филипа Зейдмана[148], в основе которой лежит критерий наличия требований к опубликованию информации о франшизе.

8. ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ДОГОВОРОВ

8.1. Прямой франчайзинговый договор

Принимая во внимание, что базовым для использования или эксплуатации франшизы является договор эксплуатации франшизы из одного помещения, именно права и обязанности сторон этого вида франчайзингового договора должны быть проанализированны в первую очередь.

Исходя из определения франшизы, предложенной автором, к основным обязанностям франшизиара относятся:

1) передача права пользования действующими объектами интеллектуальной собственности на условиях простой неисключительной лицензии;

2) поддержание действия в силе свидетельств и патентов на объекты интеллектуальной собственности в соответствии с требованиями законодательства страны, на территории которой эти объекты используются;

3) предоставление франшизиату определенного маркетингового плана, системы, ноу-хау или коммерческой информации, необходимой для ведения предпринимательской деятельности в соответствии с методами франшизиара;

4) постоянное улучшение переданного маркетингового плана, системы, ноу-хау или коммерческой информации с соответствующим информированием франшизиата о сделанных усовершенствованиях. Указанное обязательство

[148] Philip F. Zeidman A Worldwide Survey of Franchising Disclosure Laws. A paper presented at the IBA 26th Biennial Conference. Berlin, 20-25 October 1996. - 16p. Philip F. Zeidman. Recent Developments in International
Franchising. Conference Papers of the International Franchising Committee in Barcelona in September 1999.- 2p.

франшизиара предусматривает право и обязанность франшизиата информировать франшизиара о возможных усовершенствованиях переданного маркетингового плана, системы, ноу-хау или коммерческой информации. Другими словами усовершенствования ноу-хау франшизиара часто базируется как на собственных разработках, так и на предложениях франшизиата;

5) проведение учебных курсов и семинаров для персонала франшизиата, чтобы он смог овладеть переданным планом, системой или ноу-хау;

6) самостоятельный выбор или определение критериев для согласования местонахождения помещение, в котором будет эксплуатироваться франшиза;

7) постоянный контроль за эксплуатацией франшизы и необходимое консультирование и коррегирование предпринимательской деятельности франшизиата. Указанное консультирование включает в себя право франшизиара давать франшизиату рекомендации по установлению цены продукции или услуг, которые сбываются; объективных квалификационных критериев по найму персонала; приобретению оборудования, инвентаря, запасных частей и тому подобное. Контроль за деятельностью франшизиата предусматривает проведение периодических проверок, при которых франшизиар выявляет неправильное применение переданного маркетингового плана, системы или ноу-хау; рекламирование франчайзинговой сети и товара, который через нее сбывается, на всех уровнях такой сети (национальная и региональная реклама).

Франшизиар имеет не только обязательства, но и права, к которым относятся:

1) право проведения контрольных проверок;

2) утверждение местонахождения помещения, в котором будет эксплуатироваться франшиза;

3) предоставление согласия франшизиату на уступку его прав в предприятии, эксплуатирующем франшизу в том случае, если новый франшизиат отвечает объективным квалификационным критериям, установленным франшизиаром;

4) получение франчайзингового вознаграждения в размерах, установленных во франчайзинговом договоре;

5) получение от франшизиата данных и информации о возможном усовершенствовании маркетингового плана, системы или ноу-хау.

Права и обязанности франшизиата являются зеркальным отображением прав и обязанностей франшизиара.

К обязанностям франшизиата относятся:

1) ведение предпринимательской деятельности под торговым наименованием, знаком, логотипом франшизиара, право на использование которых предоставлено по франчайзинговому договору. В случае наличия в законодательстве требований относительно регистрации договора, предусматривающего использование объектов интеллектуальной собственности, зарегистрировать такой договор;

2) четкое следование в своей деятельности маркетинговому плану, системе или ноу-хау франшизиара;

3) оснащение помещения соответственно указаниям франшизиара. Следование указаниям франшизиара предусматривает обязанность франшизиата приобретать оборудование, инвентарь и инструменты у лиц, указанных франшизиаром. Тем не менее, это обязательство не препятствует франшизиату предлагать франшизиару других поставщиков оборудования, инвентаря и инструмента, если оно отвечает квалификационным требованиям франшизиара и не влияет на единообразие франчайзингового предприятия. Выполнение франшизиатом указанных выше обязательств должно привести к ассоциированию его предприятия потребителями с предприятием франшизиара;

4) проходить обучение на курсах и семинарах согласно требованиям франшизиара. Такие курсы могут быть как одноразовыми, так и периодическими. Принимая во внимание факт оплаты франшизиатом обучения своего персонала на курсах франшизиара, последний должен обосновать необходимость проведения таких периодических курсов;

5) информировать франшизиара о возможном усовершенствовании маркетингового плана, системы или ноу-хау франшизиара, применение к нему определенных элементов, являющихся более приемлемыми для места, где ведет предпринимательскую деятельность франшизиат;

6) во время платить франчайзинговые и рекламные платежи франшизиару;

7) приложить все возможные усилия на сохранение ноу-хау, а также на прекращение неправомерных посягательств третьих лиц на объекты интеллектуальной собственности франшизиара.

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

Права франшизиата включают в себя:

1) получение от франшизиара соответствующих лицензий на объекты права интеллектуальной собственности франшизиара;

2) получение маркетингового плана, системы или ноу-хау в таком виде, который позволил бы их понять, изучить и внедрять в предпринимательскую деятельность;

3) получение от франшизиара соответствующих консультаций, направленных на правильное ведение франшизиатом предпринимательской деятельности соответственно предложенному маркетинговому плану, системы или ноу-хау;

4) самостоятельно определять цену продажи товаров или услуг; принимать на работу соответствующий персонал.

Указанные нами права и обязанности сторон франчайзингового договора по эксплуатации франшизы из одного помещения являются основными для любого франчайзингового договора такого типа. В зависимости от факультативных условий франчайзинговых правоотношений, эти права и обязанности могут быть расширенными.

8.2. Договор эксплуатации франшизы из многочисленных помещений

Применение этого вида франчайзинговых договоров базируется на территориальной франшизе, позволяющей на определенной географической территории эксплуатировать франшизу из нескольких различных помещений.

Вообще между договором эксплуатации франшизы из одного помещения и договором эксплуатации франшизы из многочисленных помещений есть много общего. Это обусловлено тем, что по двум видам этих договоров франшизиат получает простую неисключительную лицензию на использование объектов интеллектуальной собственности.

Тем не менее, указанные договоры имеют и определенные расхождения. Так, по франчайзинговому договору многочисленных торговых помещений франшизиат платит наперед первоначальное франчайзинговое вознаграждение за все торговые помещения, которые согласованы для эксплуатации на период действия договора. Уплата первоначального или вступительного взноса, как его иногда называют, не означает, что франшизиат одновременно начнет эксплуатировать франшизу из всех указанных в договоре помещений. Таким образом, уплатив наперед вступительный

взнос и не открыв всех заявленных предприятий, франшизиат не сможет покрыть понесенные затраты от доходов заявленных предприятий.

Зачастую франчайзинговый договор многочисленных торговых помещений заключается как рамочное соглашение. В нем согласовывается количество помещений, из которых будет эксплуатироваться франшиза, отмечается территория, на которой будет вести предпринимательскую деятельность франшизиат и четко указываются адреса франчайзинговых помещений. При открытии каждого из помещений, в которых будет эксплуатироваться франшиза, заключаетс франчайзинговый договор по эксплуатации франшизы из одного помещения. В случае заключения франчайзингового договора многочисленных торговых помещений в виде рамочного соглашения, в него включается оговорка о перекрестном невыполнении. Суть этой оговорки состоит в том, что невыполнение франшизиатом своих обязательств по одному из договоров из одно помещения влечет за собой прекращение как всех других договоров по эксплуатации франшизы из одного торгового помещения, так и самого франчайзингового договора многочисленных торговых помещений.

Наличие указанных особенностей (уплата наперед вознаграждения и оговорка о перекрестном невыполнении) делает франчайзинговый договор многочисленных помещений менее употребимым, чем договор развития, также основанный на территориальной франшизе.

Другие положения франчайзингового договора многочисленных помещений, в целом, совпадают с положениями договора по эксплуатации франшизы из одного помещения.

8.3. Договор развития

Этот вид договоров франчайзинга, равно как и договор эксплуатации франшизы из многочисленных помещений, базируется на территориальной франшизе. Договор развития является рамочным соглашением, по которому франшизиат получает право разработки определенной территории. Право разработки такой территории может иметь как неисключительный, так и исключительный характер.

В отличие от франчайзингового договора многочисленных помещений, в котором указываются адреса помещений, из которых будет эксплуатироваться франшиза, договор на развитие определяет определенное (максимальное или минимальное) количество торговых точек, которые в дальнейшем будут открыты франшизиатом. Открытие таких точек происходит по определенному графику, который согласовывается сторонами в договоре на развитие.

Принимая во внимание тот факт, что франшизиату неизвестны точные адреса будущих торговых точек, франшизиар информирует его о критериях выбора помещений для этих торговых точек. Несмотря на наличие критериев к помещениям, как правило, франшизиар каждый раз дополнительно согласовывает месторасположение торговой точки.

В отличие от франчайзингового договора многочисленных торговых помещений разработчик не платит франшизиару авансом полное вознаграждение за каждое из открытых в будущем франчайзинговых предприятий. В общих чертах используется две схемы расчета размера вознаграждения за предоставленные права разработки территории:

(а) франшизиат платит часть первоначального франчайзингового платежа (очень часто с применением определенных скидок) за каждое открытое в будущем предприятие, а разница между первоначально уплаченным и тем, что осталась, выплачивается франшизиатом только после подписания прямого франчайзингового договора на конкретное помещение; или

(б) франшизиат платит франшизиару определенное вознаграждение за предоставленные исключительные права, уплачивая в дальнейшем за каждое открытое франчайзинговое предприятие первоначальный франчайзинговый платеж с определенной скидкой.

Договор на развитие и последующие заключенные прямые франчайзинговые договоры не имеют оговорки о перекрестном невыполнении и, таким образом, невыполнение франшизиатом своих обязательств по одному из прямых франчайзинговых договоров не влечет за собой прекращение договора на развитие и других франчайзинговых договоров.

Прямые франчайзинговые договоры, заключаемые франшизиатом в рамках договора на развитие, в целом, не имеют существенных отклонений от прав и обязанностей сторон франчайзингового договора эксплуатации франшизы из одного помещения, рассмотренных нами в разделе 8.1 этого исследования.

8.4. Генеральный договор развития

По утверждению А. Конигсберга[149] не все специалисты по франчайзингу выделяют генеральный договор развития как отдельный вид франчайзинговых договоров. Генеральный договор развития, равно как и договор развития, несет в себе определенные элементы рамочного соглашения. Тем не менее, обязательства генерального франшизиата по генеральному договору развития более широкие, нежели обязательства франшизиата по договору развития. Различие в объеме обязательств вызвано тем, что, как правило, франшизиар не присутствует на территории, которая развивается и, таким образом, часть его обязательств выполняется генеральным франшизиатом. Наличие этого большего объема обязательств генерального франшизиата накладывает свой отпечаток на прямые франчайзинговые соглашения, которые заключаются в рамках генерального договора на развитие.

Таким образом, различия между прямыми франчайзинговыми соглашениями, которые заключаются в рамках договора на развитие, или в рамках генерального договора на развитие, проявляются в следующем:

1) франчайзинговое соглашение на торговое предприятие, заключаемое между франшизиаром и генеральным франшизиатом отличается от обычного прямого франчайзингового договора объемом прав и обязанностей сторон: объем обязанностей генерального франшизиата больший, чем объем прав и обязанностей обычного франшизиата;

2) первоначальный франчайзинговый платеж и периодические франчайзинговые платежи, которые выплачиваются по прямому франчайзинговому соглашениею, заключенному в рамках генерального договора

[149] Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997.- P. IV.IV.38.

на развитие, меньше по размеру, чем выплачиваемые по договору на развитие региона. Причиной этого является меньший по объему комплекс услуг, предоставляемых франшизиаром и больший объем обязательств генерального франшизиата;

3) обязательство организовать курсы, на которых будет проходить обучение персонал франчайзинговых точек, возлагается на генерального франшизиата. Под персоналом франчайзинговых точек понимается как персонал генерального франшизиата, так и персонал суб-франшизиатов. То есть, на курсах, организованных франшизиаром проходят обучение менеджеры генерального франшизиата, которые со временем выступают преподавателями на курсах генерального франшизиата. По договору на развитие персонал франшизиата проходит обучение на курсах, организованных франшизиаром;

4) принимая во внимание, что заключая генеральные договоры на развитие, франшизиар не присутствует в стране генерального франшизиата, в его обязательства не входит согласование местонахождения каждой франчайзинговой точки, т.к. генеральный франшизиат определяет месторасположение помещений. Прямые франчайзинговые договоры, заключаемые в рамках договоров на развитие, предусматривают необходимость предварительного согласования местонахождения франчайзинговой точки с франшизиаром;

5) генеральный франшизиат самостоятельно оборудует избранное помещение, руководствуясь указаниями франшизиара. По договору развития, зачастую, франшизиар контролирует процесс оснащения помещений;

6) генеральному франшизиату предоставляется право самостоятельно проводить рекламную компанию, предварительно согласовав ее с франшизиаром. По договору на развитие разработчик платит определенное вознаграждение за рекламную компанию, которая вырабатывается и размещается франшизиаром непосредственно.

8.5. Генеральные франчайзинговые договоры

Как правило, по генеральному франчайзинговому договору генеральный франшизиат получает значительно большую территорию, чем разработчик.

Договоры генерального франчайзинга наиболее употребимы в международной экспансии франшизиара. Они предоставляют возможность последнему не поддерживать свое присутствие в чужой стране, обязывая генерального франшизиата выполнять функции франшизиара. Это преимущество является и самой большой опасностью для развития и функционирования франчайзинговой сети, ибо как раз на генерального франшизиата возлагается обязанность контролировать деятельность суб-франшизиатов, поддерживать единообразие франчайзинговой сети, предусматривать и исправлять недостатки деятельности суб-франшизиатов.

Обязанности генерального разработчика по генеральному договору разработки и генерального франшизиата по генеральному франчайзинговому договору схожи. Можно указать, что применение генерального франчайзингового договора является более широким, чем генерального договора на развитие.

8.6. Договоры комбинационного франчайзинга

Как отмечалось, комбинационный франчайзинг предусматривает эксплуатацию нескольких франшиз из одного помещения. Примером комбинационного франчайзинга является продажа напитков Кока-Колы в ресторанах быстрого питания МакДоналдс. Другим примером комбинационного франчайзинга могут быть специализированные магазины, в которых продаются товары различных производителей с одинаковыми потребительскими характеристиками таких товаров. Этот вид франчайзинга предоставляет как определенные преимущества (значительная экономия на затратах по аренде помещения и рекламе), так и несет в себе элементы, которые в дальнейшем могут привести к прекращению каждого из или всех вместе различных франчайзинговых договоров.

При работе в комбинационном франчайзинге предусматривается заключение договоров двух уровней: договоров между франшизиарами, как договоров первого уровня, и договоров между франшизиарами и франшизиатами, как договоров второго уровня.

Договор, заключаемый между франшизиарами, представляет собой соглашение, которому каждый из франшизиаров, по меньшей мере, обязывается:

1) координировать свою деятельность по дальнейшему сбыту, продвижению и рекламе своей франшизы с другими франшизиарами;

2) предоставлять другим франшизиарам помощь в рамках координации сбыта, продвижения и рекламы их франшиз;

3) принимать участие в финансировании затрат по производству общей рекламы различных франшиз;

4) аренде и содержании арендованных помещений для дальнейшей эксплуатации франшиз;

5) использованию и найму персонала, используемому совместно в арендованных помещениях;

6) наложить на себя ограничения в определенных действиях, если такие действия могут препятствовать дальнейшему общему функционированию различных франшиз сторон.

На основе указанного договора заключаются договоры с франшизиатами. Такие договоры могут совершаться как в форме отдельных документов каждым франшизиаром со своим франшизиатом, так и единым документом, в котором на стороне управомочной стороны выступают все франшизиары, а на стороне обязанной - все франшизиаты. В случае заключения такого единого многостороннего договора, он будет представлять собой рамочное соглашение, в рамках которого будут заключены отдельные договоры по эксплуатации конретных франшиз.

Употребление комбинационного франчайзинга не является распространенным так, как он требует комплексного решения большого количества различных аспектов (возможность сосуществование различных торговых марок, возможное нарушение конфиденциальной информации, проблемы общей эксплуатации помещений и общей рекламы, проблемы восприятия потребителем различных торговых марок в новом виде и тому подобное).

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

9. ВИДЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ПЛАТЕЖЕЙ

Франчайзинговые правоотношения относятся к числу оплатных, то есть за пользование определенным объектом интеллектуальной собственности обязанное лицо выплачивает управомоченому лицу определенное вознаграждение.

Объект франчайзинговых правоотношений и само содержание этих правоотношений привели к распределению франчайзинговых платежей на виды:

- первоначальный, который иногда называется вступительным, паушальным, фиксированным;
- периодические за пользование объектами интеллектуальной собственности;
- за услуги, которые предоставляются;
- за инвентарь, который поставляется франшизиаром;
- за рекламу.

Таким образом, можно сказать, что франчайзинговые платежи состоят из чисто франчайзинговых, к которым относятся первоначальный и периодические платежи, и договорных.

К правовым основаниям возникновения и дальнейшего использования первоначального платежа можно отнести:

1) субъективное право франшизиара получать материальное благо в виде вознаграждения за созданное им нематериальне благо - деловую репутацию, зонтиком которой он соглашается покрыть франшизиата;

2) субъективная обязанность франшизиата оплатить франшизиару те нематериальные блага, к которым разрешено присоединиться.

Первоначальный платеж составляет определенную, обусловленную во франчайзинговом договоре твердую сумму.

В некоторых странах законодатель устанавливает минимальный размер первоначального платежа, в случае уплаты которого правоотношения сторон будут классифицироваться как франчайзинговые. Это, прежде всего, касается штатов США, где размер минимального первоначального платежа составляет 500 долларов США. В

случае уплаты меньшего по размеру платежа, правоотношения сторон будут классифицироваться как дистрибьюторские, а не франчайзинговые.

Другие страны, регулирующие франчайзинговые правоотношения, не устанавливают количественных ограничений на первоначальный франчайзинговый платеж.

Периодические франчайзинговые платежи могут быть нескольких видов:

- Ежегодного минимального гарантированного платежа: франшизиат обязан уплатить ежегодный минимальный гарантированный платеж в случае недостижения при уплате других франчайзинговых платежей определенной, определенной в договоре суммы. Определяя момент наступления обязательства франшизиата по уплате минимального гарантированного платежа стороны могут договориться, что он выплачивается в конце определенного периода (месяца, квартала, года) после уплаты других видов платежей в случае недостижения обусловленной суммы, а могут договориться об уплате этого вида платежа авансом, то есть в начале обусловленного сторонами периода;
- Роялти, которое представляет собой определенный процент от прибыли или дохода франшизиата. Роялти может быть поштучным, то есть определенный фиксированный платеж за каждую проданную единицу продукции. При избрании выплаты поштучного роялти, стороны могут договориться о возможности уменьшения такого платежа по мере возрастания общего объема продаж. Избрание такого метода калькуляции франчайзингового вознаграждения стимулирует франшизиата к увеличению объемов продаж. При избрании сторонами договора метода уплаты поштучного роялти целесообразно определиться обязан ли будет франшизиат платить поштучное роялти за обновление, восстановление или замену проданных товаров. Согласование этого вопроса иногда зависит от того будет ли получать франшизиат плату за такое обновление, восстановление или замену. Очевидно, что при гарантийном обновлении, восстановлении или замене франшизиат не будет получать какой-либо компенсации за обновление, восстановление или замену товаров, поэтому он не будет обязан платить поштучное роялти. При получении ж ефраншизиатом компенсации за обновление, восстановление или замену товаров, поштучное роялти подлежит уплате.

Проект ГК Украины в качестве видов франчайзинговых платежей перечисляет:

- Разовые платежи,
- Периодические платежи;
- Отчисления от выручки;
- Наценка на оптовую цену товаров.

Автор считает неправомерным определять в качества видов франчайзинговых платежей отчисления от выручки и наценку на оптовую цену товаров, так как эти виды платежей являются периодическими и представляют собой определение базы начисление платежа.

Договорные платежи (за услуги, за инвентарь, за рекламу) выплачиваются франшизиатом в соответствии с условиями франчайзингового договора или условиями соответствующих специальных договоров, являющихся составной частью франчайзингового договора.

10. ПРЕКРАЩЕНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГОВОГО ДОГОВОРА

Прекращение франчайзингового договора, как и любого другого договора, может происходить:

1) в связи с выполнением договора, выполненного надлежащим образом;
2) соглашением сторон;
3) объединением должника и кредитора в одном лице;
4) невозможностью выполнения;
5) ликвидацией юридического лица.

Рассмотрим каждое из указанных оснований для прекращения франчайзингового договора и последствия такого прекращения для каждой из сторон.

Выполнение франчайзингового договора надлежащим образом обеспечивает выполнение цели, которую поставили перед собой франшизиар и франшизиат. Вследствие такого выполнения франшизиар и франшизиат могут решить прекратить франчайзинговый договор или продолжить его на новый срок.

В случае продолжения франчайзингового договора стороны должны обусловить условия продолжения договора. Условия продолжения франчайзингового договора могут содержаться в заключенном договоре. При отсутствии таких условий стороны вправе их согласовать. В юрисдикциях, имеющих нормы об опубликовании информации о франшизе, предусматривается, что условия продления франчайзингового договора должны быть известными франшизиату до момента заключения договора.

Проект ГК Украины ограничивает свободу сторон по условиям заключения нового франчайзингового договора “не менее благоприятными для франшизиата, чем условия договора, который прекратил свое действие”. Таким образом, например, франшизиар не сможет заключить новый франчайзинговый договор, который предусматривал бы больший размер франчайзингового вознаграждения, чем тот, что был согласован ранее. Или в случае усиления конкуренции, франшизиар не сможет выдвигать более жесткие требования, например, к персоналу франшизиата, так как это может рассматриваться франшизиатом или органом, регистрирующим франчайзинговый договор, как установление менее благоприятных для франшизиата условий.

Отказ франшизиара от продолжения франчайзингового договора с франшизиатом, согласно проекта ГК, будет иметь последствием для франшизиара запрет заключения аналогичного франчайзингового договора с другими франшизиатами, если действие таких новых франчайзинговых договоров будет распространяться на ту же территорию, на которой имел действие прекращенный договор. Безусловно, такое формулирование запрета ставит вопрос относительно определения "аналогичного франчайзингового договора". Имеется ли в виду абсолютно одинаковый договор с похожими положениями? Если так, то достаточно вычеркнуть какие-нибудь положения, или прибавить несколько новых, изменить размер франчайзингового вознаграждения и новый договор не будет аналогичным к предыдущему. В случае такого трактования понятия “аналогичный договор” франшизиар сможет заключать новые франчайзинговые договоры с действием на той же территории, что и ранее, не нарушая указанной нормы кодекса. В Таком случае встает вопрос, кто будет решать, является ли новый заключенный франчайзинговый договор аналогичным предыдущему.

Заключение франчайзингового договора, согласно проекта ГК Украины, подлежит регистрации в органах регистрации предпринимателей. Должен ли франшизиар

сообщить органу, что франчайзинговый договор, который подается на регистрацию, заключен после прекращения предыдущего франчайзингового договора с другим франишзиатом? Должен ли франшизиар сообщать “старому” франшизиату о заключении нового договора с другим франшизиатом? Так, например, согласно законодательства Индонезии франшизиар может заключить новый франчайзинговый договор и подать его на регистрацию в случае представления письменного подтверждения “старого” франшизиата об отсутствии претензий к франшизиару. Принимая во внимание отсутствие понятия “аналогичный договор” в проекте ГК Украины, регистрирующий орган может трактовать любые франчайзинговые договоры, заключаемые определенным франшизиаром, как аналогичные, если в основу определения понятия “аналогичный” положить определение предмета договора: любой франчайзинговый договор франшизиара касается продажи его товаров под его торговой маркой и по его маркетинговому плану, системе или ноу-хау. Таким образом, даже заключив договор с новыми положениями, франшизиар не избежит возможности подведения нового договора под понятие “аналогичного старому франчайзинговому договору”. Указанное может привести, по мнению автора, к ситуации, когда для регистрации франчайзингового договора франшизиару придется обращаться в суд с иском о понуждении регистрационного органа осуществить регистрацию договора. В таком случае суд будет определять рассматривать новый договор как аналогичный старому или как новый отличный договор.

Другим основанием прекращения франчайзингового договора является соглашение сторон.

Прекращение обязательства соглашением сторон может иметь место в случае досрочного прекращения, новации, а также замене одной из сторон франчайзингового договора.

Согласно проекта ГК Украины досрочное прекращение возможно в случае уведомления, сделанного не менее, чем за 6 месяцев, прекращающей договор стороной. Срок, предусмотренный проектом, является диспозитивным, то есть стороны франчайзингового договора вправе обусловить иной более продолжительный срок.

В случае отсутствия законодательных норм относительно предварительного уведомления о досрочном прекращении франчайзингового договора и возникновения споров, связанных с этим между сторонами франчайзингового договора, суд может руководствоваться сроком действия франчайзингового договора и основаниями

досрочного прекращения. Так в деле, Paperlight Ltd v Swinton Group Ltd[150], которое рассматривалось Отделением Бенч Высшего суда Англии в августе 1998 года, было решено, что франшизиар обязан прислать сообщение о прекращении франчайзингового договора за 10 лет до момента прекращения, в случае заключения франчайзингового договора на новый срок, и за 5 лет для тех франчайзинговых договоров, которые были заключенные на определенный, еще не истекший, срок.

В случае досрочного согласованного сторонами прекращения франчайзингового договора, стороны оговаривают механизм возвращения франшизиатом франшизиару объектов интеллектуальной собственности, а также дальнейшую судьбу товаров, которые продавались через франчайзинговое предприятие. Проект ГК Украины вносит новеллу относительно возможности, в случае досрочного прекращения договора, требовать от стороны, инициирующей досрочное прекращение, уплаты отступного. Если инициатором досрочного прекращения выступает франшизиар и эта инициатива не вызвана нарушениями со стороны франшизиата, возможность получения отступного будет определенной компенсацией последнему за неполученную прибыль.

Досрочное прекращение генеральных договоров развития и генеральных франчайзинговых договоров по инициативе франшизиара может иметь ряд правовых проблем. Франшизиар является стороной генерального договора развития или генерального франчайзингового договора. Он не является стороной заключенных в последующем генеральным франшизиатом прямых франчайзинговых договоров. Таким образом, в случае отказа генерального франшизиата прекратить франчайзинговые договоры, франшизиар не имеет правовых механизмов их прекращения. Является ли основанием для прекращения прямых франчайзинговых договоров прекращение договора на развитие или генерального франчайзингового договора? Судебная практика зарубежных стран не дает однозначного ответа на этот вопрос. Для избежания необходимости обращения в суд при заключении генеральных франчайзинговых договоров и генеральных договоров на развитие франшизиар предусматривает обязанность франшизиата прекратить прямые франчайзинговые договоры в случае прекращения генерального франчайзингового договора или

[150] Overview of Franchising in United Kingdom. July 2000. http://www.internationalalwoffice.com

генерального договора на развитие, в рамках которых указанные договоры заключались.

Франчайзинговый договор может быть прекращен новацией. Такой новацией для франчайзингового договора может быть установление лицензионных, дистрибьюторских или из купли-продажи правоотношений вместо существовавших франчайзинговых. Инициатором новации, как правило, является франшизиар.

Прекращение франчайзингового договора в связи с заменой одной из сторон франчайзингового договора имеет определенные особенности. По франчайзинговому договору франшизиар является управомочной стороной, а франшизиар обязанной. Замена франшизиара в договоре не требует согласия на это франшизиата, в то время как франшизиат может быть заменен другим лицом лишь при наличии на это согласия франшизиара.

Прекращение франчайзингового договора путем объединения кредитора и должника в одном лице возможно в случае приобретения франшизиаром всего имущественного комплекса, принадлежащего франшизиату, или приобретение франшизиатом объектов интеллектуальной собственности и ноу-хау франшизиара. Надо указать, что первый способ объединения более распространен, чем второй.

Любой договор, включая франчайзинговый, может быть прекращен в связи с невозможностью исполнения. Такая невозможность исполнения может быть вызвана несколькими причинами:

1) потерей прав франшизиара на торговый знак по независимым от него причинам. Например, преобразование зарегистрированной торговой марки в общеупотребительное наименование определенного вида товаров. Примером такого преобразования является наименования некоторых видов напитков (шампанское, коньяк), видов транспортных средств (джип), видов оборудования (ксерокс и ксерокопии);

2) преобразование ноу-хау франшизиара по независимым от него причинам в общеизвестную информацию. Согласно определению ноу-хау в законодательстве ЕС, ноу-хау состоит из элементов, являющихся общеизвестными. Уникальность объединения и использования общеизвестных элементов составляет основу ноу-хау. Другая сторона, добросовестно приобретшая ноу-хау (например, самостоятельная разработка схожего ноу-хау), имеет право использовать его наряду с франшизиаром. Как и в законодательстве

ЕС, в проекте ГК Украины предусмотрено, что добросовестный приобретатель нераскрытой информации является ее собственником и вправе ее использовать без ограничений;

3) законодательным запретом продавать товары или предоставлять услуги, которые сбываются согласно маркетинговому плану, ноу-хау или системы франшизиара.

Другим общим основанием прекращения любого договора, включая франчайзинговый, является ликвидация любой стороны договора.

В проекте ГК Украины в дополнение к общим основаниям прекращения договоров определяются две основания досрочного прекращения договора: объявление неплатежеспособным и объявление банкротом. Автор не может согласиться, что в случае объявления франшизиара или франшизиата неплатоспороможним, франчайзинговый договор должен прекращаться. Автор обосновывает свою мысль нормами специального законодательства.

Вопрос признания неплатежеспособным или банкротом регулируется в Украине Законом “О восстановлении платежеспособности должника или признание его банкротом”[151] .

Во-первых, указанный закон не предусматривает процедуры объявления неплатоспорможним. Согласно к определению, предоставленного законом, “неплатежеспособность - неспроможність субъект предпринимательской деятельности выполнить после наступления установленного срока их уплаты денежные обязательства перед кредиторами...если бесспорные требования кредитора сукупно составляют не меньше трехсот минимальных размеров заработной платы (то есть 32 400 гривнів), которые не были удовлетворенные ... на протяжении трех месяцев после установленного для их погашения срока”. Таким образом, сам кредитор определяет наличие или отсутствие факта неплатежеспособности должника.

В случае выявления неплатежеспособности франшизиата самым франшизиаром, последний может или рассрочить выполнения денежного обязательства франшизиата, или уменьшить его, если такая неспроможність вызвана завишеними или отягощающими для франшизиата обязательствами.

[151] ВВР. – 1999. - № 42-43. – ст.378 с последующими изменениями и дополнениями.

Франшизиат, который выявил свою неплатежеспособность, может: обратиться в франшизиара с предложением о снижении денежных обязательств, если он несостоятельн выполнять свои обязательства в связи с невозможностью получать доходы из эксплуатации франшизы, которые бы дали ему возможность платить обусловленную договором сумму; обратиться в франшизиара с предложением о уступлення своих обязательств по франчайзинговим договору третьему лицу; обратиться в франшизиара с предложением о приобретении франчайзингового предприятия.

То есть стороны франчайзингового договора, по мнению автора, упражнению самостоятельно решать его судьбу и не требуют установления императивных предписаний относительно автоматического прекращения договора в случае неплатежеспособности одной из сторон.

Во-вторых, наличие факта неплатежеспособности одной из сторон франчайзинговго договора есть основанием для нарушения дела о банкротстве, о что объявляется в соответствующих печатанных органах. В походке нарушения дела о банкротстве на первом этапе назначается распорядитель имущества. Полномочие распорядителя имущества не включают его права вмешиваться в оперативно-хозяйственную деятельность должника. Факт назначения распорядителя имущества не является основанием для прекращения полномочий руководителя или органа управление имуществом. Таким образом, наличие неплатежеспособности должника и факт нарушение дела о банкротстве не влияют на текущую оперативно-хозяйственную деятельность должника и, соответственно, на его возможность выполнять свои обязательства по франчайзинговим договору. Таким образом, неплатежеспособность франшизиара или франшизиата, с точки зрения авторки, не является основанием для автоматического досрочного прекращения франчайзингового договора, как это предусмотрен проектом ГК Украины.

Следствием работы распорядителя имущества есть выявление всех кредиторов должника, которые могут принять решение о санации должника, заключение с ним мирового соглашения с відсрочкою и (или) розсрочкою обязательства, а также прощение (списание) долгов, или признание должника банкротом и открытие ликвидационной процедуры. Рассмотрим кожен с возможных к применению институтов.

Институт санации должника с целью восстановления его платежеспособности может предусматривать продажу его имущества как целостного имущественного комплекса. При продаже имущества отчуждаются “все его виды, предназначенные для осуществления предпринимательской деятельности, в том числе помещения, сооружения, оснащение, инвентарь, сырье, продукция, права требования, права на знаки (обозначение), что индивидуализируют должника, его продукцию (роботы, услуги) (фирменное наименование, знаки для товаров и услуг), другие права, которое принадлежат должнику”. Если должником есть франшизиар, продажа его имущества, как целостного имущественного комплекса, вобщем, не может отрицательно повлиять на функционирование франчайзинговой сети в целом и выполнение франчайзингового договора, вчастности, в особенности и тех стадиях, когда франшизиат овладел секретами эксплуатации франшизы. Опосредствованно это подтверждается и самым проектом ГК Украхїни относительно перехода права на фирменное наименование к другому лицу как отсутствие основания для досрочного прекращения франчайзингового договора.

В случае санации франшизиата, как должника, франшизиар может выступить его санатором. Также существует возможность продажи имущества франшизиата как целостного имущественного комплекса третьему лицу, что, таким образом, становится правопреемником обязательств франшизиата в франчайзинговому договоре, предусматривает необходимость как получения согласия франшизиара на такую продажу, так и его согласие на передачу новому лицу конфиденциальной информации. В случае отказа франшизиара дать согласие на вступлення нового лица в франчайзинговый договор, франчайзинговый договор досрочно припининяється.

Невозможность заключения мирового соглашения или санации должника призводить к факту признания должника банкротом и открытие ликвидационной процедуры. Ликвидация юридического лица по общему правилу имеет следствием прекращения обязательство.

Автор считает, что применение дополнительных норм относительно прекращения франчайзингового договора должно иметь основания. Да, например, итальянский закон о бункрутство[152] перечисляет виды договоров, которые автоматически прекращаются в случае признания банкротом любой из сторон. К таким

[152] Bancruptcy Law of March 16, 1942, Law No. 267/1942. http://www.internationalalwoffice.com

договорам закон относит агентские и банковские договора, которые характеризуются наличием “правоотношений личного характера” (intuitus personae). Принимая к вниманию, что закон был принятый в 1942 году, судебная практика пошла путем, за что признание банкротом любой стороны договора, что носит личный характер, имеет следствием прекращения настоящего договора.

Ни действующее законодательство Украины (ГК Украины, закон Украины “О восстановлении платежеспособности должника или признание его банкротом”), ни проект ГК Украины не предусматривают, что договора, которые имеют личный характер, прекращаются в случае признания любой стороны банкротом.

Глава 4. Международный франчайзинг

Франшизиар, открывший максимальное количество франчайзинговых предприятий в своей стране, рано или поздно оказывается перед необходимостью или желанием развития своей франчайзинговой сети в других странах, т.е. перед необходимостью использования международного франчайзинга. Можно выделить три способа, которые могут использоваться франшизиаром, при принятии решения построения международной франчайзинговой сети:

(1) прямой франчайзинг, позволяющий франшизиару установить прямые франчайзинговые отношения с франшизиатом. Установление таких прямых франчайзинговых отношений возможно в следующих трех формах:

(i) заключение франчайзингового договора на эксплуатацию франшизы из одного помещения с франшизиатом, зарегистрированным и работающим в стране, в которую предполагается международная экспансия;

(ii) учреждение представительства или дочернего предприятия в стране, в которой предполагается открытие новых франчайзинговых предприятий и последующее заключение франчайзинговых договоров через представительство или дочернее предприятие;

(iii) заключение договоров развития территории с разработчиком, зарегистрированным и работающим в стране, в которую предполагается международная экспансия;

(2) учреждение совместного предприятия с местным партнером с последующей целью заключить с таким совместным предприятием договор развития территории или генеральный франчайзинговый договор с тем, чтобы это совместное предприятие, являющееся генеральным франшизиатом, заключало франчайзинговые договоры с местными франшизиатами;

3) заключение генерального франчайзингового договора с генеральным франшизиатом, который в последующем будет заключать суб-франчайзинговые договоры с франшизиатами.

Каждый из указанных способов имеет свои достоинства и недостатки и, принимая решение, какой из этих способов использовать, франшизиар, как правило, исследует свои возможности, а также оценивает некоторые факторы, влияющие на принятие франшизиаром решения о выборе способа международной экспансии. К таким основным факторам и обстоятельствам можно отнести следующие:

1) человеческий фактор – наличие или отсутствие квалифицированных менеджеров, которые могли бы быть использованы в стране, в которую предполагается международная экспансия, является одним из важнейших факторов при принятии решения о выборе способа экспансии. Зачастую франшизиар не обладает достаточным количеством менеджеров, которые могли бы достаточно длительное время работать в стране открытия новых франчайзинговых предприятий. В зависимости от количества менеджеров и сроков их работы в новой стране франшизиар может приять решение о заключении того или иного вида франчайзингового договора, открытии представительства, или дочернего или совместного предприятия. При международной экспансии франшизиар, как правило, сталкивается с необходимостью найма местных менеджеров, знакомых с требованиями местного законодательства, традиций и вкусов конечного потребителя. Такие местные менеджеры проходят специальные курсы обучения системе франшизиара и в последующем используются как преподаватели для обучения местного персонала;

2) финансовый фактор – международная экспансия требует от франшизиара значительных денежных инвестицией. Эти инвестиции связаны не только с необходимостью некоторой адаптации франчайзинговой системы к требованиям местного законодательства, но и с процессом, связанным с ведением переговоров по заключению франчайзингового договора, или открытию представительства или учреждению предприятия;

3) количество потенциальных франшизиатов, которые могли бы исполнять функции генерального франшизиата или разработчика – наличие в стране экспансии предпринимателя, имеющего опыт ведения предпринимательской деятельности, обладающего финансовыми и человеческими ресурсами, определяет способ международной экспансии франшизиара. Если в стране

существует потенциальный генеральный франшизиат или разработчик, отвечающий объективным критериям, предъявляемым франшизиаром, то, безусловно, последний будет склонен заключить генеральное франчайзинговое соглашение или договор развития территории, нежели открывать в стране свое представительство или предприятие. Наличие потенциального генерального франшизиата или разработчика дает возможность франшизару не только не вкладывать значительные инвестиции в развиваемую международную сеть, но и значительно ускорить экспансию в страну, т.к. местный предприниматель значительно лучше знаком с местными условиями предпринимательства;

4) географический фактор – зачастую географический фактор оказывает решающее значение на выбор франшизиаром способа международной экспансии. Если страна, в которую предполагается международная экспансия, находится географически недалеко от страны франшизиара или имеет с ней общую границу, то, как правило, франшизиар склоняется к заключению прямых франчайзинговых договоров. Если же страна, в которую предполагается международная экспансия, географически находится на достаточно удаленном расстоянии от страны франшизиара, то, как правило, франшизиар склоняется либо к заключению генерального франчайзингового договора или договора развития, или открытию дочернего или совместного предприятия;

5) фактор отличий. Не секрет, что между различными странами существуют различия. Степень таких различий, совместно с другими факторами, оказывает влияние на выбор франшизиаром способов международной экспансии. Если страна франшизиара и целевая страна (страна, в которую предполагается экспансия) находятся на значительном расстоянии друг от друга, то, как правило, степень различий между странами будет существенной. К таким различиям относятся: различные языки, законы, традиции, пристрастия потребителя, условия ведения предпринимательской деятельности. Если страна франшизиара и целевая страна имеют общие границы, степень различий может быть меньшая, однако, такие различия все равно будут существовать.

Оценив указанные выше и иные факторы, в зависимости от каждой конкретной франшизы, франшизиар принимает решение о способе международной экспансии. На принятие решения оказывают влияние преимущества и недостатки каждого из способов экспансии.

Преимущества использования прямого франчайзинга при международной экспансии очевидны. Во-первых, франшизиар устанавливает прямые правоотношения с франшизиатом и имеет возможность прямого контроля за действиями франшизиата и собственно построением франчайзинговой сети в целевой стране. Ведь при любом ином способе международной экспансии между франшизиаром и франшизиатом оказывается третье лицо – генеральный франшизиат или разработчик, которые фактически и исполняют функцию франшизиара в целевой стране. Таким образом, при желании франшизиара повлиять на франшизиата, он должен в первую очередь влиять на генерального франшизиата, который в последующем влияет на франшизиата. Таким образом, франшизиар может влиять на франшизиата лишь опосредованно.

При прямом франчайзинге франшизиар полностью контролирует свои объекты интеллектуальной собственности (торговую марку, ноу-хау и т.п.) и при нарушении своих прав на эти объекты имеет возможность быстрого реагирования на нарушения и принятия быстрых и эффективных действий против нарушителя. При ином способе международной экспансии франшизиар полагается на генерального франшизата, который и должен пресекать нарушения интеллектуальной собственности франшизиара.

Прямой франчайзинг позволяет франшизиару извлечь в большей степени финансовые преимущества от использования франчайзинга, т.е. все перечисляемые франшизиатами роялти остаются в его распоряжении и ему не нужно делать никаких отчислений или получать роялти за минусом сделанных отчислений на генерального франшизиата.

При прямом франчайзинге франшизиар полностью контролирует проводимую рекламу франчайзинговой сети. При ином способе международной экспансии функции рекламирования и продвижения товаров и услуг через франчайзинговую сеть возлагаются на генерального франшзиата.

Прямой франчайзинг позволяет франшизиару использовать свой персонал и менеджеров для оказания соответствующих услуг франшизиатам. Персонал и менеджеры франшизиара хорошо знакомы с франчайзинговой системой, они быстрее реагируют и могут эффективнее предотвратить возникающие в местном франчайзинговом предприятии проблемы.

Использование действительно прямых франчайзинговых правоотношений между франшизаром и франшизиатом, т.е. заключение прямых договоров использования франшизы из одного предприятия, являются, с точки зрения отсутствия затрат, более эффективными, нежели открытие в целевой стране представительства или учреждение дочернего предприятия, т.к. содержание представительства и, на первых порах, дочернего предприятия будет требовать от франшизиара значительных денежных инвестиций.

Прямой франчайзинг имеет свои преимущества и для франшизиата: он получает из первых рук знания о функционировании системы франшизиара, обученческие курсы для персоналафраншизиата проводятся менеджерами франшизиара, которые знают франшизу, философию франчайзинговой сети и соответственно быстрее решают могущие возникнуть у франшизиата проблемы.

Несмотря на указанные преимущества, зачастую, сам франшизиат не доволен имеющимися прямыми франчайзинговыми правоотношениями:

1) первоначальный взнос и последующие роялти должны уплачиваться им в иностранной валюте. При этом при уплате роялти франшизиату необходимо уплатить налог на репатриацию. Нежелание ни одной из сторон франчайзингового договора нести расходы, связанные с налогом на репатриацию иногда является основанием для ведения длительных переговоров по этому поводу;

2) для уплаты роялти франшизиат должен закупать валюту по курсу, который, как правило, нестабилен;

3) если в стране франшизиара и стране фрншизиата используются различные языки, обученческие курсы проводятся с участием переводчиков. Беседа через переводчика не дает возможности непосредственного общения и персонал франшизиата может не получить адекватных ответов на задаваемые им вопросы.

Использование методов прямого франчайзинга в международной торговле, т.е. отсутствие «базы» франшизиара в целевой стране имеет свои недостатки и для франшизиара. Так, если франшизиар в своей стране перед заключением франчайзингового договора самостоятельно подыскивает место для будущего франчайзингового предприятия, оборудует его, а затем передает в аренду франшизиату, он может быть лишен возможности действовать по такой же схеме в

целевой стране. Если франшизиар хотел бы перед развитием своей франчайзинговой сети в целевой стране провести пилотный проект, в котором провести адаптацию своей франшизы к местным требованиям, запуск такого пилотного проекта может быть возможет только при учреждении франшизиаром в целевой стране своего дочернего предприятия.

Если по какой-то причине франчайзинговый договор досрочно прекращается, но франшизиар принял решение продолжать развивать франчайзинговую сеть в целевой стране, ему может понадобиться значительное время для поиска нового франшизиата, отвечающего всем необходимым требованиям.

Для устранения указанных недостатков прямого франчайзинга франшизару необходимо открыть представительство или учредить дочернее предприятие. Наличие местной «базы» даст возможность сторонам франчайзингового договора рассчитываться в местной валюте, отпадет необходимость уплаты налога на репатриацию, хотя возникнет необходимость уплаты налога на прибыль и других налогов, если будет учреждено дочернее предприятие, франшизиар получит возможность нанимать местный персонал, который пройдя соответствующее обучение сможет преподавать на обученческих курсах, проводить контрольные проверки и оказывать необходимую консультационную помощь франшизиату на его родном языке.

Одним из способов прямого франчайзинга является заключение франшизиаром договора развития территории, который предполагает, что разработчик будет владеть открываемыми франчайзинговыми предприятиями. При таком способе международной экспансии франшизиар получает практически все преимущества прямого франчайзинга, описанные выше: непосредственные отношения с франшизиатами, контроль за использованием его интеллектуальной собственности, единообразием франчайзинговой системы, отсутствие значительных материальных вложений со стороны франшизиара для развития франчайзинговой сети в целевой стране.

Одним из главных недостатков прямого франчайзинга через использование договора развития территории является потенциальная сложность в поиске разработчика, который владел бы необходимыми финансовыми ресурсами для развития территории, т.е. построения франчайзинговой сети, и при этом хотел бы работать под торговыми знаками франшизиара, придерживаться его системы ведения предпринимательской деятельности, быть полностью подконтрольным франшизиару и

исполняться его указания. Несоблюдение указаний франшизиара может привести к краху всей построенной разработчиком франчайзинговой сети, что, в случае если франшизиар заключил договор разработки территории всей страны с одним разработчиком, может в итоге сказаться негативно не только на деловой репутации франшизиара, но и на деятельности его сетей в других странах.

Владение разработчиком всеми предприятиями, создающими франчайзинговую сеть в целевой стране, может негативно сказаться на эффективности работы этих предприятий, т.к. управляющий каждым предприятием менее заинтересован в его эффективном функционировании, нежели собственник.

Открытие разработчиком каждого нового франчайзингового предприятия по графику будет требовать последующего заключения франчайзингового договора на эксплуатацию франшизы из этого предприятия – это значит, что франшизару придется отвлекать значительные ресурсы по администрированию этих многочисленных договоров по сравнению, скажем, с возможностью заключения генерального франчайзингового договора, когда все сложности администрирования многочисленных франчайзинговых договоров перекладываются на плечи генерального франшизиата.

При заключении франшизиаром генерального франчайзингового договора многие сложности по развитию и функционированию франчайзинговой сети в целевой стране перекладываются на плечи генерального франшизиата. Генеральный франшизиат должен иметь финансовые и людские резервы для эффективного развития франчайзинговой сети. Фактически, он исполняет обязанности франшизиара в целевой стране: проводит отбор потенциальных франшизиатов, помогает адаптировать франшизу к местным требованиям, производит отбор и утверждением место, потенциально пригодных для открытия там франчайзинговых предприятий, обучает специальных менеджеров, которые в последующем проводят обученческие курсы для персонала франшизиатов и т.п.

Работа франшизиара в целевой стране через генерального франшизиата ставит на первый план во взаимоотношениях франшизиара и генерального франшизиата наличие доверительных отношений. Лишь при наличии таких доверительных отношений франшизиар может заключать генеральный франчайзинговый договор. Как правило, франшизиар уверен в наличии таких доверительных отношений, если генеральным франшизиатом выступает его дочернее предприятие или совместное предприятие, созданное совместно с местным партнером и в котором франшизиар имеет, как

минимум, 51% уставного фонда. Таким образом, для наличия доверительных отношений франшизиар должен нести материальные вложения в целевой стране.

Приложение 1. Правила по регулированию торговли: Требования по раскрытию информации и запреты в отношении франчайзинга и предприятий предпринимательских возможностей[153]

Кодекс федеральных правил, титул 16, глава 1, подглава D,

часть 436 (16CFR436), обнародовано 21 декабря 1978 г., вступила в силу с 21 октября 1979 г. (дата вступления в силу перенесена с 21 июля 1979 г., федеральный реестр 31170, 31 мая 1979 г.)

Дополнительная информация:

Федеральная Торговая Комиссия, согласно Акта о Федеральной Торговой Комиссии, с внесенными изменениями, 5 USC 41 и следующие, и положения под части B, части I процедуры и практических правил Комиссии 16 CFR 1.11 и далее провела разбирательство для обнародования Правил по торговому регулированию в отношении Требований по раскрытию информации и запретам, касающимся франчайзинга и предприятий предпринимательских возможностей. Уведомление о разбирательствах, включая предлагаемые Правила, были опубликованы в Федеральном Реестре 11 ноября, 1971 г. (36 FR 21607). Заинтересованные стороны, таким образом, получили возможность участвовать в рассмотрении посредством подачи письменных данных, мнений и доводов, а также выразить своё мнение устно и предложить поправки, пересмотр и дополнения к предложенным правилам. Комиссия проводила публичные слушания по правилам с 14 февраля по 1 марта 1972 г.

Рассмотрев предложения, критические замечания, возражения и другую зарегистрированную информацию, 22 августа 1974 г. Комиссия опубликовала пересмотренные предлагаемые правила с уведомлением в Федеральном Реестре (39 FR 30360). Это уведомление расширило возможность для заинтересованных сторон представить данные, мнения или доводы по поводу пересмотренных правил. Было

[153] Неофициальный перевод документов, взятых из Сборника материалов, касающихся франчайзинга, подготовлены UNIDROIT (UNIDROIT 1994. Stady LXVIII-Doc. 8). International Franchising.

разрешено подавать письменные комментарии пересмотренных предлагаемых правил в течение 90 дней, с протоколом, открытым для комментариев до 20 ноября 1974 г.

Комиссия рассмотрела все факты, законы, политику направления, а также руководствуясь собственным усмотрением, включая данные, мнения и доводы, представленные в протоколе заинтересованными сторонами в ответ на уведомление о предлагаемом законотворчестве, как предписано законом, и определила, что обнародование Правил о торговом регулировании и их основных положений и целей находится в сфере публичного интереса.

Соответственно, настоящим Комиссия исправляет подглаву D Правил о регулировании торговли, глава I из 16 CFR, добавляя нижеследующую:

Раздел.

436.1. Правила.

436.2. Определения.

436.3. Отделимость.

Основание: Положения этой 436 части изданы в соответствии со Статутом 38 717, с внесенными изменениями, 15 USC параграфы 41 - 58.

#436.1. В связи с рекламой, предложением, лицензированием, контрактированием, продажей или другим стимулированием, влияющим на торговлю, в том смысле как понятие "торговля" определена в Акте о Федеральной Торговой Комиссии, франшизой или любым правоотношением, представляемым устно или письменно как франшиза, осуществление следующих действий считается несправедливым или мошенническим действием или практикой в пределах значения раздела 5 данного Акта для любого франшизиара или франчайз брокера:

(a) Не предоставление потенциальному франшизиату следующей информации, которая должна быть точной, ясной и четко выраженной в виде разборчиво написанного документа ранее "времени для осуществления раскрытия " или первой "личной встречи":

(1) (i)официальное наименование, адрес и главная сфера предпринимательской деятельности франшизиара, его материнской компании или холдинговой компании франшизиара (если таковая имеется);

(ii) наименование, под которым франшизиар ведет или намеревается вести предпринимательскую деятельность; и

(iii) торговые знаки, торговые наименования, знаки обслуживания, рекламирование и др. коммерческие символы (впоследствии собирательно упоминаемые как "знаки"), которые идентифицируют товары, продукты или услуги, предлагаемые, продаваемые или сбываемые потенциальным франшизиатом или под которыми потенциальный франшизиат будет работать.

(2) Индивидуально установленный предпринимательский опыт в течение 5 последних лет каждого из работающих в настоящее время директоров и должностных лиц (включая и, в дальнейшем подлежащих включению, главное исполнительное лицо и ответственных за текущую деятельность, финансовую, по сбыту франшиз, обучению и обслуживанию). Относительно каждого перечисленного лица необходимо указать основное занятие и работодателя.

(3) Предпринимательский опыт франшизиара и его материнской фирмы (если таковая есть), включая указание срока:

(i) ведения предпринимательской деятельности того вида, которую будет вести франшизиат;

(ii) предложения и продажи франшиз для такой предпринимательской деятельности;

(iii) ведения предпринимательской деятельности или продажи франшиз для такой предпринимательской деятельности (A) с работой под наименование и с использованием любого знака, указанного в пункте (a) (1) (iii), или (B) при продаже, предложении или сбыте товаров, продуктов или услуг, которые обозначены любым из знаков, указанных в пункте (a)(1)(iii); и (iv) предложения к продаже или продажу франшиз в других областях предпринимательской деятельности вместе с описанием таких других областей предпринимательской деятельности.

(4) Заявление с указанием кто (если есть) из лиц, перечисленных в пунктах (a) (2) и (a) (3) этого раздела,

(i) на протяжении предыдущих 7 финансовых лет был признан виновным в уголовном преступлении или заявлял "я не желаю оспаривать" уголовное преступление, если уголовное преступление подразумевало мошенничество (включая нарушение любого франчайзингового закона или закона о несправедливой или мошеннической практике), хищение, мошеннический обмен, присвоение собственности или ограничение торговли;

(ii) на протяжении предыдущих 7 финансовых лет был признан ответственным по гражданскому иску, окончившемуся судебным решением, или урегулировал вне суда гражданский иск или являлся стороной гражданского разбирательства:

(A) касающегося обвинений в мошенничестве (включая нарушения любого франчайзингового закона, или закона о несправедливой или мошеннической практике), хищения, мошеннического обмена, присвоения собственности или ограничения торговли или

(B) которое было начато нынешним или предыдущим франшизиатом или франшизиатами и которое затрагивает или затрагивало франчайзинговые правоотношения. При условии, однако, что только материальные индивидуальные гражданские иски должны быть перечислены в соответствии с пунктом (4)(ii), включая группу гражданских исков, которая независимо от материальности каждого отдельного такого иска, в целом является материальной;

(iii) подчинен любому действующему судебному запретному или ограничительному ордеру государственного или федерального агентства или суда, или является стороной рассматриваемого сейчас судебного разбирательства, в котором подобный ордер испрашивается, касающегося или влияющего на франчайзинговую деятельность или франчайзинговые правоотношения, или касающегося мошенничества (включая нарушения любого франчайзингового закона, или закона о несправедливой или мошеннической практике), хищения, мошеннического обмена, присвоения собственности или ограничения торговли.

Такое заявление указывает наименование и место нахождение суда или агентства; дату приговора, или решения; наложенный штраф, оцененные убытки, сроки оплаты и сроки ордера; и дата, характер и орган, принявший любой такой ордер или постановление. Франшизиар может включать общее мнение юридического консультанта по отношению к любой незаконченной тяжбе, но только если согласие юридического консультанта на использование такого мнения включено в заявление о раскрытии информации.

(5) Заявление с указанием кто (если есть) из лиц, перечисленных в пунктах (a)(2) и (a)(3) этого раздела в любое время на протяжении предыдущих 7 финансовых лет:

(i) регистрировал заявление о банкротстве;

(ii) был признан банкротом;

(ii) был реорганизован по причине несостоятельности;

(iv) был основателем, директором, главным помощником или партнером любого другого лица, зарегистрированного или признанного или реорганизованного в течение 1 года с момента, когда это лицо было принято на такую должность у другого такого лица. Если это так, наименование и местонахождение лица, зарегистрированного, признанного или реорганизованного с указанием даты такого факта, а также иных существенных фактов, относящихся к этому.

(6) Фактическое описание франшизы, предлагаемой к продаже франшизиаром.

(7) Список общих платежей, которые должны быть уплачены франшизиатом франшизиару или лицу, связанному с франшизиаром, или которые франшизиар или связанное лицо налагает или собирает в целом или частично от имени третьего лица, для получения права на ведение франчайзинговой деятельности, такие как первоначальный франчайзинговый платеж, депозиты, авансовые платежи, авансовая оплата аренды, покупка оборудования и инвентаря. Если все или часть этих платежей или депозитов могут быть возвращены при определенных условиях, эти условия должны быть изложены, а если возврат платежей не предполагается, это должно быть указано.

(8) Список периодических платежей, подлежащих уплате франшизиатом, в связи с ведением франчайзинговой предпринимательской деятельности франшизиару

или лицу, связанному с франшизиаром, или которые франшизиар или связанное лицо налагает или собирает в целом или частично от имени третьего лица, включая, но не ограничивая, роялти, аренду, рекламу, обучение и рентные платежи за пользование знаками, покупку оборудования или инвентаря.

(9) Список наименований всех лиц (включая франшизиара), с которыми франшизиату прямо или косвенно рекомендовано поддерживать предпринимательские правоотношения, если такие лица связаны с франшизиаром.

(10) Описание недвижимости, услуг, поставок, продукции, инвентаря, знаков, сопутствующих элементов или оборудования, касающегося учреждения или ведения франчайзинговой предпринимательской деятельности, которые франшизиар прямо или косвенно требует, чтобы франшизиат приобрел или арендовал, и если такая покупка или аренда осуществляется со специфическим лицом (включая франшизиара), список наименований и адресов каждого такого лица. Такой список может быть сделан в отдельном документе, направляемом потенциальному франшизиату с проспектом, если существование такого отдельного документа разъяснено в проспекте.

(11) Описание основания для расчетов и, если такая информация легко доступна, действительная сумма дохода или другой выплаты, которую должен получить франшизиар или лица, связанные с франшизиаром, от поставщиков до потенциального франшизиата в обмен на товары или услуги, которые франшизиар требует или рекомендует франшизиату получать у этих поставщиков.

(12) (i) Список всех существенных материальных условий финансового характера, предлагаемых прямо или косвенно франшизиаром или любым лицом, связанным с франшизиаром, потенциальному франшизиату; и

(ii) Описание условий, по которым платежи должны быть получены франшизиаром от (A) лица, предлагающего финансирование потенциальному франшизиату; и (B) лица, организовывающего финансирование для потенциального франшизиата.

(13) Описание других существенных фактов, в соответствии с условиями франчайзинговых соглашений или иных документов или практики:

(i) ограничивается ли франшизиат в товарах и услугах, которые он или она могут предлагать к продаже;

(ii) ограничивается ли франшизиат в потребителях, которым он или она могут продавать товары или услуги;

(iii) ограничивается ли франшизиат в географической области, в которой он или она могут предлагать к продаже или продавать товары или услуги;

(iv) предоставляется ли франшизиату франшизиаром территориальная защита, в соответствии с которой, в отношении территории или области (A) франшизиар не будет открывать других или не более определенного фиксированного количества франчайзинговых или владеемых им торговых точек, работающих под, или продающих, предлагающих либо сбывающих товары, продукты или услуги, идентифицированные торговым знаком, указанным в пункте (a)(1)(iii) этого раздела; или (B) франшизиар или его материнская компания не будут открывать другие франчайзинговые или владеемые ими торговые точки, продающие или сдающие в аренду те же или подобные продукты или услуги под другим торговым наименованием, торговым знаком, знаком на услуги, рекламой или другими коммерческими символами.

(14) Описание степени личного участия в непосредственном управлении франшизы, которое франшизиар требует от франшизиата (или, если франшизиат - корпорация, любое лицо, связанное с франшизиатом).

(15) Раскрытие в отношении франчайзинговых соглашений и иных связанных соглашений:

(i) срока (т.е. длительности приготовлений), если таковой есть, такого соглашения и, влияет ли или может повлиять другое соглашение на такой срок (включая аренду или субаренду);

(ii) условия, при которых франчайзинговое соглашение может быть возобновлено или продлено;

(iii) условия, при которых франшизиар может отказаться возобновить или продлить франчайзинговое соглашение;

(iv) условия, при которых франшизиат может прекратить франчайзинговое соглашение;

(v) условия, при которых франшизиар может прекратить франчайзинговое соглашение;

(vi) обязательства (включая арендные или субарендные обязательства) франшизиата после прекращения франчайзингового соглашения франшизиаром, и обязательства франшизиата (включая арендные и субарендные обязательства) после прекращения франчайзингового соглашения франшизиатом и после окончания срока действия франчайзингового соглашения;

(vii) выгода франшизиата по прекращении франчайзингового соглашения или от отказа возобновить или продлить франчайзинговое соглашение, независимо от того сделано это франшизиаром, либо франшизиатом;

(viii) условия, при которых франшизиар может выкупить обратно [франшизу] либо по праву первого отказа или по выбору франшизиара (и если франшизиар имеет право выбора при выкупе франшизы будет ли произведена независимая оценка франшизы, будет ли выкупная цена определяться заранее определенной формулой и будет ли признаваться гудвил и другие нематериальные активы, связанные с гудвилом, в покупной цене, уплачиваемой франшизиату);

(ix) условия, при которых франшизиат может продать или переуступить все или часть прав во франшизе, или в активы франчайзингового предприятия;

(x) условия, при которых франшизиар может продать или переуступить, в целом или частично, свою прибыль по таким соглашениям;

(xi) условия, при которых франшизиат может вносить изменения во франчайзинговые соглашения;

(xii) условия, при которых франшизиар может вносить изменения во франчайзинговые соглашения;

(xiii) права наследников франшизиата или личного представителя в случае смерти или недееспособности франшизиата; и

(xiv) положения соглашения не конкурировать.

(16) Информация, раскрывающая данные о франшизиаре и предлагаемом бизнесе:

(i) Общее количество франшиз, действующих на конец предшествующего финансового года;

(ii) Общее количество собственных торговых точек, действующих на конец предшествующего финансового года;

(iii) наименования, адреса и телефонные номера (A) 10 франчайзинговых торговых точек одноименного франчайзингового бизнеса ближайших к предполагаемому мест нахождения будущего франшизиата; или (B) все франшизиаты франшизиара, или (C) все франшизиаты франшизиара в Штате, в котором будущий франшизиат живет или в котором будущая франшиза должна находиться. *При условии, однако*, существования более 10 таких франшизиатов. Если количество франшизиатов, данные о которых подлежат раскрытию в соответствии с подпунктами (B) или (C) превышает 50, такой список может быть выделен в отдельный документ, направляемый будущему франшизиату с проспектом, если существование такого отдельного документа разъяснено в проспекте;

(iv) Количество франшиз добровольно прекращенных или не возобновленных самими франшизиатами в течение или по окончании срока франчайзингового соглашения в течение предыдущего финансового года;

(v) Количество франшиз, вновь приобретенных франшизиаром в течение срока действия франчайзингового соглашения и по завершении срока действия франчайзингового соглашения, в течение предыдущего финансового года;

(vi) Количество франшиз, вновь приобретенных франшизиаром иным способом, в течении срока действия франчайзингового соглашения и по окончании срока действия франчайзингового соглашения, в течение предыдущего финансового года;

(vii) Количество франшиз, по которым франшизиар отказался возобновить франчайзинговые соглашения или другие соглашения, относящиеся к франшизе, в течение предыдущего финансового года;

(viii) Количество франшиз, которые были прекращены франшизиаром в течение срока действия франчайзингового соглашения и по завершении действия франчайзингового соглашения, в течение предыдущего финансового года.

В отношении информации, подлежащей раскрытию в соответствии с подпунктами (a)(16)(v), (vi), (vii) и (viii) этой части, эта информация также должна

включать общую классификацию причин выкупа, отказа возобновить или прекращения, а также число случаев, относящихся к каждой категории, включая, но не ограничиваясь следующим: неисполнение стандартов качества, не достижение количества достаточных продаж и другие нарушения контракта.

(17)(i) Если выбор местонахождения торговой точки или одобрение такого местонахождения франшизиаром предусмотрены франчайзинговыми правоотношениями, информация, описывающая период времени, который прошел между подписанием франчайзингового соглашения или других соглашений, имеющих отношение к франшизе, и выбором местонахождения для соглашений, заключенных в течение предыдущего финансового года; и

(ii) Если работающие франчайзинговые торговые точки должны быть предоставлены франшизиаром, информация, раскрывающая период времени, прошедший между подписанием франчайзингового соглашения или других соглашений, имеющих отношение к франшизе, и началом франчайзинговой деятельности, для соглашений, заключенных в предыдущем финансовом году.

В отношении информации, подлежащей разглашению в соответствии с подпунктами (a) (17) (i) и (ii) этого раздела, франшизиар может также по своему выбору предоставить сбытовую диаграмму, используя значимую классификацию в отношении таких временных периодов.

(18) Если франшизиар предлагает начальную учебную программу или уведомляет будущего франшизиата, что он намеревается обеспечить его начальным обучением, информацию, раскрывающую:

(i) тип и сущность такого обучения;

(ii) минимальное количество времени (если это предусмотрено) обучения, которое будет предоставлено франшизиату; и

(iii) стоимость (если предусмотрено), которую франшизиат должен оплатить за предоставленное обучение, или для получения такого обучения.

(19) Если имя публичного лица использовано в связи с рекомендацией купить франшизу, или как часть наименования франчайзинговой операции, или если

указывается, что публичное лицо вовлечено в управление предприятием франшизиара, информация, раскрывающая:

(i) Сущность и пределы вовлечения публичного лица и его обязательства перед франшизиаром, включая, но не ограничиваясь помощью в продвижении, которые публичное лицо предоставит франшизиару и франшизиату;

(ii) Общие инвестиции публичного лица в франчайзинговую операцию; и

(iii) Сумма взноса или взносов, которую франшизиат будет обязан заплатить за такое вовлечение или помощь, предоставляемую публичным лицом.

(20)(i) Бухгалтерский баланс (финансовый отчет) франшизиара за последний финансовый год и отчет по прибыли (отчет результатов операций), а также список изменений в финансовом положении франшизиара за 3 последних финансовых года. Такие балансы и отчеты должны быть изучены в соответствии с общепринятыми аудиторскими стандартами независимым лицензированным или дипломированным бухгалтером [аудитором]. *При условии, однако,* что если франшизиар является дочерним предприятием другой корпорации, которой разрешено готовить финансовые отчеты в соответствии с общепринятыми бухгалтерскими принципами на консолидированной или комбинированной отчетной основе, вышеизложенная информация может быть представлена для материнской компании, если (A) соответствующие неаудированные финансовые отчеты франшизиара также прилагаются, и (B) материнская компания абсолютно и беспрекословно гарантирует все обязательства своего дочернего предприятия;

(ii) Неаудированные отчеты могут быть использованы только в тех аспектах, которые не освещены аудированными отчетами и при условии, что такие отчеты сопровождаются четким и недвусмысленным разъяснением, что они неаудированы. Отчеты нужно готовить на аудированной основе насколько это возможно практически, но, как минимум, финансовые отчеты за первый полный финансовый год, следующий за датой, на которую франшизиар должен исполнить эту часть, должны содержать балансовую ведомость-заключение, подготовленное независимым дипломированным или лицензированным публичным бухгалтером, финансовые отчеты за последующий финансовый год должны быть полностью аудированы.

(21) Вся информация, упомянутая выше в подпунктах (a)(1) - (20) этого раздела должна, содержаться в едином документе, раскрывающем информацию, или проспекте, которые не должны содержать других материалов или информации, за исключение требуемых этой частью или законом Штата, над которым эта часть не имеет преимущественной силы. Франшизиарам или франчайз брокерам не запрещено предоставлять иную не вводящую в заблуждение информацию устно, визуально или в отдельной брошюре, если такая информация не противоречит информации, указанной в документе в соответствии с подпунктом (a) этого раздела. Этот раскрывающий информацию документ должен иметь обложку, отчетливо и недвусмысленно указывающую наименование франшизиара, дату выпуска документа о раскрытии информации и последующее уведомление, напечатанное прописными или строчными буквами отчетливым шрифтом не менее 12 пунктового размера.

Информация для будущих франшизиатов,

требуемая Федеральной Торговой Комиссией

* * *

Чтобы защитить вас, мы потребовали от вашего франшизиара предоставить вам эту информацию. *Мы не проверяли ее и не знаем верна ли она.* Она должна помочь вам принять решение. Изучите ее внимательно. Если она включает какую-то информацию о вашем контракте, не полагайтесь только на нее, чтобы осмыслить ваш контракт. Прочтите весь ваш контракт внимательно. Покупка франшизы — это сложная инвестиция. Повремените с решением. Если это возможно, покажите свой контракт и эту информацию своему консультанту, например, юристу или бухгалтеру. Если вы найдете что-то, по вашему мнению, неправильное или что что-то важное выпущено, вы должны уведомить нас об этом. Это может быть противозаконно.

В вашем штате также могут быть законы о франчайзинге. Поинтересуйтесь в агенствах вашего Штата о них.

Федеральная Торговая Комиссия

При условии, что обязательство предоставить такой документ о раскрытии информации будет считаться выполненным как франшизиаром, так и франчайз брокером, если одна из указанных сторон снабдит будущего франшизиата таким документом, раскрывающим информацию.

(22) Вся информация, содержащаяся в документе о раскрытии информации, должна быть не более давней, чем на конец последнего финансового года франшизиара. По окончании каждого финансового года, франшизиару предоставляется срок, не превышающий 90 дней, чтобы подготовить пересмотренный отчет по раскрытию информации и по истечении этих 90 дней, франшизиар может распространять только пересмотренный отчет, а не какой-либо иной. Франшизиар, в пределах разумного времени после окончания каждого квартала финансового года, должен подготовить изменения, прилагаемые к документу о раскрытии информации, отражающие существенные изменения у франшизиара или касающиеся франчайзинговой деятельности франшизиара, о которых франшизиар или франчайз брокер, или любой агент, представитель или служащий одного из них, знает или должен знать. Каждый потенциальный франшизиат должен иметь в своем распоряжении, "во время осуществления раскрытия информации", документ о раскрытии информации ежеквартальные изменения за период ближайший к "времени разъяснений" и распространенный в это время. Информация, требуемая для аудита согласно подпункту (a) (20) этого раздела, не должна быть аудированной в ежеквартальных изменениях. *При условии, однако*, что неаудированная информация сопровождается четким и недвусмысленным указанием, что эта информация не аудирована.

(23) Оглавление должно быть включено в документ о раскрытии информации.

(24) Документ о раскрытии информации должен включать комментарий, положительно или отрицательно освещающий каждый пункт раскрывающей информации, который там должен быть. Перед каждым раскрывающим информацию пунктом должен быть помещен соответствующий заголовок, как изложено в Примечании 3 этой части.

(b) Для того, чтобы устно, письменно или визуально представлять потенциальному франшизиату, который заявляет о специфическом уровне

потенциальной продажи, дохода, валовой или чистой прибыли для этого потенциального франшизиата, или который заявляет о других фактах, предполагающих такой особенный уровень, если:

(1) Во время осуществления презентации, такая презентация должна соответствовать географическому рынку, на котором будет расположена франшиза;

(2) Во время проведения такой презентации, должна существовать ее разумная основа и франшизиар должен иметь в своем распоряжении материалы, устанавливающие разумную основу для такой презентации и эти материалы доступны быть доступны потенциальному франшизиару и Комиссии, или ее сотрудникам по разумному требованию. *При условии* немедленной связи с такой презентацией франшизиар должен разъяснить в четкой и недвусмысленной манере, что такой материал доступен потенциальному франшизиату; и *При условии, однако,* что ни одно положение подпункта (b) этого раздела не будет истолковано как требующее разъяснений для потенциального франшизиата об указании на какого-либо конкретного франшизиата или информации, которая однозначно приведет к раскрытию индивидуальности такого лица; и *При условии кроме того*, что никакие дополнительные презентации, касающееся потенциальной продажи, дохода или прибылей потенциального франшизиата, не будут проводиться позднее "времени для раскрытия информации".

(3) Такая презентация осуществляется детально вместе с материальной основой и предположениями из этого в едином разборчиво написанном документе, текст которого точно, четко сжато разъясняет эту информацию и никакую другую, кроме той, которая предусмотрена этой частью или законом Штата, над которым эта часть не имеет преимущественной силы. Каждый потенциальный франшизиат, для которого делается презентация, должен быть обеспечен таким документом не позднее, "времени для раскрытия информации"; *При условии, однако*, что если презентация сделана во время или до "личной встречи" и такая встреча происходит до "времени для раскрытия информации", документ должен быть предоставлен потенциальному франшизиату, для которого сделана презентация, на этой "личной встрече".

(4) Следующее заявление четко и недвусмысленно разъясняется в документе, описанном подпунктом (b) (3) этого раздела в непосредственной

связи с такой презентацией и в форме, не менее чем строчного или прописного жирного шрифта размером 12.

Предостережение

Эти подсчеты являются ориентировочными и отражают наши предположения о том, что вы можете заработать. Нет гарантии, что вам это удастся. Если вы полагаетесь на наши подсчеты, вы должны принять риск, что результаты могут не быть достигнутыми.

(5) Следующее заявление четко и недвусмысленно разъясняется в документе, описанном подпунктом (b) (3) этого раздела в непосредственной связи с такой презентацией:

(i) Количество и процент торговых точек названного франчайзингового бизнеса, которые расположены на географических рынках, которые формируют основу для такой презентации и которые известны франшизиару или франчайз брокеру, на которых можно заработать или осуществить такую же продажу, доход или прибыль в течение срока, соответствующего по длине периоду в недавнем прошлом, когда эти потенциальные продажи, прибыль или доходы были представлены; и

(ii) Начальные и конечные даты для соответствующего периода, упомянутого в подпункте (b) (5) (i) этого раздела. *При условии, однако,* что любой франшизиар, не имеющий предварительного франчайзингового опыта в отношении названной франчайзинговой деятельности укажет на этот недостаток опыта в документе, описанном в подпункте (b) (3) этого раздела.

За исключением: что презентация продаж, дохода или прибылей существующих франчайзинговых торговых точек не должна соответствовать требованиям этого подпункта (b).

(c) Для того, чтобы устно, письменно или визуально представлять потенциальному франшизиату, который заявляет о специфическом уровне потенциальной продажи, дохода, валовой или чистой прибыли существующей торговой точки (франчайзинговой или владеемой франшизиаром) указанного франчайзингового

бизнеса, или который заявляет о других фактах, предполагающих такой особенный уровень, если:

(1) Во время осуществления презентации, такая презентация должна соответствовать географическому рынку, на котором будет расположена франшиза;

(2) Во время проведения такой презентации, существует ее разумная основа и франшизиар имеет в своем распоряжении материалы, устанавливающие разумную основу для такой презентации и эти материалы доступны потенциальному франшизиару и Комиссии или ее сотрудникам по разумному требованию. *При условии к тому же*, немедленной связи с такой презентацией франшизиар должен разъяснить в четкой и недвусмысленной манере, что такой материал доступен потенциальному франшизиату; и *При условии, однако,* что ни одно положение подпункта (c) этого раздела не будет истолковано как требующее разъяснений для потенциального франшизиата об указании на какого-либо конкретного франшизиата или информации, которая однозначно приведет к раскрытию индивидуальности такого лица; и *При условии кроме того*, что никакие дополнительные презентации, касающееся потенциальной продажи, дохода или прибылей существующих торговых точек (франчайзинговых или владеемых франшизиаром) указанного франчайзингового бизнеса не будут проводиться позднее "времени для раскрытия информации"

(3) Такая презентация осуществляется детально вместе с материальной основой и предположениями из этого в едином разборчиво написанном документе, текст которого точно, четко сжато разъясняет эту информацию и никакую другую, кроме той, которая предусмотрена этой частью или законом Штата, над которым эта часть не имеет преимущественной силы. Каждый потенциальный франшизиат, для которого делается презентация, должен быть обеспечен таким документом не позднее, "времени для раскрытия информации"; *При условии, однако*, что если презентация сделана во время или до "личной встречи" и такая встреча происходит до "времени для раскрытия информации", документ должен быть предоставлен потенциальному франшизиату, для которого сделана презентация, на этой "личной встрече".

(4) Лежащие в основе данные, на которых базируется презентация, подготовлены в соответствии с общепринятыми бухгалтерскими принципами.

(5) Следующее заявление четко и недвусмысленно разъясняется в документе, описанном подпунктом (c) (3) этого раздела в непосредственной связи с такой

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

презентацией и в форме, не менее чем 12 пунктного строчного или прописного жирного шрифта.

Предостережение

Некоторые торговые точки [продают] [зарабатывают] эти суммы. Нет гарантии, что вам это удастся. Если вы полагаетесь на наши подсчеты, вы должны принять риск, что результаты могут не быть достигнутыми.

(6) Следующее заявление четко и недвусмысленно разъясняется в документе, описанном подпунктом (c) (3) этого раздела в непосредственной связи с такой презентацией:

(i) Количество и процент торговых точек названного франчайз бизнеса, которые расположены на географических рынках, которые формируют основу для такой презентации и которые известны франшизиару или франчайз брокеру, на которых можно заработать или осуществить такую же продажу, доход или прибыль в течение срока, соответствующего по длине периоду в недавнем прошлом, когда эти потенциальные продажи, прибыль или доходы были представлены; и

(ii) Начальные и конечные даты для соответствующего периода, упомянутого в подпункте (6) (i) этого раздела. *При условии, однако,* что любой франшизиар, не имеющий предварительного франчайзингового опыта в отношении названной франчайзинговой деятельности укажет на этот недостаток опыта в документе, описанном в подпункте (c) (3) этого раздела.

(d) Не предоставление следующей информации в пределах документа(ов), требуемых подпунктами (b) (3) и (c) (3) этого раздела, если презентация сделана для потенциального франшизиата в отношении его потенциальных продаж, дохода или прибыли, или продаж, дохода, валовой или чистой прибыли существующих торговых точек (франчайзинговых или владеемых франшизиаром) названного франчайзингового бизнеса:

(1) Обложка четко и недвусмысленно указывающая наименование франшизиара, дату издания документа и следующее уведомление, напечатанное прописным или строчным жирным шрифтом размером не менее 12 пунктов:

Информация для потенциальных франшизиатов

о франшизе (продажах) (доходе) (прибыли)

требуемая Федеральной Торговой Комиссией

Чтобы защитить вас, мы потребовали, чтобы франшизиар предоставил вам эту информацию. *Мы не проверяли ее и не знаем верна ли она.* Изучите эти факты и цифры тщательно. Если возможно, покажите их кому-то, кто может проконсультировать вас, например, адвокату или бухгалтеру. Затем повремените, чтобы все обдумать.

Если вы найдете что-то, что вы думаете может быть неправильным или что-нибудь важное, что было выпущено, сообщите нам об этом. Это может быть противозаконно.

В вашем Штате также могут быть законы о франчайзинге.

Федеральная Торговая Комиссия.

Округ Вашингтон.

(2) Содержание.

При условии, однако, что каждый потенциальный франшизиат, для которого сделана презентация, должен быть уведомлен во "время раскрытия информации" о любом существенном изменении (о котором франшизиар, франчайз брокер, или любой из агентов, представителей или сотрудников одного из них знают или должны знать) в информации, содержащейся в документах, предписанных подпунктами (b) (3) и (c) (3) этого раздела.

(e) Для того, чтобы устно, письменно или визуально представлять для общего распространения (не оговоренного подпунктами (b) и (c) настоящего раздела) информацию, которая оговаривает специфический уровень продаж, дохода, валовой или чистой прибыли, получаемой или потенциальной к получению, существующей торговой точки или потенциальной торговой точки (франчайзинговой или владеемой франшизиаром) указанного франчайзингового бизнеса, или которая заявляет о других фактах, предполагающих такой особенный уровень, если:

(1) Во время проведения такой презентации, существует ее разумная основа и франшизиар имеет в своем распоряжении материалы, устанавливающие разумную основу для такой презентации и эти материалы доступны потенциальному франшизиару и Комиссии или ее сотрудникам по разумному требованию;

(2) Лежащие в основе данные, на которых каждая презентация о продажах, доходе или прибыли для существующих торговых точек основана, должны быть подготовлены в соответствии с общепринятыми принципами бухгалтерского учета.

(3) В непосредственной связи с каждой такой презентацией потенциальной продажи, дохода или прибылей, следующее заявление должно быть четко и недвусмысленно разъяснено.

Предостережение

Эти подсчеты являются ориентировочными и отражают наши предположения о том, что вы можете заработать. Нет гарантии, что вам это удастся. Если вы полагаетесь на наши подсчеты, вы должны принять риск, что результаты могут не быть достигнутыми.

При условии, однако, что если такая презентация не основана на действительном опыте существующих торговых точек указанного франчайзингового бизнеса, этот факт также должен быть раскрыт;

(5) Не позднее первой "личной встречи" или "времени для раскрытия информации", каждый потенциальный франшизиат получит единый, отчетливо написанный документ, который точно, ясно и отчетливо объявляет следующую информацию и материалы (и никакие другие, чем указанные в этой части или законе Штата, над которым положения данной части не имеют преимущественной силы);

(i) Презентация излагается детально вместе с основными материалами и предположениями из них;

(ii) Количество и процент торговых точек названного франчайзингового бизнеса, которые, как знает франшизиар или франчайз брокер заработали или произвели по крайней мере ту же продажу, доход или прибыли во время периода соответствующей продолжительности в непосредственном прошлом, как

представляемые продажи, доход или прибыли, и начальные и конечные даты для упомянутого периода времени.

(iii) В отношении каждой такой презентации продаж, доходов или прибылей существующих торговых точек, следующее заявление должно быть ясно и недвусмысленно разъяснено в непосредственной связи с ней, напечатанное не менее, чем 12 пунктным строчным или прописным жирным шрифтом:

Предостережение

Некоторые торговые точки [продают] [зарабатывают] эти суммы. Нет гарантии, что вам это удастся. Если вы полагаетесь на наши подсчеты, вы должны принять риск, что результаты могут не быть достигнутыми.

(iv) Что касается каждого такого представления фактов возможной торговли, дохода или прибылей следующее утверждение должно быть ясно и недвусмысленно разъяснено в непосредственной связи с ним, напечатанное в не менее чем 12 пунктном размере строчного и прописного жирного шрифта:

Предостережение

Эти подсчеты являются ориентировочными. Нет гарантии, что вы их достигните. Если вы полагаетесь на наши подсчеты, вы должны принять риск, что результаты могут не быть достигнутыми.

(v) Если это применимо, заявление ясно и недвусмысленно должно указывать, что у франшзиара нет предварительного франчайзингового опыта в отношении названного франчайз бизнеса.

(vi) Если это применимо, заявление ясно и недвусмысленно должно указывать, что франшизиар достаточно давно не участвовал в бизнесе, чтобы иметь действительные предпринимательские данные;

(vii)Обложка, четко и недвусмысленно указывает наименование франшизиара, дату издания документа и следующую заметку, напечатанную вслед за этим прописным или строчным жирным шрифтом размером не менее 12 пунктов:

Информация для потенциальных франшизиатов о франшизе (продажи) (доход) (прибыли), требуемая Федеральной Торговой Комиссией

Чтобы защитить вас, мы потребовали от франшизиара предоставить вам эту информацию. *Мы не проверяли ее и не знаем верна ли она.* Изучите эти факты и положения тщательно. Если возможно, покажите их кому-нибудь, кто может проконсультировать вас, например, юристу или бухгалтеру. Если вы находите, что что-то, по вашему мнению, неправильно или что-то важное выпущено, дайте нам знать об этом. Это может быть противозаконно. В вашем Штате также могут быть законы о франчайзинге. Поинтересуйтесь в агентствах Штата о них.

Федеральная Торговая Комиссия

Округ Вашингтон.

(viii) Содержание:

(6) Каждый потенциальный франшизиат должен быть уведомлен во “время для раскрытия информации” о любых существенных изменениях, которые произошли в информации, содержащейся в этом документе.

(f) Подать иск или представление, которое противоречит информации, требуемой к раскрытию этой частью.

(g) Не предоставить потенциальному франшизиату экземпляр франчайзингового соглашения и родственных с ним соглашений, подготовленных франшизиаром, и экземпляром полной франшизы и сопутствующих соглашений, намеченных к исполнению сторонами по крайней мере за 5 рабочих дней до даты, когда соглашения должны быть выполнены.

При условии, однако, что обязательства, определенные подпунктами (b) - (g) этого раздела, должны считаться приемлемыми как для франшизиара, так и для франчайз брокера, если одно из этих лиц предоставляет потенциальному франшизиату письменное раскрытие информации в соответствии с требованиями настоящего документа.

(h) Не возвращение фондов или депозитов в соответствии с условиями, указанными в соответствии с требованиями подпункта (a) (7) этого раздела.

Параграф 436.2. Как употреблялось в этой части следующие определения будут применяться:

(a) термин "франшиза" означает длящиеся предпринимательские правоотношения, созданные договоренностью или договоренностями, в соответствии с которыми:

(1)(i)(A) лицо (далее именуемое "франшизиат") предлагает, продает или сбывает третьим лицами, иным чем "франшизиар" (термин далее определен) товары, продукты или услуги, которые:

(1) обозначены торговым знаком, знаком на услуги, торговым наименованием, рекламой или другим коммерческим символом, характеризующим другое лицо (далее именуемое "франшизиар"); или

(2) в соответствии с косвенными или прямыми требованиями должны отвечать стандарту качества, предписанному другим лицом (далее именуемым "франшизиар"), где франшизиат действует под наименованием, используя торговый знак, знак на услуги, торговое наименование, рекламу или другой коммерческий символ, характеризующий франшизиара; и

(B)(1) франшизиар осуществляет или имеет полномочия осуществлять значительный контроль над ведением бизнеса франшизиата, включая, но не ограничиваясь, организацией бизнеса, деятельностью по продвижению товаров, управлению, маркетинговым планам или коммерческим делам франшизиата; или

(2) Франшизиар предоставляет значительную помощь франшизиату в методах ведения предпринимательской деятельности последнего, включая, но не ограничиваясь, организацией бизнеса франшизиата, управлением, маркетинговыми планами, деятельностью по продвижению товаров или коммерческими делами; *При условии, однако*, что помощь в деятельности франшизиата по продвижению товаров не будет, - при отсутствии помощи в других аспектах ведения предпринимательской деятельности франшизиата, - составлять существенную помощь; или

(ii)(A) Лицо (далее именуемое "франшизиат") предлагает, продает или сбывает лицу, иному чем "франшизиар" (термин далее будет определен) товары, продукты или услуги, которые:

(1) поставлены другим лицом ("франшизиаром") или

(2) поставлены третьим лицом (напр. поставщиком), с которым франшизиату прямо или косвенно рекомендовано вести бизнес другим лицом (далее именуемым "франшизиаром"); или

(3) поставлены третьим лицом (напр. поставщиком), с которым франшизиату прямо или косвенно рекомендовано вести бизнес другим лицом (далее именуемым "франшизиаром"), если это третье лицо связано с франшизиаром; и

(B) Франшизиар:

(1) обеспечивает розничные торговые точки или счета франшизиата упомянутыми товарами или услугами; или

(2) предоставляет франшизиату помещения или площадки для торговых автоматов, вешалок или любых других торговых стендов, используемых франшизиатом при предложении, продаже или сбыте оговоренных товаров, удобств или услуг; или

(3) Обеспечивает франшизиату услуги лица, которое может предоставить розничные торговые точки, прилавки, площадки или помещения, упомянутые выше в подпунктах (a) (1) (ii) (B) (1) и (2); и

(2) В качестве условия получения или начала ведения франчайзинговых операций франшизиат должен произвести оплату или взять на себя обязательство об оплате франшизиару или лицу, связанному с франшизиаром.

(3) Освобождения. Положения этой части не применяются к франшизе:

(i) являющейся "дробной франшизой"; или

(ii) если в соответствии с лизинговым, лицензионным или иным подобным соглашением, лицо предлагает, продает или сбывает товары, продукты или услуги в или около помещений, которые первоначально были заняты розничным торговцем, предоставляющим права, для его собственной торговой деятельности, и товары, продукты или услуги не приобретаются у этого розничного торговца или лица, с которым арендатора прямо или косвенно (A) розничный торговец обязывает вести бизнес или (B) розничный торговец рекомендует вести бизнес, если такое лицо связано с розничным торговцем, или

(iii) где общая сумма платежей, упомянутых в подпункте (a)(2) этой части, перечисляется в период до 6 месяцев после начала ведения предпринимательской деятельности франшизиата, и составляет менее 500 долларов США, или

(iv) если нет письменных доказательств существенных условий или аспектов отношений или соглашения.

(4) Исключения. Термин "франшиза" не должен считаться таким, что включает длительные коммерческие правоотношения, созданные исключительно:

(i) правоотношениями работодателя и работника или между основными деловыми партнерами; или

(ii) членство в добросовестной «кооперативной ассоциации"; или

(iii) соглашение по использованию торгового знака, знака на услуги, торгового наименования, печати, рекламы или иных коммерческих символов, указывающих на лицо, которое предлагает, как правило, за плату или иным образом добросовестные услуги по оценке, тестированию или сертификации товаров, продуктов или услуг;

(iv) соглашение между лицензиаром и единоличным лицензиатом на разрешение использования торгового знака, торгового наименования, знака на услуги, рекламы или иных коммерческих символов, если такое разрешение, являющееся единственным, с точки зрения общей природы и типа, которое должно быть предоставлено лицензиаром по отношению к этой торговой марке, торговому наименованию, знаку на услуги, рекламе или иному коммерческому символу.

(5) Правоотношения, представленные устно или письменно, как франшиза (как определено в этом подпункте (a)(1) и (2) этого раздела) подчинены требованиям этой части.

(b) Термин "лицо" означает физическое лицо, группу, ассоциацию, общество с ограниченной ответственностью или общее товарищество, корпорацию, или иную предпринимательскую организацию.

(c) Термин "франшизиар" означает лицо, которое участвует во франчайзинговых правоотношениях в качестве франшизиара, как указано в подпункте (a) этого раздела.

(d) Термин "франшизиат" означает лицо, (1) которое участвует во франчайзинговых правоотношениях в качестве франшизиата, как указано в подпункте (a) этого раздела, или (2) которому продана доля во франшизе.

(e) Термин "потенциальный франшизиат" включает лицо, включая представителя, агента, или служащего этого лица, которое рассматривает себя или рассматривается франшизиаром или франчайз брокером, или представителем, агентом или служащим одного из них для ведения переговоров по установлению, или возможному установлению, франчайзинговых правоотношений, вовлекающих такое лицо.

(f) Термин "рабочий день" означает любой день, кроме субботы и воскресенья или следующих национальных праздников: Новый Год, День рождения Вашингтона, День Памяти, День Независимости, День Труда, День Колумба, День Ветеранов, День Благодарения и Рождество.

(g) Термин "время для раскрытия информации" означает (10) десять рабочих дней до любого из событий, произошедших ранее:(1) выполнения потенциальным франшизиатом франчайзингового соглашения или иного соглашения, налагающих обязывающие правовые обязательства на такого потенциального франшизиата, о которых франшизиар, франчайз брокер или агент, представитель или служащий одного из них знает или должен знать в связи с продажей или предлагаемой продажей франшизы, или (2) осуществлением оплаты потенциальным франшизиатом, о котором франшизиар, франчайз брокер или агент, представитель или служащий одного из них знает или должен знать, в связи с продажей или предлагаемой продажей франшизы.

(h) Термин "долевая франшиза" означает любые правоотношения, как указано в подпункте (a) этого раздела, в которых лицо, описанное как франшизиат или любой из нынешних директоров или должностных лиц участвовал в такого вида предпринимательских отношениях, представленных франчайзинрговыми правоотношениями, более чем двух лет и стороны заранее договорились, или должны договориться, во время установления франчайзинговых

правоотношений, что продажи, являющиеся результатом этих правоотношений, будут представлять не более 20% продаж в долларовом обороте франшизиата.

(i) Термин "связанное лицо" означает лицо (как определено в подпункте (b) этого раздела):

(1) которое прямо или косвенно контролирует, контролируется или находится под общим контролем франшизиара; или

(2) которое прямо или косвенно владеет, контролирует или имеет полномочия голосовать, 10-ю или более процентами выпущенных в обращение ценных бумаг франшизиара; или

(3) которое имеет, совместно с франшизиаром, одного или более партнеров, должностных лиц, директоров, доверителей, управляющих отделением или других лиц, имеющих подобный статус или выполняющих подобные функции.

(i) Термин "франчайз брокер" означает лицо, иное чем франшизиар или франшизиат, которое продает, предлагает к продаже или организовывает для продажи франшизу.

(k) Термин "продажа франшизы" включает контракт или соглашение, посредством которого лицо получает франшизу или долю во франшизе путем приобретения, лицензии, или иным образом. Этот термин не должен считаться включающим обновление или продление существующей франшизы, если франшизиат не прерывал ведения франчайзингового бизнеса, за исключением случаев, когда новые контракты или соглашения содержат существенные изменения по сравнению с действующими между франшизиаром и франшизиатом.

(l) "Кооперативная ассоциация" это либо (1) ассоциация производителей сельскохозяйственных продуктов, уполномоченная разделом 1 Акта Каппер-Вольстеда, 7 USC 291; или (2) организация, управляемая на кооперативной основе независимыми розничными торговцами, которые продают оптом товары или предоставляют услуги в первую очередь своим членам – розничным торговцам.

(m) Термин "финансовый год" означает финансовый год франшизиара.

(n) Термины "существенный", "существенный факт" и "существенное изменение" включают любой факт, обстоятельство или набор условий, которые имеют существенную вероятность повлиять на разумного франшизиата или на разумного потенциального франшизиата в принятии важного решения, касающегося названного франчайзингового бизнеса, или который имеет значительное финансовое влияние на франшизиата или на потенциального франшизиата.

(10) Термин "личная встреча" означает встречу лицом к лицу между франшизиаром или франчайз брокером (или агентом, представителем или служащим одного из них) и потенциальным франшизиатом, которая проводится для обсуждения продажи или возможной продажи франшизы.

Параграф 436.3. Если любое из положений этой части или ее применение к лицу, действию или практике становится недействительным, это не затрагивает оставшейся части или применения ее положений к лицу, действию или практике.

Примечание 1. Комиссия не выражает мнения по поводу легальности какой-либо практики, упомянутой в этой части. Положения о раскрытии информации не должны толковаться ни как прощение или одобрение относительно информации, которая должна быть раскрыта, или как показатель намерений Комиссии не исполнять какой-либо применимый закон.

Примечание 2. Действуя в этой области, Федеральная Торговая Комиссия не намерена аннулировать, изменять или влиять, или освобождать любое лицо, подпадающее под действие положений этой части, от исполнения законов или правил любого Штата, муниципалитета или иного местного самоуправления в отношении франчайзинговой практики, за исключением случаев, когда законы или постановления несовместимы с положениями этой части, и только в пределах этого несоответствия. Для целей настоящей части закон или постановление любого Штата, муниципалитета или иного местного самоуправления не является несовместимым с этой частью, если защита, представляемая таким законом или постановлением, потенциальному франшизиату равна или больше защиты, предоставленной этой частью. Примеры положений, которые обеспечивают защиту равную или больше той, что обеспечена этой частью, включают законы или правила, которые требуют более полной отчетности от франшизиара или раскрытия более полной информации франшизиату.

Примечание 3. - (как и для параграфа 436.1 (а) (24) (116124) этой части):

Заявление о раскрытии информации

В соответствии с 16CFR 436.1 и Правилами регулирующими торговлю Федеральной Торговой Комиссии в отношении требований по раскрытию и запретов в отношении франчайзинга и предприятий предпринимательских возможностей следующая информация о [наименование франшизиара] представляется для вашего изучения:

1. Опознавательная информация о франшизиаре.

2. Предпринимательский опыт директоров и должностных лиц.

3. Предпринимательский опыт франшизиара.

4. Перечень судебных разбирательств.

5. Данные о банкротстве.

6. Описание франшизы.

7. Первоначальные взносы, которые должен оплатить франшизиат.

8. Повторяющиеся взносы, которые должен оплатить франшизиат.

9. Связанные лица, с которыми франшизиар требует или рекомендует франшизиату вести дела.

10. Обязательства по приобретению.

11. Доходы, получаемые франшизиаром в обмен покупок, осуществляемых франшизиатом.

12. Финансовые договоренности.

13. Ограничения продаж.

14. Личное участие, требуемое от франшизиата по эксплуатации франшизы.

15. Прекращение, отмена и возобновление франшизы.

16. Статистическая информация, касающаяся количества франшиз (и торговых точек, которыми владеет франшизиар).

17. Выбор места торговли.

18. Обученческие программы.

19. Вовлечение общественных лиц во франшизу.

20. Финансовая информация, касающаяся франшизиара.

Приложение 2. Римский договор о ЕЭС

Извлечение*

Статья 85

1. Следующие действия должны быть запрещены как несовместимые с общим рынком: все соглашения предпринимателей, решения ассоциаций предпринимателей и согласованные действия, которые могут повредить торговле между Государствами Членами, и предметом которых является или которые могут повлиять на предотвращение, ограничение или искажение конкуренции в пределах общего рынка, а также, в частности, те, которые:

(a) прямо или опосредованно фиксируют покупные и продажные цены или иные условия торговли;

(b) ограничивают или контролируют производство, рынки, техническое развитие, или инвестиции;

(c) разделяют рынки или источники поставок;

(d) применяют похожие условия к одинаковым сделкам с другими торгующими сторонами, ставя их, таким образом, в невыгодное с точки зрения конкурентоспособности положение;

(e) ставят заключение контракта под условием принятия другой стороной дополнительных обязательств, которые, по их природе или в соответствии с их коммерческим применением, не имеют ничего общего с предметом такого контракта.

2. Любые соглашения или решения, запрещенные в соответствии с настоящей статьей, автоматически считаются недействительными.

3. Положения пункта 1 могут, однако, быть объявлены не применимыми в том случае, если:

- соглашение или категория соглашений между предпринимателями;
- решение или категория решений ассоциаций предпринимателей;
- согласованные действия или категория согласованных действий;

* На правах неофициального перевода

способствует улучшению производства или сбыта товаров или способствует техническому или экономическому прогрессу, что позволяет потребителям получать справедливые выгоды и которое не:

(a) налагает на предпринимателя согласованные ограничения, не являющиеся необходимыми для достижения этих целей;

(b) дает таким предпринимателям возможность исключить конкуренцию в отношении значительной части рассматриваемых товаров.

Статья 86

Любое злоупотребление одним или более предпринимателями доминирующим положением на общем рынке или в его значительной части должно быть запрещено, как несовместимое с общим рынком, так как это может негативно повлиять на торговлю между Государствами Членами. Такое злоупотребление может, в частности, состоять из:

(a) прямого или опосредованного наложения условий несправедливой купли-продажи или несправедливых торговых условий;

(b) ограничения производства, рынков или технического развития в ущерб потребителям;

(c) применения не схожих условий к одинаковым сделкам с третьими лицами, ставя их, таким образом, в невыгодное с точки зрения конкурентоспособности положение;

(d) заключение контракта под условием принятия другой стороной дополнительных обязательств, которые, по их природе или в соответствии с их коммерческим применением, не имеют ничего общего с предметом такого контракта.

Приложение 3. Pronuptia de Paris GmbH v.Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (дело 161/84)

рассмотренное Судом Справедливости Европейского Сообщества

(Председательствующий лорд Маккензи Стюарт (Mackenzie Stuart C.J); Эверлинг, Балман и Джойлет (Everling, Bahlmann and Joilet PP.C.); Купмансб Дью и Галмот (Koopmans, Due and Galmot JJ.)

Генеральный прокурор Петер ВерЛорен ван Темаат (Pieter Verloren van Themaat)[154]

Мнение генерального прокурора Петера ВерЛорена ван Темаата

1. *Введение*

1.1. *Вопросы, поставленные Немецким федеральным судом*

По спору с французским франшизиаром в отношении погашения задолженности по ройялти, немецкий франшизиат успешно ходатайствовал в апелляционном суде, что рассматриваемое франчайзинговое соглашение недействительно в соответствии с антимонопольным законодательством ЕЭС. В соответствии с решением апелляционного суда **статья 85** Договора ЕЭС запрещает франчайзинговые соглашения того вида, который рассматривался в разбирательстве, так как они содержат положения, ограничивающие конкуренцию, которые не получили надлежащего освобождения в соответствии со **статьей 85(3)** и Постановлением 67/67 от 22 марта 1967г. от запретов, оговоренных **статьей 85(1)** Договора.

Истец в основных разбирательствах оспаривал решение Немецкого федерального суда. Немецкий федеральный суд считал, что решение апелляционного суда затронуло вопросы законодательства Сообщества и, таким образом, он своим приказом от 15 мая 1984г. поставил некоторые вопросы Суду Справедливости.

В соответствии с мнением различных авторов по данному вопросу, сбытовые системы, основанные на франчайзинговых соглашениях, не зарабатывали валюту в государствах-членах вплоть до начала 70-х годов. Системы этого вида развились очень

[154] Неофициальный перевод. См. Franchising. Law and Practice. John Hamilton Pratt, M.A. London. Sweet & Maxwell, 1998. С. A23001-A23030

быстро, тем не менее, и в настоящее время представляют собой значительный процент сбытовых систем. Даже если, отвечая на поставленные вопросы, Суд ограничивает себя франчайзинговыми соглашениями, имеющими такие же характеристики, как и те, что рассматриваются здесь, его ответы повлияют на действительсть тысяч контрактов. Более того, важность ответов Суда на поставленные вопросы усиливается фактом, что в соответствии с письменными и устными высказываниями, представленными на настоящих слушаниях, Комиссия все еще не выработала четкой политики по этому вопросу.

Следующие вопросы были поставлены Немецким Федеральным судом:

1. Применяется ли статья 85(1) Договора ЕЭС к таким франчайзинговым соглашениям как контракты между сторонами, которые имеют своим предметом установление специальной сбытовой системы, в соответствии с которой франшизиар предоставляет франшизиату, в дополнение к товарам, определенные торговые наименования, торговые марки, рекламные материалы и услуги?

2. Если на первый вопрос ответ будет положительным, применяется ли Постановление Комиссии 67/67 от 22 марта 1967г. «О применении статьи 85(3) Договора к определенным категориям исключительных соглашений» (блоковое освобождение) к таким контрактам?

3. Если ответ на второй вопрос будет положительным:

(a) Будет ли все же применяться Постановление 67/67, если несколько предпринимателей, являющихся совершенно независимым, берут на себя взаимные обязательства и формируют для целей контракта единое экономическое образование, чтобы представлять собой единую сторону в контракте?

(b) Применяется ли Постановление 67/67 и, в частности, его статья 2(2)(c) к обязательству франшизиата проводить рекламную компанию только после предварительного согласия франшизиара и таким способом, чтобы он соответствовал рекламной компании последнего, с использованием рекламных материалов, предоставленных франшизиаром, с использованием общих предпринимательских методов? Можно ли сказать в таком случае, что рекламные

материалы франшизиара, содержащие ценовые рекомендации, не являются обязательными?

(c) Применяется ли Постановление 67/67и, в особенности статья 1(1)(b), 2(1)(a) и 2(2)(b), к обязательствам франшизиата ограничиваться продажей контрактных товаров исключительно или, по крайней мере большей частью, из специальных торговых помещений, специально адаптированных для этих целей?

(d) применяется ли Постановление 67/67 и, в особенности, его статья 1(1)(b) к обязательствам франшизиата, который обязан покупать большинство поставляемых ему товаров у франшизиара, приобретать оставшиеся товары, упомянутые в контрактах, исключительно у поставщиков, одобренных франшизиаром?

(e) Санкционирует ли Постановление 67/67 обязательство франшизиара предоставлять франшизиату коммерческую, рекламную и профессиональную поддержку?

1.2. Основные положения контрактов, заключенных франшизиатом, являющимся стороной в споре

Как видно из трех контрактов между сторонами в основном разбирательстве, которые были представлены Суду по его просьбе после слушаний, франшизиар обязался:

- не предоставлять какой-либо третьей стороне право использовать торговую марку “Pronuptia de Paris” на указанной контрактной территории (Гамбург, Олденбург и Ганновер соответственно) (статья 1/1);
- не открывать других магазинов Pronuptia на контрактной территории (статья 1(2));
- не предоставлять товары или услуги третьим лицам на контрактной территории (статья 1(2));
- предоставить коммерческую поддержку ответчику в рекламировании, учреждении и поставке товаров в ее магазин, в обучении персонала и в отношении техники продаж, моды и товаров, приобретении и маркетинге и в самом общем виде помочь ответчику повысить ее оборот и доходы (статья 3(1)).

Франшизиат (который в соответствии со статьей 3(5) является единственным собственником своего предприятия, несет риски предпринимательства самостоятельно и единолично получает доходы) обязан inter alia (среди прочего):

- продавать товары, являющиеся предметом соглашения, с использованием торгового наименования и торговой марки Pronuptia de Paris только в магазине, указанном в статье 1, который должен быть оборудован в основном для продажи свадебной одежды в соответствии с брендовым имиджем Pronuptia de Paris (статьи 3(3) и 4(1))
- приобретать у франшизиара 80 % свадебных платьев и аксессуаров, а также соответствующее количество (установленное ответчиком) вечерних платьев (статья 3(6));
- приобретать оставшееся количество свадебных платьев и аксессуаров, а также вечерних платьев исключительно у поставщиков, одобренных франшизиаром (статья 3(6));
- уплачивать франшизиару 10 % роялти от продаж (включая продажу товаров, поставленных не Pronuptia) в течении действительности контракта (статья 5(1);
- удерживаться в течении срока действительности контракта, а также в течении одного года после его прекращения, от любого рода конкуренции с магазинами Pronuptia, в частности, от участия в специализированной продаже свадебных платьев и аксессуаров в Федеративной Республике Германия, в Западном Берлине или иной области, в которой Pronuptia уже представлена (статьи 6(6) и 9);
- продавать товары, являющиеся предметом контракта, в качестве основного вида деятельности (статья 6(6));
- вести предпринимательскую деятельность из определенного места и оборудовать помещения, в первую очередь, для продажи свадебной одежды в соответствии с имиджем Pronuptia de Paris и следовать инструкциям франшизиара (статьи 1(3), 3(3) и 4(3));
- вести предпринимательскую деятельность и, в частности, продавать товары, являющиеся предметом контрактом, под торговым наименованием и торговой Pronuptia de Paris только из указанных помещений (статьи 3(3) и 4(1));
- использовать торговую марку Pronuptia de Paris в ее рекламе только после предварительного одобрения франшизиаром, гармонизировать свою

Jurvneshservice
Вул. Тургенєвська, 46/11, секція 1, оф. 2,
Київ, Україна, 01054
+38 (044) 239-239-0
www.jvs.law
kiev@jvs.law

рекламу с рекламой Pronuptia, используя рекламные материалы, предоставленные Pronuptia с рекомендуемыми ценами, включенными в них (статьи 1(1) и 6(1));

- рекламировать, распространять рекламные материалы как можно больше и в общем использовать предпринимательские методы франшизиара (статья 6(5));
- строго соблюдать все коммерческие и промышленные права собственности Pronuptia, информировать Pronuptia немедленно о нарушении этих прав третьими лицами, о которых ей может стать известно (статья 14).

В соответствии со статьей 6(1) Pronuptia должна информировать франшизиата о соответствующих стандартных ценах. Обе стороны должны рассматривать эти стандартные цены как руководство для розничной продажи (без ущерба для франшизиата устанавливать свои собственные цены).

1.3. План обсуждения.

Как я уже указал, ответы, которые должен дать Суд на представленные вопросы, могут отразиться на действительности других франчайзинговых соглашений и на подходе Комиссии в этой области. Во второй части своего мнения я должен сделать большое число общих замечаний в отношении этой системы сбыта, являющейся относительно новой для Сообщества. В частности, я должен рассмотреть до какого предела достаточная степень определенности в отношении содержания и юридической природы франчайзинговых соглашений по продаже товаров уже существует в законодательстве, судебных решениях и академической литературе и, особенно, в заинтересованных торговых организациях, чтобы дать возможность Суду выработать наиболее общее правила. Я не думаю, что редакция вопросов, поставленных немецким Федеральным судом, не позволяет сделать это. Она исключает возможность Суда регулировать франчайзинговые соглашения, используемые в Сообществе в течении более длительного периода (например, в отелях, кафе или ресторанном секторе) в отношении предоставления услуг или производства.

В третьей части моего мнения я должен исследовать сходство и различия между франчайзинговыми соглашениями, в частности, теми франчайзинговыми соглашениями, которые рассматриваются сейчас, и другими сбытовыми системами, используемыми в правовой практике Сообщества, особенно теми, которые обсуждались в решениях Суда, такими как агентские соглашения, исключительные

дистрибьюторские контракты и контракты исключительного приобретения, селективные дистрибьюторские системы, пивоваренные контракты и лицензионные соглашения.

Я также должен обсудить какие выводы могут быть сделаны в настоящем деле, основываясь на предыдущих решениях Суда.

В четвертой части моего мнения я должен указать как, с моей точки зрения, необходимо ответить на поставленные вопросы.

2.Общие замечания в отношении франчайзинговых соглашений по сбыту товаров

2.1. Развитие франчайзинговой системы как новой сбытовой системы

Как следует из достаточно обширной литературы по предмету, франчайзинговая система, основанная на более раннем американском опыте, была принесена в ЕЭС в начале семидесятых годов. Ее развитие было, однако, очень бурным. В 1969 году было только несколько франчайзинговых систем в сбытовом секторе Федеративной Республике Германии. К 1978 году общее число франчайзинговых систем (включая соглашения по предоставлению услуг) достигала 85 (при участии 11 тысяч франшизиатов); в мае 1982 года было двести таких систем с участием 120 тысяч франшизиатов и общим товарооборотом в размере 100 миллиардов немецких марок, из которых 65-75 миллиардов немецких марок приходились на розницу. Во Франции (где франчайзинг также начал развитие в начале семидесятых годов) более 300 франчайзинговых систем в 1981 году выросли до 500 в 1985 году (с участием 25 тысяч магазинов и 8 % всех розничных продаж). В Нидерландах в 1983 году было 280 франчайзинговых систем. Похожие процессы в начале 70-х происходили и в других государствах-членах ЕЭС.

2.2. Правовая характеристика франчайзинговой системы в соответствии с академическим мнением

Как следует из литературы и подтверждено Комиссией на слушаниях, ни одно из государств-членов не имеет специальных законодательных норм в отношении франчайзинговых соглашений. Более того, не существует точного определения

франчайзинговых соглашений в целом или франчайзинговых соглашений для сбыта товаров, в частности, которое можно было бы взять из прецедентного права или соответствующих академических статей. Основными элементами франчайзинговых систем по сбыту товаров во всех изученных нами государствах-членах являются:

1. оставаясь независимыми и неся свои собственные риски, франшизиаты в значительной мере интегрированны в сбытовую сеть франшизиара;

2. маркетинговая стратегия основывается на сетевом эффекте, являющемся результатом использования на возмездной основе общего предпринимательского наименования, торгового знака или символа и, во многих случаях, единообразного оформления торговых помещений;

3. исключительные права предоставляются франшизиату в пределах определенной территории и на определенные товары; исключительные права, варьируемые по объему, предоставляются в отношении поставки или отбора товаров, продаваемых франшизиатом. Авторы по рассматриваемому предмету, похоже, соглашаются, что термин «франчайзинговые соглашения», в смысле, используемом в Европе, должен пониматься в более ограниченном смысле, чем оригинальный американский термин, применяемый ко многим другим сбытовым системам. Как будет видно из моих замечаний ниже, недавняя американская литература также использует термин в более ограниченном смысле.

На основании сравнительного правового анализа господин Е.М. Непперс-Хейнер (E.M. Kneppers-Heynert) в своей последней статье в Bijblad Industriele Eigendom пришел к следующему общему описанию, которое кажется мне достаточно разумным:

Франчайзинг — это управляемая договором форма коммерческого сотрудничества между независимыми предпринимателями, в котором одна сторона, франшизиар, предоставляет одной или более другим сторонам, франшизиатам, право использовать свое торговое наименование или марку и другие отличительные черты при продаже товаров или услуг. Продажа происходит на основании исключительной сбытовой концепции (системы или формулы), разработанной франшизиаром, в обмен франшизиар получает ройялти. Использование этих прав франшизиатами контролируется франшизиаром для гарантирования единообразного представления общественности и единообразного качества товаров или услуг.

Европейский эпический кодекс франчайзинга, разработанный Европейской франчайзинговой федерацией и восемью национальными ассоциациями, из которых она состоит (6 из них из государств членов ЕЭС) был представлен Суду на слушаниях. В нем указываются следующие шесть характеристик франчайзингового соглашения:

1. Право собственности (франчайзинговой фирмы - франшизиара) на наименование компании, торговое наименование, инициалы или символы (возможно торговой маркой) предприятия или услуги и ноу-хау, которое предоставляется франшизиату(там)..., контроль за товарами и/или услуами, представляемыми в отличном и оригинальном формате, который должен быть одобрен и используем франшизиатом(тами), формате, основанном на наборе специфической предпринимательской техники, которая была предварительно опробована, и которая постоянно развивается и проверяется в отношении своей ценности и эффективности.

2. Подразумеваемым в любом франчайзинговом соглашении является то, что должен быть платеж, осуществляемый в той или иной форме франшизиатом франшизиару в знак признания услуг, поставляемых франшизиаром при предоставлении своего наименования, формата, технологии и ноу-хау.

3. Франчайзинг, таким образом, является чем-то большим, чем соглашение о продажах или концессия из лицензионного контракта, в котором обе стороны принимают на себя важные обязательства друг перед другом сверх обязательств, устанавливаемых в торговых отношениях.

4. Франшизиар гарантирует действительность своих прав на бренд, знаки, инициалы, слоганы и предоставляет франшизиату возможность использовать их.

5. Франшизиар отбирает и утверждает только тех кандидатов во франшизиаты, которые владеют квалификацией, требуемой франшизо. Дискриминация на политической, расовой, религиозной, языковой или сексуальной основе должна быть исключена из квалификационных требований.

6. Франчайзинговый контракт должен дать определения, в частности, следующим аспектам, указанным ниже. При этом эти аспекты должны соответствовать национальному законодательству или законодательству Сообщества:

- метод и условия выплаты франчайзинговых платежей и роялти;
- срок действия контакта и основания для его продления; срок предоставления предварительного уведомления;

- права франшизиара в отношении уступки прав франшизиатом;
- определение «открытых территориальных прав», предоставленных франшизиату, включая варианты (если предоставляются) по смежным территориям;
- основания для сбыта активов, подпадающих под действие контракта, если контракт прекращается;
- сбытовые соглашения, касающиеся поставки товаров, включая ответственность за транспортирование и транспортные расходы;
- условия платежа;
- услуги, предоставляемые франшизиаром: маркетинговая помощь, продвижение товара; реклама; технология и ноу-хау; менеджерские административные и бизнес рекомендации; рекомендации по финансированию и налогообложению; условия, в соответствии с которыми эти услуги должны предоставляться и, соответственно, плата за это. Обучение;
- обязательства франшизиата: предоставление счетов и текущих данных; получение обученческих семинаров и допуск инспекторских проверок».

В отношении обученческих семинаров и помощи Кодекс этического поведения также содержит большое число специальных положений, из которых только следующее, похоже, относится к оценке франчайзинговых соглашений того вида, который рассматривается в Кодексе этического поведения с точки зрения статьи 85 Договора ЕЭС:

Франшизиар должен помогать франшизиату, предоставляя руководящие рекомендаций в отношении текущих расходов и пределов, которые он должен достигнуть в определенное время ведения предпринимательской деятельности. Любое несовпадающая оговорка, применимая после нарушения или прекращения контракта, должна быть точно оговорена или определена в контракте в отношении ее длительности и территориальных примеров.

2.3. Прецедентное право

Только Франция имеет определение, сформулированное торговыми организациями, которое, в большей или меньшей степени, одобрено судами: смотри решение Высшего суда Бреста от 19 июня 1973 г.(S.V.P.N.A.S. v. Billy); Нейтрального суда Парижа от 4 марта 1974г. (Maje Distribution); апелляционного суда Парижа (Пятая

палата) от 28 апреля 1978г. (Morvan v. Intercontinents); апелляционного суда Парижа от 10 мая 1978г. (Telefleurs v. Interflora); апелляционного суда от 22 апреля 1982г., апелляционного суда (палата первой инстанции) от 9 июня 1982г. (Felicatas v. Georges). В указанных решениях бросается в глаза, что исключительные права не всегда рассматриваются как существенные, а разрешение использовать торговое наименование, знаки и символы и применение единообразных коммерческих методов считаются таковыми. При отсутствии законодательных определений франчайзинговые соглашения оцениваются исключительно на основании положений рассматриваемого соглашения.

В пределах Сообщества только в решении немецкого Федерального суда от 23 марта 1982 г. (Meierei-Zentrale) я смог найти судебное постановление по антимонопольному аспекту франчайзинговых соглашений. В этом решении запрет поддерживать розничные цены, сформулированный в разделе 15 Немецкого акта о запрете ограничения конкуренции, был рассмотрен как применимый к франчайзинговым соглашениям, в которых фиксируются розничные цены. В своем отчете за 1981 год “Full-line Forcing and Tie-In-Sales” Британская комиссия о монополиях и слияниях решила, что обязательства по исключительной поставке могут при определенных обстоятельствах быть значимыми с точки зрения антимонопольного законодательства.

Как я уже указал, в США термин франчайзинговые соглашения первоначально использовался в очень широком смысле. В соответствии с недавним ограничивающим использованием термина (который рассматривается как модель для европейского развития), франшиза определена как лицензия собственника торгового наименования или торговой марки, разрешающая другому продавать товары или услуги под этой маркой или наименованием.

В Соединенных Штатах, как и в Великобритании, обязательства по исключительной покупке, содержащиеся во франчайзинговых соглашениях, не рассматриваются автоматически как «вредные соглашения», запрещенные антимонопольным законодательством. Однако, при соответствующих рыночных условиях они могут подпадать под этот запрет. С 1977 года, момента принятия решения по делу Sylvania, «правила мотивировки» применяются к оговоркам о вертикальных территориальных ограничениях для того, чтобы установить, является ли это ограничением конкуренции (в особенности, горизонтальные ограничения).

Контрактные положения, касающиеся розничных цен, рассматриваются как запрещенные, если оказывается, что франшизиар, не удовлетворенный простыми ценовыми рекомендациями, пытается тем или иным путем заставить франшизиата принимать свои предложения или рекомендации. В решении по делу Sylvania “правила мотивировки» были применены к территориальным ограничениям, в частности, к ограничениям по помещениям, таким же, как и в рассматриваемом деле Pronuptia, несмотря на последующие ограничения конкуренции между розничными продавцами продуктов Sylvania. Несмотря на сопутствующие ограничения «внутри-брендовой» конкуренции вертикальные ограничения конкуренции такие же как в деле Sylvania рассматривались как выгодные для «меж-брендовой» конкуренции. Только в некоторых делах и на основании их действительных экономических последствий такие вертикальные ограничения конкуренции могут рассматриваться как запрет, содержащийся в американском антимонопольном законодательстве. Ссылаясь на недавнюю американскую юридическую практику, имеющим решающее значение вопросом является вопрос существует или не существует эффективная конкуренция с другими товарами на соответствующем рынке. Говоря об американской практике, я должен указать, что в Соединенных Штатах проблема, свойственная отдельным национальным рынкам ЕЭС с ценами, которые значительно разнятся, не существует. Единый внутренний рынок является давним достижением Соединенных Штатов, поэтому проблема возникновения препятствий для параллельного импорта не существует.

2.4. Выводы

На основании академического мнения и прецедентного права Сообщества, на основании точки зрения Европейской Франчайзинговой Федерации и на основании самых свежих американских определений о франчайзинговых соглашениях рассматриваемого нами типа я думаю, что значительными отличительными чертами франчайзингового соглашения по продаже товаров являются независимость вовлеченных в это предпринимателей, существование лицензий на использование наименования компании, торгового наименования, эмблемы или других символов, ноу-хау в самом широком значении, а также единообразный способ презентации, выплата вознаграждения в качестве роялти франшизиатом за предоставленную лицензию. В американском прецедентном праве рыночная позиция вовлеченных предпринимателей и различия между вертикальными взаимоотношениями

франшизиара и франшизиата и горизонтальными взаимоотношениями между франшизиатами и их конкурентами является особенно важными при оценке таких соглашений с точки зрения антимонопольного законодательства. За исключитением экстраординарных рыночных условий, оказывается, что меж-брендовая конкуренция является более важной для поддержания эффективной конкуренции, чем внутрибрендовая. В США наложение фиксированных цен франшизиаром автоматически рассматривается как противоречащее запрету о ценовых соглашениях, так же, как и в ФРГ. В остальном судебная практика в США и трех самых крупных странах-членах ЕЭС оценивает непосредственно каждое соглашение, принимая во внимание его специфические положения и, если это касается вопросов конкуренции, специфические обстоятельства соответствующих рынков. Последний указанный фактор является особенно важным с точки зрения исключительных оговорок, используемых во франчайзинговых соглашениях.

3.Сходство и различия между франчайзинговыми соглашениями и другими сбытовыми системами, рассмотренные в предыдущих решениях Суда

3.1. Исключительные агенты

Так как в литературе и прецедентном праве о франчайзинговых соглашениях тот факт, что франшизиат является независимым предпринимателем и действует от своего собственного имени и на свой собственный риск, считается существенной характеристикой таких соглашений, я думаю, в противовес спору по делу Pronuptia, сравнение этого нового типа соглашения с агентскими соглашениями, как указывается в уведомлении Комиссии от 24 декабря 1962 года, не имеет значения для вопросов, поставленных немецким Федеральным судом. Как следует из статьи 3(5) рассматриваемых соглашений они не отличаются в этом отношении от общей картины.

3.2. Исключительные сбытовые дистрибьюторские соглашения

Рассматриваемые контракты похожи в большем количестве аспектов на исключительные сбытовые соглашения. В частности, исключительные права приобретения франшизиата, указанные в статьях 1(1) и (2) и (ограниченные) исключительные права поставки франшизиара, указанные в статье 3(6), очень схожи, на первый взгляд, с характеристиками, которые определяют применимость Постановления 67/67 от 22 марта 1967 г. о применении статьи 85(3) Договора к определенным категориям исключительных сбытовых соглашений. Неудивительно,

таким образом, что в этом деле национальный суд поставил отдельные вопросы по применимости этого Постановления.

В отношении первого вопроса, поставленного национальным судом, в отношении применимости в принципе статьи 85 к франчайзинговым соглашениям, я думаю, соответствующая аналогия может быть сделана с постановкой Судом проблемы в его решении от 13 июля 1966 г. в деле 32/65 (Italy v. EEC Commission). В частности, третий параграф страницы 407 Отчета может, в соответствии с различиями, на которых я остановлюсь позднее между франчайзинговыми соглашениями и «классическими» дистрибьюторскими соглашениями, быть применен по аналогии при ответе на первый вопрос, поставленный национальным судом. В этом параграфе указано:

невозможно не утверждать, что статья 85 не может применяться к исключительным сбытовым соглашениям на основании того, что лицо, предоставляющее право, и лицо, получающее право, не конкурируют друг с другом. Ибо конкуренция, упомянутая в статье 85(1), обозначает не только любую возможную конкуренция между сторонами соглашения, но также любую возможную конкуренцию между одной из них и третьими лицами. Скорее всего, именно так и случается, так как стороны такого соглашения могли бы стремиться, путем предотвращения или ограничения конкуренции третьих лиц по продаже товаров, создать или охранять для своей собственной выгоды неоспоримое преимущество, вредящее потребителю или пользователю в противовес общим целям статьи 85. Таким образом, даже если не существует нарушения монопольного положения, соглашение между предпринимателями, работающими на различных уровнях, может повредить торговле между государствами-членами и в то же время иметь своим предметом или повлиять на предотвращение, искажение или ограничение конкуренции и, таким образом, оно подпадет под запрет статьи 85(1). Таким образом, как статья 85, так и статья 86 имеют свои собственные цели и как только особые черты одной из них присутствуют, они применяются независимо к различным видам соглашений.

В следующем параграфе Суд отказался сравнивать исключительные дистрибьюторские системы с агентскими соглашениями и другими формами интеграции, в которых одно предприятие инкорпорирует свою сбытовую сеть в свою собственную организацию (и таким образом не возникает вопроса о соглашениях между различными, независимыми предприятиями).

Я думаю, особая важность процитированного абзаца лежит в том факте, что он является действительным mutatis mutandis для всех двусторонних вертикальных соглашений. Боле того, точно также, как и в американском прецедентном праве, существует угроза возможным ограничениям горизонтальной конкуренции как имеющая решающее значение для применения статьи 85(1), а не взаимные ограничения их коммерческой свободы, согласованные сторонами вертикальных взаимоотношений.

На этот вывод не может повлиять заявление Суда в решении Grundig-Consten (объединенные дела 56 и 58/84 Consten Grundig and Grundig v. EEC Commission) (в отношении аргумента, что рассматриваемое соглашение увеличило конкуренцию между подобными товарами различных брендов), что «хотя конкуренция между производителями является более значительной, чем конкуренция между дистрибьюторами товаров одного и того же производства, это не значит, что соглашение, имеющее целью ограничить конкуренцию между дистрибьюторами, не подпадает под запрет статьи 85(1) просто потому, что это может увеличить конкуренцию между производителями». Суд пошел далее, заявив, что «для целей применения статьи 85(1) нет нужды принимать во внимание конкретные последствия соглашения, если оно имеет своей целью воспрепятствовать, ограничить или ограничить конкуренцию».

Более близкое изучение решения Grundig-Consten в целом показывает, я думаю, что Суд был, в частности, озабочен ограничениями конкуренции между исключительным дистрибьютором и третьими лицами (в том случае параллельными импортерами продуктов того же самого бренда), т.е. намеренными ограничениями горизонтальной конкуренции.

В этом отношении я ссылаюсь, в частности, на замечания Суда, указанные снизу страницы 342 и сверху страницы 343 Отчетов. Большая важность, однако, также приписывается горизонтальной «внутри брендовой конкуренции», особенно, если национальные рынки защищены от параллельного импорта, что и произошло в соответствии с недавними американскими решениями.

Необходимые детали были указаны Судом в предварительном Судебном постановлении от 30 июня 1966 года по делу № 56/65(SOCIETE TECHIQUE MINIERE v. MASCHINENBAU ULM), в котором он указал, что «для того чтобы принять решение следует ли рассматривать соглашение, содержащее оговорку, «предоставляющую

исключительное право продажи», как запрещенную по причине ее предмета или ее последствий, целесообразно принять во внимание, в частности, природу и количество, ограниченное или иное, товаров, являющихся предметом соглашения, позицию и важность комитента и комиссионера на рынке рассматриваемых товаров, изолированную природу оспариваемого соглашения или, как вариант, его положение в ряду других соглашений, суровость статей, направленных на защиту исключительного дистрибьюторства или, как вариант, возможности, предоставляемые другим коммерческим конкурентам того же самого товара путем параллельного реэкспорта или импорта».

3.3. Пивоваренные контракты

Исключительные сбытовые соглашения, которые Суд решил рассматривать в качестве примера, в основном, касаются исключительных импортеров и в соответствии с заявлениями Комиссии на слушаниях, это было, в общем, истинно в отношении исключительных дистрибьюторских соглашениях, о которых она была уведомлена. В частности, они не касались непосредственно большого числа розничных торговцев, как в данном деле. В этом отношении решения Суда по пивоваренным контрактам могут иметь определенную ценность. Строя свою позицию на положении из решения MASCHINENBAU ULM, процитированного выше, в первом решении HAECHT (дело 23/67) Суд решил в отношении пивоваренных контрактов рассматриваемого вида (касающихся обязательства покупать только у одного пивоваренного завода) что:

«для того, чтобы исследовать применяется ли статья 85(1), соглашение не может рассматриваться в изоляции … от контекста, который исходя из фактических и юридических обстоятельств является причиной для предотвращения, ограничения или искажения конкуренции. Существование подобных контрактов может быть принято во внимание для этой цели в той мере, в которой основная часть контрактов этого типа может ограничить свободу торговли.

Если этот параграф вместе с параграфом, следующим за ним, применяется по аналогии к франчайзинговым соглашениям, я думаю, можно сделать вывод, что статья 85(1) применяется, если франшизиар из одного государства-члена имеет такое рыночное положение в другом государстве-члене, что через свои дочерние предприятия, если таковые имеются, и путем заключения большого числа франчайзинговых соглашений с независимыми предпринимателями, он существенно

препятствует доступу на рынок других производителей или оптовых торговцев в этом втором государстве-члене.

Как следует из параграфа 5 решения Суда по делу 43/69 (BILGER v. JEHLE) при принятии во внимание других сравнимых контрактов, а не только контрактов, заключенных большим числом розничных торговцев с одним и тем же производителем (или оптовым продавцом), но также и похожие контракты исключительной поставки, заключенные с другими производителями из того же самого государства, должны быть рассмотрены. В деле по пивоваренным контрактам комбинированный эффект этих контрактов между розничными продавцами и производителями в одном и том же государстве-члене может, на самом деле, закончиться разделением рынка. Насколько я могу заключить, Суд до настоящего времени имел дело только с пивоваренными контрактами между пивоварнями и их коммерческими клиентами в одном и том же государстве-члене. Я думаю, однако, что в принципе раздел рынков (или иные формы ограничения горизонтальной конкуренции) могут являться следствием комбинированного эффекта франчайзинговых соглашений для одних и тех же товаров независимо от места учреждения производителя или оптового торговца.

По предмету пивоваренных контрактов, я думаю, что решение Суда от 1 февраля 1977 года по делу 47/76 (DE NORRE v. BROUWERIJ CONCORDIA) также имеет некоторое отношение ко второму вопросу, заданному немецким Федеральным судом в настоящем деле. В этом решении Суд заявил, что вместо определенных различий, признаваемых Судом, между такими соглашениями и традиционными исключительными сбытовыми соглашениями, для которых Постановление 67/67 было первоначально принято, Постановление также применяется к пивоваренным контрактам, то есть «соглашениям, в которых только два предпринимателя из одного и того же государства-члена являются сторонами и, по которым одна сторона соглашается с другой приобретать только у нее определенные товары для розничной торговли и, которые не демонстрируют черты статьи 3 Постановления 67/67 Комиссии .., если они не подпадают под освобождение, то на них распространяется запрет, содержащийся в статье 85(1) Договора ЕЭС». Это правило было основано, в частности, на выводе, что «соглашение, подобное рассматриваемым, отвечает условиям, указанным в статье 1(1)(b) Постановления 67/67» как видно из параграфа 13 и по предыдущему решению в деле ROUBAIX-WATTRELOS (дело 63/69) как видно из параграфов 16-33.

Опять-таки, ссылаясь на это решение, я думаю, что при решении возможно или нет применять его по аналогии в настоящем деле, факт, что решение ограничивается соглашениями, в которых только два предпринимателя из одного и того же государства-члена являются сторонами, не имеет большой важности. В решении нет ничего, чтобы указывало, что Суд не рассматривал Постановление 67/67 как применимое к пивоваренным контрактам между розничным торговцем из одного государства-члена и пивоваренным производителем из другого государства-члена.

Однако, решение, естественно, оставляет совершенно открытым вопрос, являются ли другие характеристики франчайзинговых соглашений того вида, который рассматривается в настоящем разбирательстве, такими, которые действительно свидетельствуют против применения Постановления 67/67. Как я более детально докажу в последующих частях моего мнения, я думаю, что это на самом деле так.

3.4. Селективные сбытовые системы

В этих разбирательствах Pronuptia также ссылается на решение Суда по делу 26/76 (METRO v. E.C. COMMISSION). В параграфе 20 этого решения Суд отметил:

в секторе, касающемся производства высококачественных и технически продвинутых потребительских товаров длительного использования, где относительно малое количество крупных и средних производителей предлагают различные товары, которые или, которые таковыми считают потребители, взаимозаменяемыми, структура рынка не исключает наличие различных каналов сбыта, адаптированных к особым характеристикам различных производителей и требованиям различных категорий потребителей.

С этой точки зрения, Комиссия была права, признавая, что селективные сбытовые системы представляют собой, вместе с другими, элемент конкуренции, который соответствует статье 85(1), при условии, что розничные торговцы избираются на основе объективного критерия качественного характера, касающегося технической квалификации розничных торговцев и их персонала, соответствия его торговых помещений и, что эти условия являются единообразными для всех потенциальных розничных торговцев, а не применяются дискриминационным способом.

Простой факт, что рассматриваемые франчайзинговые соглашения, содержат не только качественный, но также жесткий количественный критерий, обозначает, с моей точки зрения, что это последнее предложение не применяется по аналогии к этому делу.

Предыдущее предложение параграфа 20 действительно имеет некоторое косвенное отношение к настоящему делу, как второе последнее предложение параграфа 21, которое гласит о следующем:

Для опытных оптовых и розничных торговцев желание поддерживать определенный ценовой уровень, который соответствует желанию сохранять в интересах потребителей возможность длительного существования этого канала сбыта в сочетании с новыми методами сбыта, основанными на различных типах конкурентной политики, формирует одну из целей, которые могут достигаться без обязательного нарушения запрета, содержащегося в статье 85(1), и, если запрет нарушен, в целом или частично, в соответствии со статьей 85(3).

Второе предложение параграфа 22 также, как мне кажется, имеет определенное отношение к настоящему делу. Оно показывает, что

Комиссия должна гарантировать, что структурная жесткость [цен, указанная в предыдущем предложении] не подкреплена, как это могло быть, если бы существовал рост числа селективных сбытовых сетей для сбыта одного и того же товара.

Наконец, параграф 24 указывает, какие положения не рассматривались Комиссией как ограничивающие конкуренцию.

В своем решении по делу 31/80 (L'OREAL v. DE NIEUWE AMCK) Суд указал в параграфе 17, что если прием в селективную сбытовую сеть осуществляется в соответствии с условиями, которые выходят за рамки простого объективного отбора качественного характера и, в частности, когда он базируется на количественном критерии, сбытовая система подпадает в принципе под действие статьи 85(1) при условии, что как Суд заметил в своем решении от 30 июня 1966 года (SOCIETE TECHNIQUE MINIERE v. MASCHINENBAU ULM GmbH) соглашение удовлетворяет определенным условиям, которые скорее зависят от его воздействия , в первую очередь, на торговлю между государствами-членами и, во вторую, на конкуренцию, чем от его юридического характера.

Следующих два параграфа определяют эти условия детально (в соответствии с параграфом 18 следует обратить внимание на последствия рассматриваемых соглашений для возможности параллельного импорта, в то время как параграф 19 ссылается, среди прочего, на параграфы первого решения по HAECHT, процитированного выше). По делу LANCOME (дело 99/79) Суд также принял такую же самую позицию, какую он выразил в параграфе 17. Параграфы, на которые дана ссылка, имеют также определенное отношение к данному делу.

В отношении запретной природы оговорки о помещениях такой, какая содержится в статье 4 рассматриваемого соглашения, Комиссия также полагается на параграф 51 решения Суда от 21 февраля 1984 года по делу 86/82 (HASSELBLAD v. E.C. COMMISSION). Подтверждив, что количественный селекционный критерий запрещен, этот параграф показывает, что статья 28 диллерского соглашения позволяет заявителю ограничивать свободу диллеров, включая уполномоченных дилеров, учреждать их предприятия в местах, в которых, как считает заявитель, их присутствие повлияет на конкуренцию между дилерами. Параграф 52 также подтверждает, что эта оговорка среди прочих является запрещенной.

3.5. Лицензионные соглашения

Так как лицензии также играют ключевую роль во франчайзинговых соглашениях, решения Суда по делу NUNGESSER (258/78) и по делу CODITEL II (262/81) имеют отношение к настоящему делу. В параграфе 58 решения по делу NUNGESSER Суд заключил, что «принимая во внимание специфический характер рассматриваемых товаров …в таком деле, как рассматриваемое, предоставление открытой исключительной лицензии, т.е. лицензии которая не влияет на положение третьих лиц, таких как параллельные импортеры и лицензиаты в других территориях, не является само по себе несовместимым со статьей 85(1) Договора». В параграфе 61 того же решения Суд указал, что он постоянно указывал «что абсолютная территориальная защита, представляемая лицензиату для того, чтобы он мог контролировать параллельный импорт и предотвратить результаты при искусственной поддержке раздельных национальных рынков, является противоречащей договору». Ключевая важность этого заявления подтверждена в параграфе 78.

В деле CODITEL II Суд указал, что «контракт, в котором владелец авторских прав на фильм предоставляет исключительное право показа этого фильма на оговоренный период на территории государства-члена, не является, как таковой, предметом

запретов, содержащихся в статье 85 в Договоре. Это, однако, является делом национальных судов, если необходимо, выяснить в каждом конкретном случае подпадает ли способ, посредством которого используются исключительные права, предоставленные контрактом, под ситуацию в экономической или юридической сфере, предметом или целью которой является предоставление или ограничение сбыта фильмов или искажение конкуренции на кинематографическом рынке, принимая во внимание специфические характеристики этого рынка. Однако, как указано в параграфе 19 этого решения, осуществление исключительных прав по прокату кинематографических фильмов не должно являться основанием inter alia (среди прочего) для «возможности взимания гонораров, которые превышают справедливый возврат инвестиций или исключительности, длительность которой является непропорциональной». Этот параграф, в частности, имеет отношение к настоящему делу, так как основные его положения касаются роялти.

4.Предлагаемые ответы на поставленные вопросы

4.1. Общие замечания

Все указанные судебные решения, я думаю, содержат элементы, которые необходимо помнить при ответе на поставленные вопросы.

Тип франчайзинговых соглашений, указанный в вопросах, соответствует, с моей точки зрения, описанию франчайзинговых соглашений, содержащихся в литературе и в прецедентном праве, указанном выше, настолько, насколько право использовать наименование компании и торговую марку или знак “Pronuptia de Paris, предоставление ноу-хау, в широком смысле, и обязательство оборудовать помещения в соответствии с образом франшизиара и в соответствии с его инструкциями являются центральным в этих соглашениях (статья 1(3), 3(1)-(3), 4(1) и 14). Фундаментальная важность этих факторов подтверждена согласованным лицензионным роялти в размере 10% от совокупного товарооброта франшизиата (статья 5(1)). В соответствии со статьей 3(5) соглашения франшизиат, однако, самостоятельно несет риски, связанные с функционированием его предприятия. С экономической точки зрения, я думаю, что прежде всего именно эти характеристики делают франчайзинговые соглашения экстраординарно привлекательными для франшизиаров как новый сбытовой метод. Для стороннего наблюдателя учреждение и содержание магазина в соответствии с контрактом напоминает дочернее предприятие. Как раз наоборот ситуации с дочерним предприятием, франшизиар не должен нести никаких инвестиционных расходов. Также

он не должен нести расходы на рыночные исследования места расположения магазина, так как в случае неадекватных продаж, (в особенности, если расходы выше, а прибыли ниже) он не несет никаких рисков, а имеет право на значительное роялти в размере 10 % от общего товарооборота.

Как видно из быстрого развития новой системы, она имеет преимущества также и для франшизиата. Главным преимуществом является, скорее всего, тот факт, что франшизиат получает доступ (в основном исключительный) к товарам высокого качества, которые уже имеют рыночную нишу. Рынок для таких товаров может быть, в частности, установлен в таких регионах рассматриваемых государств-членов, как в настоящем деле, так и в других франчайзинговых системах, упоминаемых франшизиатом, в которых франшизиар уже имеет дочерние компании и франчайзинговая система, таким образом, представляет собой продолжение системы дочерних предприятий, которые уже прошли тестирование рынком.

Для потребителя, в конце концов, наличие франчайзинговой системы рядом с другими сбытовыми системами может иметь некоторую привлекательность по тем же самым причинам и на тех же самых условиях, как и те, которые указаны в параграфе 20 решения по METRO в отношении селективных сбытовых систем. До тех пор, пока допуск франшизиатов в систему осуществляется на основании количественных ограничений (например, путем приема только одного франшизиата в определенную область, как в настоящем случае), я считаю, на основании решений L'OREAL, LANCOME, HASSELBLAD, что статья 85(1) должна применяться в принципе к рассматриваемому виду соглашений, если имеют место общие условия, разработанные в решениях Суда 32/65, 56 и 58/64, 56/65, 23/67, 43/69, 47/76, 26/76 и 258/78 (процитированные выше).

Я думаю, следующие критерии, имеющие отношение к оценке франчайзинговых соглашений, схожих с рассматриваемыми соглашениями, могут быть выведены из решений, на которые делались ссылки:

а) так как важным аспектом для применения статьи 85(1) в соответствии со всеми указанными решениями является горизонтальный эффект вертикальных соглашений (например, исключение определенных конкурентов, таких как параллельные импортеры), мне кажется, что вопрос является ли результатом франчайзингового соглашения справедливое разделение расходов и прибылей между франшизиаром и франшизиатом, не имеет сам по себе отношения к вопросу о применении статьи 85(1). То же самое относится, в принципе, и к

специфическим обязательствам франшизиата, таким как обязательство специализации (статья 3(3), 4(1) и 6(6)), обязательство размещать рекламу (статья 1(1) и 6(4)-(5)) и обязательство открыть и обслуживать магазин особым образом (статья 3(3) и 4(1)). В отношении таких вертикальных обязательств, я думаю, статья 85(1) может применяться только в каждом конкретном случае, когда показано, что они наносят вред третьим лицам (конкурентам, поставщикам, покупателям), что является редким, если существуют адекватные альтернативные сети сбыта подобных товаров;

b) если основным аспектом, таким образом, является горизонтальный эффект или, говоря более правильно, результаты соглашения для третьих лиц, тогда в соответствии с решениями Суда особое внимание должно быть уделено вопросам (i) остается ли возможным параллельный импорт (см. например, решения GRUNDIG-CONSTEN, BILGER и NUNGESSER); (ii) ограничен ли доступ к рынку других поставщиков или дилеров с точки зрения рыночного положения рассматриваемых поставщиков (см. цитаты из дел 56/65, 23/67, 43/69, 26/76 и 31/80); и (iii) является ли результатом соглашения увеличение цен (METRO и CODITEL II) или применяется ограничение цены путем контрактных обязательств или договоренностей со стороны франшизиара, его дочерних предприятий и его различных франшизиатов.

В отношении этого последнего критерия мое мнение противоположно указанным выше американским и немецким решениям, что решения Суда в отношении поддержания послепродажных цен и других форм ценовых соглашений должно применяться только в том случае, если сторона занимает экономически сильное положение на местном рынке или, если поддержание цен также применяется конкурентами. В свете параграфов 21 и 22 решения METRO, я думаю также, что сильное, направленное на повышение, влияние на цены, которое наверняка осуществляется через положения о роялти в рассматриваемых соглашениях, должно рассматриваться как основание для применения статьи 85(1) если франшизиар из одного государства-члена диктует цены или другим образом осуществляет экономическое давление на значительном числе местных рынков в другом государстве-члене.

На основании этих критериев, я думаю, можно дать достаточно четкий ответ на первый вопрос, поставленный национальным Судом, чтобы дать возможность этому

суду вынести решение по фактическим обстоятельствам в данном деле. Я думаю, более конкретный ответ, чем предложен Комиссией, является желательным.

Так как по причинам, которые я назову ниже я считаю, что Постановление 67/67 не применимо к франчайзинговым соглашениям таким как рассматриваемое сейчас вопрос 3 по порядку задавания не нуждается как таковой в ответе. В своем решении Суд мог бы, однако, прояснить, что обязательства, похожие на обстоятельства, указанные в подпунктах (b), (d) и (e) вопроса 3 не могут, за исключением необычных обстоятельств, рассматриваться как ограничения конкуренции в пределах значения статьи 85(1).

4.2. Ответ на первый вопрос

В свете критериев, которые я вывел из решений Суда и суммировал выше, я думаю статьи 1(1) и (2), 3(3), 4(1), 5(1), 6(1)-(6) соглашений являются особенно важными для ответа на первый вопрос. Так как в соответствии с существующей литературой и прецедентным правом природа франчайзинговых соглашений остается неопределенной, я бы зашел так далеко, что предположил, чтобы Суд ограничил свой ответ на первый вопрос, заданный Немецким Судом, франчайзинговыми соглашениями с таким же содержанием, как те, которые заключены между сторонами в настоящем деле. Было бы также очень полезно для практиков, если бы Суд подытожил эти соглашения в своем решении. Ответ на первый вопрос может быть, с моей точки зрения, следующим:

статья 85(1) Договора ЕЭС применима к таким франчайзинговым соглашениям, как соглашение, заключенное сторонами в настоящем деле настолько, насколько inter alia:

a) они заключены между франшизиаром из одного государства-члена или его дочерним предприятием, как указано в Вопросе 3(a), и одним или более франшизиатами из одного или более государств-членов; и

b) посредством своих дочерних предприятий и франшизизиатов в одном или более государствах-членах или на значительной части их территории, франшизиар имеет значительную долю рынка соответствующего продукта;

и либо

c) соглашение предотвращает или ограничивает или имеет целью предотвратить или ограничить параллельный импорт продуктов, являющихся

предметом контракта, на контрактную территорию или экспорт этих продуктов франшизиатом в другие государства-члены или

d) результатом соглашения, в частности, благодаря учреждению местных или региональных монополий на товары, являющиеся предметом контрактов, посредством положений о роялти и контрактным положениям или договоренностям в отношении установления цен и при отсутствии эффективной конкуренции подобных продуктов, является установление неразумно высоких розничных цен или, так сказать, цен, которые не могли бы устанавливаться, если бы существовала эффективная конкуренция, даже при условии более высокого качества товаров, являющихся предметом контракта.

Формулируя настоящий ответ, я точно указал, что критерий c) и d) должны рассматриваться как альтернативные критерии. В соответствии с решениями Суда критерий c) делает ударение на абсолютную территориальную защиту национальных рынков, что не может не окончиться значительным ограничением горизонтальной конкуренции, за исключением случаев, когда рассматриваемые рыночные доли являются незначительными. В критерий d), с другой стороны, акцент поставлен на предотвращение увеличения монополистических цен, что, как правило, возможно, если заинтересованная сторона имеет значительную долю соответствующего местного или регионального рынка и, если нет понижающего влияния на цены, являющегося результатом других методов сбыта подобных товаров.

4.3. Ответ на второй и третий вопросы

Я согласен с Комиссией и французским правительством, что блоковое исключение для франчайзинговых соглашений является желательным. Я считаю это особенно желательным, принимая во внимание частоту, с которой в настоящее время они используются, и их, в основном, взаимовыгодную природу. Как правило, только при особых рыночных обстоятельствах (в частности, отсутствии конкурирующих сбытовых систем) или если они применяются особым способом, в котором намеренное или ненамеренное ограничение конкуренции ассоциируется с ними, они могут находиться на пути исключения в соответствие со статьей 85(3) Договора ЕЭС.

Как правило, франчайзинговые соглашения будут, по-видимому, выгодными для потребителей, улучшая сбыт товаров, так как они делают возможным быстрое проникновение новых товаров и продуктов с особенными качествами на разрозненные

местные розничные рынки. Целью Комиссии, в первую очередь, является приобретение необходимого опыта путем одобрения большого количества индивидуальных решений в показательных случаях и, затем, в Постановлении по блоковому исключению в соответствии с четырьмя условиями статьи 85(3), чтобы положить основу условиям, при которых позитивному эффекту франчайзинговых соглашений может быть приписан больший вес, чем ограничение конкуренции, которое может рассматриваться существенным для их положительного эффекта.

Также, как Комиссия и французское правительство, я считаю, однако, что Постановление 67/67 не может быть применимо к франчайзинговым соглашениям того рода, какие рассматриваются сейчас. Для меня следующие соображения сыграли решающую роль при принятии такого решения:

в первую очередь, ясно, что, когда Постановление 67/67 было принято, франчайзинговые соглашения по сбыту товаров внутри Сообщества использовались крайне редко. Во время подготовки Правила, таким образом, специфические проблемы, которые они затрагивали, сами по себе не принимались во внимание. Проблемы, которым уделялось внимание при подготовке этого Правила, и в отношении которых был приобретен значительный опыт, как требуется четвертым пунктом преамбулы Правила 19/65, касались, фактически, только исключительных импортеров. Точно также в соответствии с ответами Комиссии на вопрос, который я поставил на слушаниях, во время подготовки последних блоковых исключений по исключительной дистрибуции и исключительным соглашениям по приобретению, их применение к франчайзинговым соглашениям не было рекомендовано заинтересованными сторонами или правительственными экспертами.

Во-вторых, на основании литературы и прецедентного права, указанного выше, и точек зрения франчайзинговых организаций, указанных выше, я думаю, что франчайзинговые соглашения в основном характеризуются усилиями, посредством лицензии на торговые наименования, торговые знаки или символы, ноу-хау в широком смысле, а также другими положениями для приравнивания коммерческой практики франшизиата так близко, насколько это возможно к коммерческой практике франшизиара или его дочерних предприятий. Франшизиат, со своей стороны, полностью ответственен за риски своего предприятия и обязан уплачивать роялти, в настоящем случае, весьма значительные, франшизиару. Обязательства по исключительной поставке и приобретению играют второстепенную роль и, с точки

зрения антимонопольной политики, они могут быть оценены применятся в контексте целей, поставленных для достижения, а именно полной интеграции франшизиатов в сеть франшизиара как единообразно управляемые розничные предприятия. В Постановлении 67/67, с другой стороны, лицензионные соглашения являются дополнительными по своей природе.

В-третьих, франчайзинговые соглашения с такими же характеристиками, как рассматриваемые нами, также существенно отличаются от пивоваренных контрактов (в отношении которых, как постановил Суд, Постановление 67/67 должно применяться), так как они имеют свои результатом формирование жестких местных или региональных монополий для рассматриваемых товаров. В этом отношении я ссылаюсь, в частности, на статью 1 представленных соглашений. Более того, различия, на которые я указывал в предыдущем параграфе, между этими соглашениями и исключительными сбытовыми соглашениями также существуют в отношении пивоваренных контрактов.

В-четвертых, я думаю, что применение Постановления 67/67 исключается статьей 3(b) этого Постановления. Франчайзинговые соглашения, такие, как рассматриваемые нами, дают франшизиату абсолютную территориальную защиту и усложняют дилерам получение товаров, являющихся предметом контрактов других дилеров внутри Общего рынка. В дополнение к статье 1, которую я уже упоминал, а ссылаюсь в этом отношении на статьи 3(3)–(6) и 4(1) соглашения.

По этим четырем причинам я предлагаю, чтобы Суд ответил на второй вопрос, заданный национальным Судом, следующим образом:

Постановление 67/67 по применению статьи 85(3) Договора к определенным категориям исключительных дилерских соглашений не применяется к франчайзинговым соглашениям с содержанием, схожим с содержанием контрактов, заключенных сторонами в настоящем деле.

Таким образом, нет необходимости отвечать на третий вопрос, заданный национальным Судом. Однако, ответ, который я предложил на первый вопрос, может, возможно в комбинации с замечаниями, которые Суд может пожелать сделать в своем решении в отношении статей соглашения, которые не ограничивают конкуренцию, даст возможность национальному суду решить, какие из положений соглашения, указанные в третьем вопросе, могут рассматриваться как имеющее отношение к применению статьи 85(1).

Решение

[1] Приказом, датированным 15 мая 1984 года, полученным Судом 25 июня, Немецкий суд в соответствии со статьей 177 Договора ЕЭС задал вопросы, касающиеся толкования статьи 85 Договора ЕЭС и Постановления Комиссии 67/67 от 22 марта 1967 года, касающихся применения статьи 85(3) к категориям исключительных дилерских соглашений с тем, чтобы было определено, применяются ли эти положения к франчайзинговым соглашениям.

[2] Эти вопросы были подняты в ходе разбирательств между фирмой Pronuptia de Paris GmbHП из Франкфурта-на-Майне (далее именуемое «франшизиар»), дочерним предприятием французской компании с таким же наименованием, и госпожой Шилгалис из Гамбурга, которая ведет предпринимательскую деятельность под наименованием Pronuptia de Paris (именуемая франшизиат). Разбирательство касается обязательства франшизиата уплатить франшизиару платежи, основанные на данных по продажам за период с 1978 по 1980 годы.

[3] Французская материнская компания франшизиара сбывает под наименованием Pronuptia de Paris свадебные платья и другую одежду, используемую на свадьбах. Сбыт этих товаров в Федеративной Республике Германия осуществляется, частично, через магазины, управляемые непосредственно ее дочерним предприятием и, частично, через магазины, принадлежащие независимым розничным торговцам, связанным с дочерним предприятием франчайзинговыми соглашениями, заключенными от ее имени дочерним предприятием, действующим как от имени материнской компании, так и от своего собственного имени.

[4] Тремя соглашениями, подписанными 24 февраля 1980 года, франшизиат получил франшизу на три различных области: Гамбург, Ольденбург и Ганновер. Условия этих трех соглашений по практическим целям идентичны. Более точно они включают следующие положения:

[5] Франшизиар:

- предоставляет франшизиату исключительное право использования торговой марки Pronuptia de Paris для продажи своих товаров и услуг на определенной территории, отмеченной на карте, приложенной к соглашению, а также право рекламировать себя на этой территории;

- соглашается не открывать другого магазина Pronuptia на рассматриваемой территории и не предоставлять товаров или услуг третьим лицам на этой территории;
- соглашается помогать франшизиату в предпринимательской деятельности и продвижении товаров, в открытии и оформлении магазина, обучении персонала, предоставлении методов продаж, в предоставлении рекомендаций по товарам и моделям, продажам, маркетингу и, в общем, в любом аспекте, в котором, в соответствии с опытом франшизиара, последний может предоставить значительную помощь в улучшении товарооборота и прибыльности франшизиата.

[6] Франшизиат, который остается единственным собственником своего бизнеса, и несет в соответствии с этим риски, обязуется:

- использовать наименование Pronuptia de Paris и торговать под этим наименованием только в магазине, указанном в соглашении. Магазин должен быть оборудован, в основном, для продажи свадебных товаров в соответствии с рекомендациями франшизиара с целью защиты торговой марки, используемой сбытовой сетью Pronuptia. Магазин не может быть перенесен в другое место или переоборудован без одобрения франшизиара;
- приобретать у франшизиара 80% требуемых свадебных платьев и аксессуаров, а также частично в соответствии с долей, определяемой только франшизиаром, вечерние платья и официальную одежду; приобретать оставшуюся часть товаров у поставщиков, одобренных франшизиаром;
- уплатить франшизиару в обмен на предоставленные выгоды первоначальный платеж за контрактную территорию в размере 15 тысяч немецких марок и в течении действия контракта роялти, составляющее 10% товарооборота от продажи как товаров Pronuptia, так и товаров других марок. Вечерние платья, приобретаемые у поставщиков иных, чем Pronuptia, не включаются в эту цифру;
- принимать во внимание, без ущерба для своей свободы назначать свои розничные цены, рекомендации по ценам продажи, предлагаемые франшизиаром;
- проводить рекламную компанию на лицензионной территории только с разрешения франшизиара и, в любом случае, согласовывать такую рекламу с

рекламой, проводимой на национальном и международном уровне франшизиаром. Распространять добросовестно, насколько это возможно, каталоги и другие средства, способствующие продвижению товаров, поставляемые франшизиаром. Использовать в целом коммерческие методы, сообщенные франшизиаром франшизиату;

- добиваться основной цели - продажи свадебных платье;
- удерживаться от действий, направленных на конкуренцию с бизнесом Pronuptia и, в частности, не открывать предприятий с идентичными или похожими целями, какие предусмотрены соглашением; не участвовать прямо или косвенно в таких предприятиях на территории Федеративной Республики Германии, включая Восточный Берлин, или на любой другой территории, где Pronuptia представлена любым образом в течении срока действия соглашения и одного года после его прекращения;
- не передавать третьим лицам прав и обязанностей, возникающих из контракта, не продавать предприятия без предварительного согласия франшизиара. Понимается, что франшизиар должен предоставить свое согласие, если передача требуется по причинам здоровья и новая договаривающаяся сторона может доказать, что она является платежеспособной и не является в какой-либо форме конкурентом франшизиара.

[7] Суд первой инстанции принял решение, что франшизиат должен оплатить 158 502 немецких марки в качестве роялти в соответствии с его товарооборотом за 1978-1980 годы. Франшизиат обжаловал это решение в Высший земельный суд Франкфурта-на-Майне, заявив, что он не должен платить роялти, так как соглашение нарушает статью 85(1) Договора и не подпадает под блоковое исключение для исключительных дилерских соглашений, предусмотренное Постановлением 67/67. В судебном решении от 2 декабря 1982 года Высший земельный суд принял аргументы франшизиата. Он решил, что взаимные обязательства об исключительности представляют собой ограничения конкуренции внутри Общего рынка, так как франшизиар не имел права осуществлять поставки другим предприятиям на контрактной территории, а франшизиат мог приобретать или продавать другие товары из других государств-членов только в очень ограниченном количестве. Так как ни одно из исключений в соответствии со статьей 85(3) не применяется к ним, заключил Высший земельный суд, эти соглашения должны рассматриваться как недействительные в соответствии со статьей

85(2). В отношении вопроса об освобождении, Высший земельный суд, в частности, заключил, что ему нет необходимости принимать решение исключаются ли в принципе франчайзинговые соглашения из применения Постановления 67/67. В действительности, в соответствии с мнением Высшего земельного суда, рассматриваемые соглашения, в любом случае, не подпадают под сферу действия статьи 1 Постановления и представляет собой ограничение конкуренции, которые не покрываются статьей 2.

[8] Франшизиар обратился в порядке надзора пересмотреть это судебное решение в Немецкий Федеральный Суд с ходатайством оставить решение суда первой инстанции в силе. Немецкий Федеральный Суд пришел к мнению, что его решение о применении зависит от толкования законодательства Сообщества. Он обратился с просьбой, чтобы Суд вынес предварительное решение по следующим вопросам:

1. Применяется ли статья 85(1) Договора ЕЭС к франчайзинговым соглашениям, таким как контракты между сторонами, которые имеют своей целью учреждение специальной сбытовой системы, по которой франшизиар предоставляет франшизиату в дополнение к товарам определенное торговое наименование, торговые знаки, материалы и услуги?
2. Если на первый вопрос ответ будет положительным, применяется ли Постановление 67/67 Комиссии ЕЭС от 22 марта 1967 года по применению статьи 85(3) Договора к определенным категориям исключительных дилерских соглашений к настоящим контрактам?
3. Если на второй вопрос ответ будет положительным -

а) будет ли применяться Постановление 67/67 ЕЭС, если несколько предпринимателей, будучи юридически независимыми, связанные друг с другом коммерческими связями и формирующие единую экономическую структуру для целей контракта, участвуют в качестве одной стороны соглашения;

б) применяется ли Постановление 67/67, в частности, статья 2(2)(c) этого Постановления к обязательству франшизиата рекламировать товар исключительно по предварительному согласию франшизиара и способом, соответствующим рекламе последнего, используя рекламные материалы, поставляемые последним и в целом используя те же самые предпринимательские методы? Важно ли в этой связи, что рекламные материалы

франшизиара содержат ценовые рекомендации, которые не являются обязательными?

c) применяется ли Постановление 67/67 ЕЭС и, в частности, статьи 1(1)(b), 2(1)(a) и 2(b) к обязательству франшизиата ограничиваться продажей контрактных товаров исключительно в или, по крайней мере, в большей мере в особых помещениях, специально обустроенных для этих целей?

д) применяется ли Постановление 67/67 ЕЭС и, в частности,

статья 1(1)(b) этого Постановления к обязательству франшизиата, который обязан приобретать большинство своих товаров у франшизиара, приобретать оставшуюся часть товаров, являющихся предметом контракта, исключительно у поставщиков, одобренных франшизиаром?

e) санкционирует ли Постановление 67/67 обязательства франшизиара предоставлять франшизиату коммерческую, рекламную и профессиональную поддержку?

На первый вопрос

[9] Фирма Pronuptia de Paris ГмбХ из Франкфурта-на-Майне, франшизиа, аргументировала, что система франчайзинговых соглашений делает возможным комбинирование преимуществ, формы сбыта, которые представляют однородное лицо публике (так же, как и дочерние предприятия), со сбытом независимыми розничными торговцами, которые самостоятельно несут риск продажи. Эта система, созданная из сети вертикальных соглашений, предполагает гарантирование единообразного образа для внешнего мира, усиливает способность франшизиара конкурировать на горизонтальном уровне, так сказать, в отношении других форм сбыта. Система, таким образом, делает возможным для предприятия, которое бы в противном случае не имело необходимых финансовых ресурсов в своем распоряжении, создание над-региональной сбытовой сети, вмещающей в себя в качестве франшизиатов малые предприятия, которые продолжают сохранять свою автономию. С точки зрения этих преимуществ статья 85(1) не может применяться, если франчайзинговые соглашения не содержат ограничений свободы договаривающихся сторон, которые выходят за рамки ограничений, требуемых природой франчайзинговой системы. Исключительная поставка и положения о запасных товарах на складах до той степени, при которой их

целью является обеспечение единообразного набора товаров; обязательство использовать единообразные продвиженческие материалы, единообразное оформление договорных помещений и запрет продажи в других магазинах товаров, поставляемых по соглашению, присущи самой природе франчайзинговых соглашений и, таким образом, выходят за рамки действия статьи 85(1).

[10] Миссис Шилгалис, франшизиат, предлагает, чтобы на первый вопрос был дан положительный ответ. Рассматриваемые контракты характеризуются территориальной защитой, предоставляемой франшизиату. Они не могут сравниваться с соглашениями о коммерческих агентах, принимая во внимание, что в отличие от последних, франшизиаты действуют под своим собственным наименованием, за свой собственный счет, самостоятельно несут риски. Рассматриваемая система франчайзинговых соглашений вовлекает значительное ограничение конкуренции, принимая во внимание тот факт, что Pronuptia, как она сама себя провозглашает, является французским мировым лидером на рынке свадебных платьев и аксессуаров.

[11] Французское правительство, со своей стороны, утверждает, что статья 85(1) может применяться к франчайзинговым соглашениям, которые являются контрактами, касающимися сбыта товаров, заключаемым с независимыми предпринимателями, но она не обязательно должна применяться, принимая во внимание позитивные аспекты таких соглашений.

[12] Комиссия поддерживает, что сфера применения статьи 85(1) не ограничена специфичными типами контрактов. При соответствии ее положениям, таким образом, статья 85(1) применяется одинаково и к тем соглашениям, кроме поставки товаров, которые имеют своим предметом лицензирование торгового наименования и торговой марки, зарегистрированной или нет, или предоставление услуг.

[13] Мы должны начать, заметив, что франчайзинговые соглашения, чья законность до сих пор не рассматривалась настоящим Судом, представляют огромное разнообразие. Из аргументов, представленных Суду, необходимо отличать различные типы франшиз, в частности: франчайзинговые соглашения по предоставлению услуг, по которым франшизиат предлагает услуги под знаком и торговым наименованием или торговой маркой франшизиара и следует указаниям франшизиара; производственные франчайзинговые соглашения, по которым франшизиат самостоятельно производит в соответствии с инструкциями франшизиара товары, которые он продает под торговой маркой франшизиара; и, наконец, сбытовые франчайзинговые соглашения, по которым

франшизиат ограничивает сам себя продажей определенных товаров в магазине, носящем марку франшизиара. Суд будет рассматривать только этот третий тип соглашений, который соответствует тому типу, который ясно описан в вопросе национального суда.

[14] Также следует заметить, что совместимость сбытовых франчайзинговых соглашений со статьей 85(1) не может быть оценена абстрактно, но зависимости от статей, содержащихся в таких соглашениях. Для того, чтобы дать полностью полезный ответ национальному суду, настоящий Суд будет рассматривать те контракты, которые имеют содержание сходное с описанными выше.

[15] В сбытовых франчайзинговых системах, как эта, предприятие, учрежденное как дистрибьютор на рынке и которое, таким образом, может совершенствовать различные коммерческие методы, предоставляет независимым предпринимателям шанс, за определенную цену, утвердить себя на других рынках, используя торговую марку и коммерческие методы, которые создали успех франшизиару. Это более чем метод сбыта, это способ финансового эксплуатирования определенного количества знаний без инвестирования собственного капитала франшизиара. В то же самое время эта система дает возможность предпринимателю, у которого недостает необходимого опыта, получить методы, которые они смогли бы получить иным образом только после длительных усилий и поиска, и позволяет им также получать прибыль от репутации торговой марки. Сбытовые франчайзинговые соглашения, таким образом, отличаются как от дилерских соглашений, так и от соглашений, которые обязывают уполномоченных продавцов, назначенных в соответствии с системой селективного сбыта, которая не предполагает ни использования единой торговой марки, ни применения единообразных коммерческих методов, ни уплаты роялти в обмен на предоставленные таким образом преимущества. Такая система, которая позволяет франшизиару использовать преимущества своего успеха, не является сама по себе ограничивающей конкуренцию. Для ее функционирования необходимо наличие двух условий.

[16] Первое, франшизиар должен иметь возможность сообщить свое ноу-хау франшизиатам и предоставить им необходимую помощь во внедрении его методов без риска, что это ноу-хау и помощь будет способствовать его конкурентам, даже косвенно. Таким образом, те статьи, которые являются существенными для предотвращения этого риска, не представляет собой ограничения конкуренции в смысле статьи 85(1). Это

включает запрет для франшизиата открывать в течение срока действия франшизы или в течение разумного срока после ее прекращения, магазин с идентичной или схожей целью в той области, где он сможет конкурировать с одним из членов сети. То же самое применяется к обязательству франшизиата не продавать магазин без предварительного согласия франшизиара, эта статьи служит гарантией, что выгоды ноу-хау и предоставленной помощи не попадут косвенно к конкурентам.

[17] Второе, франшизиар должен иметь возможность предпринять необходимые меры для сохранения единообразия и репутации сети, которая олицетворяется торговой маркой. Следовательно, те статьи, которые являются основанием для такого контроля, как обязательные для той цели, не представляет собой ограничений конкуренции в смысле статьи 85(1).

[18] Это покрывает обязательство франшизиата применять коммерческие методы, разработанные франшизиаром, и использовать предоставленное ноу-хау.

[19] Именно это является следствием обязательства франшизиата торговать только товаром, являющимся предметом соглашения, в установленных помещениях, оборудованных в соответствии с требованиями франшизиара, что имеет своей целью гарантировать единообразный образ, соответствующий оговоренным требованиям. Такие же требования применяются к выбору местонахождения магазина, что может также негативно повлиять на репутацию сети. Это объясняет, почему франшизиат не может перенести магазин в другое место без согласия франшизиара.

[20] Запрет франшизиату переуступать права и обязанности по контракту без разрешения франшизиара гарантирует право франшизиара на свободный выбор франшизиатов, чья квалификация в качестве торговцев является существенной для учреждения и сохранения репутации сети.

[21] Благодаря контролю, осуществляемому франшизиаром за отбором товаров, предлагаемых франшизиатом, потребитель может найти в любом магазине франшизиата товары одинокового качества. В некоторых случаях формулирование объективных качественных спецификаций может не играть практического значения, например, в сфере модельных товаров. Внедрение таких спецификаций может также, из-за большого числа франшизиатов, повлечь за собой слишком большие издержки для франшизиара. Статья, предусматривающая, что франшизиат может продавать товары, предоставленные франшизиаром или поставщиками, отобранными последним,

должна в таких обстоятельствах рассматриваться как необходимая для защиты репутации сети. Однако, она не должна работать как предотвращающая возможность франшизиата получать товары от других франшизиатов.

[22] Наконец, так как рекламирование вносит свою лепту в определение образа, с которым потребитель отождествляет торговую марку, символизирующую сеть, статья, которая требует, чтобы франшизиаты представляли любую рекламу на одобрение франшизиару, является существенной для сохранения идентичности сети, при условии, что одобрение касается только характера рекламы.

[23] С другой стороны, необходимо подчеркнуть, что, будучи совершенно далекими от необходимости защиты предоставленного ноу-хау или сохранения идентичности и репутации сети, некоторые статьи действительно ограничивают конкуренцию между ее членами. Это касается статей, которые санкционируют раздел рынков между франшизиаром и франшизиатами или между франшизиатами и которые предотвращают ценовую конкуренцию между ними.

[24] Внимание национального суда в этом отношении должно быть обращено к статье, которая требует, чтобы франшизиат продавал поставленные контрактные товары только из местонахождения, определенного в контракте. Эта статья запрещает франшизиату открывать второй магазин. Ее реальная важность видна, если сопоставить ее с обязательством франшизиара перед франшизиатом гарантирования исключительности использования лицензированной торговой марки на предоставленной территории. Для того, чтобы выполнить обещание, данное франшизиату, франшизиар должен не только воздерживаться от открытия на этой территории самостоятельно, но также гарантировать, что другие франшизиаты не откроют другой магазин вне предоставленной им территории. Сопоставление статей этого типа приводит к определенному разделу рынков между франшизиаром и франшизиатами или среди франшизиатов и, таким образом, ограничивает конкуренцию внутри сети. Как следует из судебного решения по делу CONSTEN AND GRUNDIG v. EEC COMMISSION этот тип ограничений представляет собой ограничение конкуренции в смысле статьи 85(1), так как он касается торговой марки, которая уже широко известна. Конечно же возможно, что потенциальный франшизиат не хочет нести риски при присоединении к сети и осуществлении инвестиций, уплачивая достаточно высокий вступительный взнос и соглашаясь уплачивать значительный годовой платеж, если у него нет уверенности, что его предпринимательская

деятельность не будет прибыльной благодаря определенной защите от конкуренции со стороны франшизиара и других франшизиатов. Это соображение может быть, однако, значительным только в контексте исследования соглашения в свете условий статьи 85(3).

[25] Хотя статьи, ограничивающие способность франшизиата устанавливать свои собственные цены совершенно свободно, ограничивают конкуренцию, ситуация совершенно иная, когда франшизиар просто сообщает франшизиатам рекомендуемые цены, при условии, однако, что не существует договоренности между франшизиаром и франшизиатами или между франшизиатами действительно применять эти цены. Национальный суд должен определить самостоятельно, удовлетворяется ли это условие.

[26] Наконец, необходимо сказать, что сбытовые франчайзинговые соглашения, содержащие статьи, касающиеся раздела рынков между франшизиаром и франшизиатами или между франшизиатами, могут, в первую очередь, негативно повлиять на торговлю между государствами-членами, даже если такие соглашения заключены между предприятиями, находящимися в одном государстве-члене, в такой мере, что они будут препятствовать франшизиатам открывать свои отделения в других государствах-членах.

[27] С точки зрения приведенных выше размышлений, на первый вопрос можно ответить следующим образом:

1. Совместимость сбытовых франчайзинговых соглашений со статьей 85(1) зависит от статей, содержащихся в соглашениях, и от экономического контекста, в котором они заключены;
2. Статьи, необходимые для защиты предоставленного франшизиаром ноу-хау и помощи от получения выгоды конкурентами не представляют собой ограничений конкуренции с точки зрения содержания статьи 85(1);
3. Статьи, имплементирующие контроль, достаточный для сохранения идентичности и репутации организации, представленной торговой маркой, также не представляют собой ограничения конкуренции с точки зрения содержания статьи 85(1);
4. Статьи, благодаря которым происходит раздел рынков между франшизиаром и франшазиатами или между франшизиатами, представляют собой ограничение конкуренции с точки зрения содержания статьи 85(1);

5. Факт сообщения франшизиаром франшизиатам предлагаемых цен не представляет собой ограничения конкуренции, при условии, что между франшизиаром и франшазиатами или между франшизиатами не было достигнуто договоренности об эффективном применении этих цен;

6. Сбытовые франчайзинговые соглашения, содержащие статьи о разделе рынков между франшизиаром и франшазиатами или между франшизиатами, могут негативно повлиять на торговлю между государствами-членами.

На второй вопрос

[28] Второй вопрос, который задан только в случае положительного ответа на первый вопрос, касается того, применяется ли к сбытовым франчайзинговым соглашениям Постановление Комиссии 67/67 от 22 марта 1967 по применению статьи 85(3) Договора к некоторым категориям исключительных дилерских соглашений. В свете представленных выше рассуждений относительно статей, которые влияют на раздел рынка между франшизиаром и франшазиатами или между франшизиатами, этот вопрос сохраняет некоторое отношение и мы, таким образом, должны рассмотреть его.

[29] Фирма Pronuptia de Paris, франшизиар, настаивает, чтобы Суд ответил на второй вопрос положительно. Постановление 67/67 должно применяться к обязательствам по исключительной дистрибуции и поставке независимо от того встречаются ли такие обязательства в соглашениях, которые также лицензируют торговую марку и другие отличительные марки предприятия. Во франчайзинговых соглашениях обязательства по исключительной закупке и сбыту предлагают преимущества, перечисленные в пункте 6 преамбулы Постановления 67/67. Статьи, иные нежели прямо предусмотренные Статьей 2 Постановления 67/67, не будут представлять препятствий для применения освобождения, т.к. они не ограничивают конкуренцию в смысле статьи 85(1).

[30] Госпожа Шилгалис, франшизиат, считает, что Постановление 67/67 не применяется к франчайзинговым соглашениям. Во-первых, это Постановление было разработано Комиссией на основе ее опыта до одобрения, опыта, который был ограничен дилерскими соглашениями. Во-вторых, франшизиар совершенно очевидно имеет большую власть на франшизиатом, нежели поставщик над дистрибьютором. В-третьих, ограничение конкуренции, присущее

франчайзинговым соглашениям, также встречается на горизонтальном уровне, т.к. франшизиар чаще всего работает через свои дочерние предприятия, которые функционируют на такой же стадии экономического процесса как и франшизиаты.

[31] Французское правительство строго придерживается мнения, что Постановление 67/67 не применимо к контрактам такого типа.

[32] Комиссия допускает, что у нее нет достаточного опыта для определения концепции франчайзинговых соглашений. Она добавляет, что целью Постановления 67/67 было не разрешение ограничения конкуренции, содержащихся в соглашениях, лицензирующих торговые марки, торговые наименования или символы, лицензии, которые с передачей ноу-хау и коммерческрой помощи, представляют собой существенный элемиент во франчайзинговых соглашениях. Однако, если лицензионные соглашения такого рода содержат согласие поставлять товары для перепродажи и, если согласие на поставки может быть отделено от согласия на лицензии, Постановление 67/67 могло бы применяться к соглашениям поставки, если его соответствующие положения отвечают требованиям постановления. В этом отношении исключительный дилер не может, в этом качестве, представлять ограничений конкуренции иным образом, чем определено в Статьях 1(1) и 2(1) Постановления. В соглашениях, являющихся предметом вопросов Немецкого Федерального суда, статья о местонахождении, содержащаяся во франчайзинговом соглашении, устанавливает такие близкие взаимоотношения между элементами исключительной дистрибуции и лицензирования во франчайзинговых соглашениях, что эти элементы представляют собой неразрывное целое, делая групповое освобождение, не применимым даже к той части контракта, которая касается предоставления исключительных прав продажи.

[33] Целесообразно будет в этой связи обратить внимание на некоторые элементы в тексте Поставноелния 67/67. Во-первых, категория соглашений, выигрывающих от группового освобождения, определена со ссылкой на

взаимное (или не взаимное) обязательство по сбыту и приобретению, а не со ссылкой на такие элементы как общая торговая марка, применение единообразных коммерческих методов и уплата роялти в обмен на предоставляемые выгоды, которые характерны для сбытовых франчайзинговых соглашений. Во-вторых, сами положения Статьи 2 четко касаются только соглашений по исключительным продажам, природа каковых, как указано выше, отличается от природы сбытовых франчайзинговых соглашений. В-третьих, та же самая Статья перечисляет ограничения и обязательства, которые могут быть возложены на исключительного дистрибьютора без ссылки на те обязательства, которые могут быть предусмотрены как обязательства другой договаривающейся стороны. В то время как в случае сбытовых франчайзинговых соглашений обязательства, возлагаемые на франшизиара, в особенности обязательство передать ноу-хау и предоставлять помощь франшизиату, предполагают очень специфичную особенность. В-четвертых, перечень обязательств, возлагаемых на исключительного дистрибьютора, установленные в Статье 2(2) не разрешают ни включение обязательства по уплате роялти, ни оговорки, которая устанавливает систему контроля, характерную для сохранения единообразия и репутации сети.

[34] Мы может заключить, таким образом, что Постановление 67/67 не применимо к сбытовым франчайзинговым соглашениям таким как те, которые исследуются в ходе настоящего разбирательства.

На третий вопрос

[35] С точки зрения ответов, представленных на второй вопрос национального суда, третий вопрос является несущественным.

Расходы

[36] Расходы, понесенные Французским правительством и Комиссией Европейского Сообщества, которые представляли свои соображения Суду, не подлежат возмещению. Так как это разбирательство, принимая во внимание стороны заинтересованные в основном разбирательстве, по характеру действий,

рассматриваемых национальным судом, решение относительно расходов по делу должно быть принято этим национальным судом.

На этом основании, СУД, отвечая на вопросы Немецкого Федерального суда, приказом от 15 мая 1984г.

НАСТОЯЩИМ ПОСТАНОВЛЯЕТ:

1. (a) Совместимость сбытовых франчайзинговых соглашений со Статьей 85(1) зависит от статей, содержащихся в контрактах, и от экономического контекста, в котором они были заключены;

(b) Статьи, необходимые для предотвращения предоставленного франшизиаром ноу-хау и помощи получения выгоды конкурентами франшизиара не представляют собой ограничения конкуренции в смысле статьи 85(1);

(c) Статьи, имплементирующие контроль, необходимый для сохранения единообразия и репутации системы, ассоциируемой с торговой маркой, также не представляют собой ограничения конкуренции в смысле статьи 85(1);

(d) Статьи, в результате которых происходит раздел рынка между франшизиаром и франшизиатами и между франшизиатами, представляют собой ограничение конкуренции в смысле статьи 85(1);

(e) Факт сообщения франшизиаром франшизиатам предлагаемых цен не представляет собой ограничения конкуренции, при условии, что между франшизиаром и франшазиатами или между франшизиатами не было достигнуто договоренности об эффективном применении этих цен;

(f) Сбытовые франчайзинговые соглашения, содержащие статьи о разделе рынков между франшизиаром и франшазиатами или между франшизиатами, могут негативно повлиять на торговлю между государствами-членами.

2. Постановление 67/67 не применяется к таким сбытовым франчайзинговым соглашениям, которые были рассмотрены в настоящем разбирательстве.

Приложение 4. Терминология, рекомендованная к употреблению во франчайзинговых договорах

Таблица 1

Описание	Рекомендованная терминология	Альтернативные предложения
1. Вознаграждение, которое выплачивается при подписании франчайзингового договора	Первоначальный франчайзинговый взнос	Предварительный взнос Франчайзинговый взнос Первоначальный взнос Предварительный франчайзинговый взнос
2. Длительное вознаграждение, которое выплачивается по франчайзинговому договору как определенный процент от продажи	Длящаяся франчайзинговая плата	Роялти Длящееся роялти Плата за услуги
3. Основа расчета длящейся франчайзинговой платы	Валовый доход	Суммарная продажа Чистая продажа Чистый доход
4. Место, где франшизиат ведет предпринимательскую деятельность	Франчайзинговая единица	Франчайзинговое торговое предприятие Помещение Торговое предприятие
5. Совокупность знаний и опыта, право на использование которых предоставляется франшизиаром франшизиату	Ноу-хау	

Приложение 5. Типовой закон

О раскрытии информации о франшизе[155]

Проект

[Альтернатива 1: Преамбула к тексту Типового Закона

(1) Целью настоящего закона является предоставление руководства Государствам, которые определили, что существует необходимость принятия закона о раскрытии информации франшизы на преддоговорной стадии, который:

(А) способствует развитию франчайзинга как средства ведения бизнеса;

(Б) гарантирует, что инвесторы получают исчерпывающую информацию о франчайзинговых предложениях, по которым они должны принять осознанное решение об инвестировании; и

(В) предоставляет франшизиарам определенные гарантии в их взаимоотношениях с франшизиатами, административными органами и судами.

(2) Настоящий закон не предполагается как рекомендация того, что существует необходимость для каждого отдельного Государства принять специальное франчайзинговое законодательство, и должен рассматриваться как пример, являющийся необязательным для законодателей Государства.]

СТАТЬЯ 1

(Сфера Применения)

Настоящий закон применяется к франшизам, которые [должны быть] предоставлены для ведения одного или больше видов франчайзинговой деятельности на территории [Государства, принимающаго настоящий закон].

[155] Подготовлен Институтом унификации международного частного права (УНИДРУА)

СТАТЬЯ 2

(Определения)

Для целей настоящего закона используются следующие определения:

представитель франшизиара означает физическое или юридическое лицо, которое прямо или косвенно контролирует или контролируется фриншизиаром, или контролируется другой стороной, которая контролирует франшизиара;

договор развития означает договор, согласно которому франшизиар, в обмен на прямую или непрямую материальную компенсацию, предоставляет другой стороне право приобретения больше чем одной франшизы той же франчайзинговой системы;

раскрывающий документ означает документ, содержащий информацию, требуемую согласно настоящему закону;

франшиза означает права, предоставленные стороной (франшизиаром), которая уполномачивает и требует от другой стороны (франшизиата), в обмен на прямую или непрямую финансовую компенсацию, заниматься предпринимательской деятельностью по продаже товаров или услуг [от его собственного имени] согласно системе, определенной франшизиаром, которая включает в себя «ноу-хау» и сопровождение, предусматривает в главной части способ управления франчайзинговой деятельностью, включает значительный и продолжительный управленческий контроль, осуществляемый франшизиаром, и ассоциируется в значительной степени с торговой маркой, маркой на услуги,торговым наименованием или логотипом, определенным франшизиаром. Франшиза включает в себя:

(А) права, предоставленные франшизиаром субфраншизиару согласно генеральному франчайзинговому договору;

(Б) права, предоставленные субфраншизиаром субфраншизиату согласно субфранчайзинговому договору;

(В) права, предоставленные франшизиаром стороне согласно договора развития.

Для целей настоящего определения «прямая или непрямая финансовая компенсация» не должна включать в себя оплату справедливой оптовой цены за товары, предназначенные для перепродажи;

франчайзинговый договор означает договор, согласно которому предоставляется франшиза;

франчайзинговая деятельность обозначает деятельность, которую ведет франшизиат согласно франчайзинговому договору;

франшизиат включает субфраншизиата и его взаимоотношения с субфраншизиаром, а также субфраншизиара и его взаимоотношения с франшизиаром;

франшизиар включает в себя суб-франшизиара и его взаимоотношения с его субфраншизиатами;

мастер франшиза означает право, предоставленное франшизиаром другой стороне (субфраншизиару), предоставлять франшизы третьим сторонам (субфраншизиатам);

значительное изменение в информации, которую требуется раскрыть, означает изменение, которое, как ожидается, может значительно повлиять на решение потенциального франшизиата приобрести франшизу;

материальный факт означает любую информацию, которая, как справедливо ожидается, может значительно повлиять на решение потенциального франшизиата приобрести франшизу;

неправильное представление означает сообщение факта, который, как знало или должно было знать лицо, сообщающее об этом факте, является неправдивым на момент сообщения этого факта;

упущение означает не сообщение факта, о котором лицо, делающее сообщение знало или должно было знать;

[предшественник означает любое юридическое лицо, у которого франшизиар приобретает напрямую или не напрямую большую часть активов франшизиара;**]**

Государство включает в себя территориальные единицы, составляющие Государство, которое имеет две или больше территориальные единицы,

независимо от того, имеют ли они различные системы применимого права в отношение вопросов, которые трактуются настоящим законом;

и

субфранчайзинговый договор означает франчайзинговый договор, заключенный между субфраншизиаром и субфраншизиатом относительно мастер франшизы.

СТАТЬЯ 3

(Передача Раскрывающего Документа)

(1) Франшизиар должен предоставить каждому потенциальному франшизиату документ, в котором раскрывается информация о франшизе, к которому должен прилагаться франчайзинговый договор, как минимум за 14 дней или ранее до

(А) подписания потенциальным франшизиатом любого договора относительно франшизы, за исключением договора о конфиденциальной информации, которая должна быть передана или уже передана франшизиаром; или

(Б) оплаты франшизиару или представителю франшизиара потенциальным франшизиатом любого взноса, касающегося приобретения франшизы, который не возвращается или не подлежит возвращению согласно условиям их предоставления, за исключением страховки (вексель или депозит), выданной для исполнения [заключения] договора о неразглашении информации.

(2) Раскрывающий документ должен быть обновлен в течение [X] дней до окончания финансового года франшизиара. Если в информации, необходимой для раскрытия согласно Статье 6, произошло значительное изменение, будущему франшизиату должно быть направлено письменное уведомление о таком изменении сразу же, но до момента наступления событий, описанных в подпараграфах (1)(А) либо (1)(Б).

СТАТЬЯ 4

(Формат Документа раскрывающего информацию)

(1) Документ, раскрывающий информацию о франшизе, должен быть предоставлен в письменном виде.

(2) Франшизиар может использовать любой формат для документа, раскрывающего информацию о франшизе, предусматривая, что информация, содержащаяся в нем, представлена как единый документ и соответствует требованиям настоящего закона.

СТАТЬЯ 5

(Исключения из Обязательства Раскрывать)

Документ, раскрывающий информацию о франшизе, не требуется:

(А) в случае предоставления франшизы лицу, которое является работником или директором франшизиара или представителем франшизиара не менее одного года перед моментом подписания франчайзингового договора;

[(Б) в случае уступки или другой передачи прав и обязанностей франшизиата согласно существующему франчайзинговому договору, если лицо, которому их уступают или лицо, получающее права и обязанности, обязалось принять такие же условия, что и лицо, которое передает права и обязанности;]

[(Б) в случае уступки или другой передачи прав и обязанностей франшизиата согласно существующему франчайзинговому договору, если лицо, которому их уступают или лицо, получающее права и обязанности, обязалось принять в большей части такие же условия, что и лицо, которое передает права и обязанности, и франшизиар не играет значительной роли в продаже, а только соглашается (включая квалификацию и тренинг).]

(В) в случае предоставления франшизы для продажи товаров или услуг физическому или юридическому лицу, которое занимается таким же или похожим бизнесом на протяжении последних двух лет, если продажи франшизы, приемлемо предпринятые сторонами на момент подписания франчайзингового договора, не будут превышать 20% всех в совокупности

продаж от общего бизнеса франшизиата и его представителей на протяжении первого года их взаимоотношений;

(Г) в случае предоставления франшизы, согласно которой потенциальный франшизиат берет на себя обязательство следовать всем финансовым требованиям [финансовым инвестициям], за исключением [X];

(Д) в случае предоставления франшизы потенциальному франшизиату, который вместе с его представителями имеет действительную стоимость, за исключением [Y];

(Е) в случае заключения нового или пролонгации имеющегося договора о франшизе на тех же условиях;

(Ж) если общая сумма платежей за год, которая согласно контракту должна быть оплачена франшизиатом в пользу франшизиара, составляет менее чем [Z]; или

(З) если сделка должна быть выполнена согласно предложению, направленному франшизиаром только одному физическому или юридическому лицу во всем Государстве.

СТАТЬЯ 6

(Информация, которая должна быть раскрыта)

(1) [Франшизиар должен предоставить следующую информацию в документе, раскрывающем информацию о франшизе:]

[Раскрывающий документ должен содержать все существенные факты [такие как][включая] следующие:]

(А) юридическое наименование, правовая форма и юридический адрес франшизиара, а также адрес главного места нахождения офиса франшизиара;

(Б) любое другое название, кроме юридического наименования, под которым франшизиар осуществляет или собирается осуществлять предпринимательскую деятельность;

(В) адрес главного места нахождения предприятия франшизиара в Государстве, где находится потенциальный франшизиат;

(Г) описание франшизы, которой должен будет управлять потенциальный франшизиат;

(Д) описание опыта работы франшизиара и его представителей, предлагающих [предоставляющих] франшизы под практически таким же торговым наименованием, включая:

(i) период времени, на протяжении которого каждый занимается тем видом деятельности, которым должен управлять потенциальный франшизиат; и

(ii) период времени, на протяжении которого каждый предоставляет франшизы для такого же вида деятельности, которым должен управлять потенциальный франшизиат;

(Е) имена, рабочие адреса, занимаемые должности, и опыт работы любого лица, занимающего должность старшего управляющего по сделкам в бизнесе франшизиара в отношении франшизы;

(Ж) соответствующие детали, касающиеся любых уголовных обвинений или любые сведения об ответственности в гражданском деле (или арбитражном), содержащие в себе франшизы или другие предприятия, касающиеся мошенничества, неправильного представления, или похожие поступки или действия:

(i) франшизиара [или предшественника франшизиара];

[(ii) любого представителя франшизиара, который занимается франчайзингом; и

(iii) любого лица, указанного в пункте (Е)

за последние пять лет, а также соответствующие детали относительно любых предшествующих действий такого же характера;]

(З) соответствующие детали, касающиеся любого банкротства, несостоятельности или сравнительного разбирательства, упоминающие франшизиара и/или [физические и] юридические лица, указанные в пункте (Е) и (Ж) за последние пять лет;

(И) общее число франшизиатов и предприятий, которыми владеет франшизиар, и представителей франшизиара, предоставляющих франшизы под практически таким же торговым наименованием;

(К) имена, рабочие адреса, рабочие номера телефонов франшизиатов, [и франшизиатов любых представителей франшизиаров, которые предлагают франшизы под практически таким же торговым наименованием], чьи предприятия находятся ближе всего к предполагаемому предприятию потенциального франшизиата, но в любом случае их число не более 50, в Государстве франшизиата и/или соседних Государствах, или, если нет соседних Государств, то в Государстве франшизиара;

(Л) информацию о франшизиатах [франшизиара и о франшизиатах, являющихся представителями франшизиара, который предлагает франшизы под практически таким же торговым наименованием], которые перестали быть франшизиатами франшизиара в течение трех финансовых лет до года, когда это изменение было внесено во франчайзинговый договор, с указанием причин, по которым франшизиаты перестали быть франшизиатами франшизиара. [Второе предложение: Вариант 1: текст следующий:] Раскрытие следующих категорий выполнило бы раскрывающее требование: прекращенные по собственному желанию или не возобновленные; прекращенное в связи с [банкротством или несостоятельностью; прекращенные по решению суда или арбитра]; вновь приобретенные через покупку франшизиаром; если только не приобретено франшизиаром; получившие отказ в возобновлении франшизиаром; прекращенные франшизиаром; [Вариант 2:[Такие причины возможно включают в себя следующее:] [Раскрытие таких категорий как следующие, могло бы выполнить раскрывающее требование: прекращенные по собственному желанию или не возобновленные; прекращенные в связи с [банкротством или несостоятельностью; прекращенные по решению суда или арбитра]; вновь приобретенные через покупку франшизиаром; если только не приобретено франшизиаром; получившие отказ в возобновлении франшизиаром; прекращенные франшизиаром; [Вариант 3: взять в скобки и включить текст второго предложения в Объяснительный Отчет] [Раскрытие следующих категорий выполнило бы раскрывающее требование: прекращенные по собственному желание или не возобновленные; прекращенные в связи с [банкротством или несостоятельностью; прекращенные по решению суда или

арбитра]; вновь приобретенные через покупку франшизиаром; если только не приобретено франшизиаром; получившие отказ в возобновлении франшизиаром; прекращенные франшизиаром;]

(M) следующая информация относительно объектов интеллектуальной собственности франшизиара, которые будут предоставлены франшизиату по лицензионному договору или лицензии, в частности торговых марок, патентов, авторских прав и программного обеспечения:

(i) регистрация и/или заявление о регистрации, если есть,

(ii) имя владельца прав на интеллектуальную собственность и/или имя заявителя, если есть;

(iii) дата истечения регистрации предоставленных по лицензии прав на интеллектуальную собственность; и

(iv) судебное разбирательство или другой юридический судебный процесс, если есть, который мог бы существенно повлиять на юридическое право франшизиата, исключительное или неисключительное, использовать интеллектуальную собственность согласно франчайзинговому договору в Государстве, где должен осуществляться франчайзинговая деятельность;

(H) информацию о категориях товаров и/или услуг, которые франшизиат должен приобрести или взять в лизинг, включая

(i) те, если есть, которые должны быть приобретены или взяты в лизинг у франшизиара, представителей франшизиара или у поставщиков, определенных франшизиаром;

(ii) тех, для которых франшизиат имеет право рекомендовать других поставщиков для одобрения франшизиаром;

(iii) информацию о согласовании цен (таких как скидки, бонусы, или премии) в отношении этих товаров и/или услуг; и

(iv) информацию, касающуюся обращения дохода или других прибылей, которые могут быть получены прямо или косвенно франшизиаром или любым из представителей франшизиара от любого поставщика франшизиату товаров и/или услуг;

(O) финансовые вопросы, включая:

(i)(a) оценку всей первоначальной инвестиции потенциального франшизиата;

(б) финансирование, предложенное или осуществленное франшизиаром, если есть;

(в) [Вариант 1: текст следующий: проверенные аудитором или другим образом проведенная независимая проверка финансовых заключений франшизиара, включая балансовые отчеты и заключения о прибыли и убытках за последние три года. Если самые последние аудиторские финансовые заключения сделаны ранее, чем за 180 дней до даты предоставления раскрывающего документа, тогда финансовые документы, датированные любым днем в течение 90 дней до дня доставки раскрывающего документа, считаются непроверенными аудитором;] [Вариант 2: [проверенные аудитором, или другим образом проведенная независимая проверка] финансовых заключений франшизиара, включая балансовые листы и заключения о прибыли и убытках за последние три года. Если самые последние [аудиторские] финансовые заключения сделаны ранее, чем за 180 дней до даты предоставления раскрывающего документа, тогда финансовые документы, датированные любым днем в течение 90 дней до дня доставки раскрывающего документа, считаются [непроверенными] аудитором; [Вариант 3: финансовые заключения франшизиара, и, если имеются, проверенные аудитором, или другим образом проведенная независимая проверка финансовых заключений, включая балансовые листы и заключения о прибыли и убытках за последние три года];

(ii)(a) если информация предоставляется потенциальному франшизиату франшизиаром или от имени франшизиара относительно сложившегося или предполагаемого будущего финансового состояния предприятий, которыми владеет франшизиар, его представители или франшизиаты, тогда такая информация должна:

(аа) иметь разумные основания на момент ее составления;

(бб) иметь существенные предположения, лежащие в основе ее подготовки и представления;

(вв) указывать на то, основывается ли она или нет на действительных результатах существующих предприятий;

(гг) указывать, основывается ли она на предприятиях, которыми владеет франшизиар и/или франшизиат; и

(дд) указывать процентное соотношение тех предприятий, которые соответствуют или превышают каждый результативный уровень.

(б) если предоставляется финансовая информация, относящаяся к любому из предшествующих подпараграфов, франшизиар должен указать, что уровни представленного состояния предприятия потенциального франшизиата могут отличаться от тех, которые содержатся в информации, предоставленной франшизиаром.

(2) В раскрывающий документ должна быть также включена следующая информция. Однако, если эта информация содержится во франчайзинговом договоре, тогда франшизиар может просто сделать ссылку на соответствующий раздел во франчайзинговом договоре. Если следующие пункты информации не включены в предложенный франчайзинговый договор, этот факт должен быть указан в раскрывающем документе:

(А) срок и условия возобновления франчайзинговго договора, если есть;

(Б) описание первоначальных и существующих тренинговых программ;

(В) размер исключительных прав, которые должны быть предоставлены, если есть, включая исключительные права относительно территории и/или потребителей, а также информация о любом резервировании франшизиаром права

(i) использовать, или выдать лицензию на использование торговых марок, являющихся предметом франчайзингового договора;

(ii) продавать или дистрибутивно распространять товары и/или услуги, предназначенные для продажи франшизиатом напрямую или не напрямую через тот же или любой другой канал дистрибутивного

распространения, под торговыми маркими, содержащимися в договоре, либо под любой другой торговой маркой;

(Г) условия, согласно которым франчайзинговый договор может быть прекращен франшизиаром, и последствия такого прекращения;

(Д) условия, согласно которым франчайзинговый договор может быть прекращен франшизиатом, и последствия такого прекращения;

(Е) ограничения, возложенные на франшизиата, если есть, в отношении территории и/или потребителей;

(Ж) оговорки, запрещающие конкуренцию в течение срока действия договора и после его прекращения;

(З) первоначальный франчайзинговый взнос, либо любая часть взноса, которая подлежит возмещению, а также сроки и условия, согласно которым возмещение будет осуществлено;

(И) другие взносы и платежи, включая любой валовые доход авторских отчислений, возложенные франшизиаром с целью избежать начисляемого налога;

(К) ограничения или условия, возложенные на франшизиата в отношении товаров и/или услуг, которые франшизиат может продавать; и

(Л) условия уступки или другого вида передачи франшизы;

(М) любой выбор форума или выбор положений закона, а также любые выбранные процедуры разрешения спора.

(3) Если франшиза является мастер франшизой, субфраншизиар должен дополнительно к пунктам, изложенным в параграфах (1) и (2), раскрыть потенциальному субфраншизиату информацию о франшизиаре, которая получена согласно параграфам (1) (А), (Д), (З), и (2) (В) и (Е) настоящей статьи, а также информировать потенциального субфраншизиата о ситуации с субфранчайзинговыми договорами в случае прекращения мастер франчайзингового договора, и о содержании мастер франчайзингового договора.

СТАТЬЯ 7

(Уведомление о Получении Раскрывающего Документа)

Франшизиар [может] [должен] требовать от потенциального франшизиата уведомить его письменно о получении раскрывающего документа.

СТАТЬЯ 8

(Язык Раскрывающего Документа)

Раскрывающий документ и будущий франчайзинговый договор должны быть совершены в письменной форме ясным и понятным способом на официальном языке главного места ведения бизнеса потенциального франшизиата, если только будущий франшизиат не попросит, и франшизиар согласится, там, где это не запрещено применимым правом, что они будут совершены в письменной форме на официальном языке места проживания или постоянного жительства франшизиата, или не языке, который в основном используют франшизиар или франшизиат в их деятельности.

[СТАТЬЯ 9

(Возмещение Ущерба)

Вариант 1:

(1) Если раскрывающий документ не доставлен в течении срока, установленного Статьей 3, франшизиат имеет право прекратить франчайзинговый договор и/или пред-договорные обязательства, если только франшизиар не сможет доказать, что на момент заключения франчайзингового договора франшизиат имел информацию, необходимую для принятия осознанного решения.

(2) Если раскрывающий документ содержит неправильное представление материального факта, или если есть упущение материального факта, который требуется раскрыть согласно Статье 6, франшизиат имеет право прекратить франчайзинговый договор, если только франшизиар не сможет доказать, что

франшизиат не полагался на неправильное представление, или что это упущение не повлияло на решение франшизиата об инвестировании.

(3) Право прекратить франчайзинговый договор в соответствии с параграфами (1) и (2) настоящей статьи должно быть выполнено не позднее:

(А) трех лет после акта упущения, составляющего нарушение, на котором основывается право прекращения договора;

(Б) одного года после того, как франшизиату стало известно о фактах и обстоятельствах, которые разумно указывают, что он может заявлять основания, которые дают право франшизиату прекратить договор; или

(В) 90 дней после доставки франшизиату письменного уведомления, предусматривающего детали нарушения, в сопровождени с раскрывающим документом франшизиара, позднее действующий раскрывающим документом.

(4) Право прекращения договора в соответствии с параграфами (1) и (2) настоящей Статьи не нарушает любое другое право, которое франшизиат может иметь согласно применимому праву.]

СТАТЬЯ 9

(Возмещение Ущерба)

Вариант 2:

(1) Если раскрывающий документ не доставлен в течении срока, установленного Статьей 3, франшизиат имеет право [прекратить] франчайзинговый договор и/или пред-договорные обязательства, если только франшизиар не сможет доказать, что на момент заключения франчайзингового договора франшизиат имел информацию, необходимую для вынесения известного решения.

(2) Если раскрывающий документ содержит неправильное представление существенного факта, или если есть упущение существенного факта, который требуется раскрыть согласно Статье 6, франшизиат имеет право [прекратить] франчайзингоый договор, если только франшизиар не сможет доказать, что

франшизиат не полагался на неправильное представление, или что это упущение не повлияло на решение франшизиата об инвестировании.

(3) Право прекратить франчайзинговый договор в соответствии с параграфами (1) и (2) настоящей статьи должно быть выполнено не позднее:

(А) трех лет после акта упущения, составляющего нарушение, на котором основывается право прекращения договора;

(Б) одного года после того, как франшизиату стало известно о фактах и обстоятельствах, которые основательно указывают, что он может заявлять основания, которые дают право франшизиату прекратить договор; или

(В) 90 дней после доставки франшизиату письменного уведомления, предусматривающего детали нарушения, в сопровождени с раскрывающим документом франшизиара, позднее действующий раскрывающим документом.

(4) Право прекращения договора в соответствии с параграфами (1) и (2) настоящей Статьи не нарушает любое другое право, которое франшизиат может иметь согласно применимому праву.

СТАТЬЯ 9

(Возмещение Ущерба)

Вариант 3:

(1) Если раскрывающий документ не доставлен в течении срока, установленного Статьей 3, франшизиат имеет право [прекратить] франчайзинговый договор и/или пред-договорные обязательства, [если только франшизиар не сможет доказать, что на момент заключения франчайзингового договора франшизиат имел информацию, необходимую для вынесения известного решения].

(2) Если раскрывающий документ содержит неправильное представление материального факта, или если есть упущение материального факта, который требуется раскрыть согласно Статье 6, франшизиат имеет право [прекратить] франчайзинговый договор, [если только франшизиар не сможет доказать, что

франшизиат не полагался на неправильное представление, или что это упущение не повлияло на решение франшизиата об инвестировании].

(3) Право прекратить франчайзинговый договор в соответствии с параграфами (1) и (2) настоящей статьи должно быть выполнено не позднее:

(А) трех лет после акта упущения, составляющего нарушение, на котором основывается право прекращения договора;

(Б) одного года после того, как франшизиату стало известно о фактах и обстоятельствах, которые основательно указывают, что он может требовать основания, которые дают право франшизиату прекратить договор; или

(В) 90 дней после доставки франшизиату письменного уведомления, предусматривающего детали нарушения, в сопровождени с раскрывающим документом франшизиара, позднее действующий раскрывающим документом.

(4) Право прекращения договора в соответствии с параграфами (1) и (2) настоящей Статьи не нарушает любое другое право, которое франшизиат может иметь согласно применимому праву.

СТАТЬЯ 10

(Сфера применения)

Настоящий закон применяется в любым франчайзинговым договорам, заключенным или возобновленным после вступления в силу настоящего закона.

СТАТЬЯ 11

(Отказ)

Отказ франшизиата от прав, предоставленных настоящим законом, является недействительным.

Приложение 6. Франчайзинговый договор[156]

Компания _____, являющаяся юридическим лицом по законодательству _____ и расположенная по адресу: _____, далее именуемая Франшизиар, в лице ее _____ и

_____, являющийся гражданином Украины, проживающий по адресу _____ и являющийся собственником, далее «Собственник», Компании _____, являющейся юридическим лицом по законодательству _____ и расположенная по адресу: _____, далее именуемая Франшизиат, в лице _____, совместно именуемые Стороны, заключили настоящий Франчайзинговый договор, далее Договор о нижеследующем:

Статья 1. Определения терминов

Бизнес - предпринимательская деятельность, явившаяся результатом поисков и усилий Франшизара, проводимая им под наименованием «_____» («Торговое наименование»). В результате осуществления указанных усилий Франшизиар создал деловую репутацию, которая позволяет потенциальному потребителю ассоциировать Франшизиара с Торговым наименованием, Торговыми марками, Франчайзинговой сетью;

Франчайзинговая сеть «_____» - сеть предприятий, работающих под Торговым наименованием, использующих Торговую марку и Систему при ведении Бизнеса;

Торговая марка – торговая марка, зарегистрированная Франшизиаром в реестре страны/стран, что подтверждается свидетельством № _____, выданным __/__/__; или

[156] Настоящий франчайзинговый договор не является типовым. Это примерный договор, который может быть положен в основу проводимых франшизиаром и франшизиатом переговоров. В случае использования этого примерного договора для заключения реального франчайзингового договора обязательно необходимо проконсультироваться у специалиста по франчайзингу.

на регистрацию которой подана заявка в патентное ведомство, датой приоритета которой является __/__/__;

Товары – товары, созданные Франшизиаром и продаваемые через франшизиатов Франчайзинговой сети;

Услуги – специальные услуги, разработанные Франшизиаром для использования в Бизнесе;

Система – конфидециальная информация, собственником которой является исключительно Франшизиар, по управлению и ведению его Бизнеса, которая позволяет вести и продвигать этот Бизнес;

Оборудование – оборудование и инструменты, которые должны использоваться Франшизиатом для ведения Бизнеса, закупаемое по указанию Франшизиара у соответствующих поставщиков, указанных Франшизиаром или одобренных последним, или арендуемое у Франшизиара, перечень которого содержится в Приложении № 1 к настоящему Договору;

Производственный пакет – специальный учебник, разработанный Франшизиаром и позволяющий Франшизату наиболее эффективно использовать Оборудование;

Финансовый пакет – пакет специально передаваемых форм учета, отчетности и т.п., которые используются Франшизатом при ведении Бизнеса;

Униформа – специально разработанная форма для персонала, которая используется при продаже Товаров или Услуг при ведении Бизнеса во Франчайзинговой сети;

Ежемесячный валовый доход – доход Франшизиата от ведения Бизнеса, полученный от продажи Товаров или Услуг, не включающий в себя НДС или скидки, которые были предложены Франшизиатом своим конечным потребителям при продвижении Бизнеса, Товаров или Услуг;

Месяц – обозначает календарный месяц;

Пакет по продвижению – обозначается мероприятия по продвижению и рекламе Бизнеса, Товаров и Услуг, которые необходимы для эффективного и прибыльного ведения Бизнеса Франшизиатом;

Учебник – оформленный в письменном виде учебник, содержащий свод правил по ведению Бизнеса;

Дата открытия – обозначает __/__/__, на которую Франшизиат начинает вести Бизнес из Помещений, или ___ месяцев с момента подписания настоящего Договора, когда Предприятие должно начать функционировать, т.е. продавать Товары или предоставлять Услуги;

Помещения – обозначает помещения, оформленные в соответствии с требованиями Франшизиара, в которых используется Оборудование для ведения Бизнеса, и расположенные по адресу _____, или расположенные в соответствии с указаниями и требованиями Франшизиара к помещению, содержащиеся в Приложение № 2 к настоящему Договору;

Часы работы – обозначает часы, в течение которых Франшизиат или его Помещение открыто для посещения конечными потребителями;

Дата платежа - ___ число каждого текущего месяца;

Первоначальный платеж – денежные средства, уплачиваемые Франшизиатом в размере и в соответствии с условиями, указанными в статье 3 настоящего Договора;

Платеж за услуги – ежемесячный платеж, осуществляемый Франшизиатом за услуги, предоставляемые Франшизиаром, составляющий __% от Ежемесячного валового дохода Франшизиата;

Рекламный платеж – целевой ежемесячный платеж, осуществляемый Франшизиатом в пользу и/или на расчетный счет Франшизиара для проведения маркетинговых и рекламных мероприятий, размер которого составляет __% от ежемесячного валового дохода по ведению Франшизиатом Бизнеса Франшизиара;

Документация – пакет специально разработанных Франшизиаром форм, используемых Франшизиатом при ведении Бизнеса;

Товарные запасы – количество товарных запасов, содержащихся на складах Франшизиата в соответствии с перечнем, содержащимся в Приложении к настоящему Договору;

Территория – обозначает географическую территорию, указанную в Приложении к настоящему Договору;

Транспортные средства – транспортные средства, используемые Франшизиатом при ведении Бизнеса и соответствующие требованиям Франшизиара, предъявляемым к транспортным средствам (марка, тоннаж, окраска, наличие униформы у водителя) или одобренные Франшизиаром;

Неисключительные условия – условия использования Франшизиатом Системы, Торгового наименования, Товарного знака Франшизиара, которые позволяют как самому Франшизиару, так и иным третьим лицам исключительно по разрешению Франшизиара использовать Систему, Торговое наименование, Товарный знак Франшизиара.

Исключительные условия – условия использования Франшизиатом в его стране Системы, Торгового наименования, Товарного знака Франшизиара, которые не предполагают, что сам Франшизиар или иные третьи лица по разрешению Франшизиара смогутиспользовать Систему, Торговое наименование, Товарный знак Франшизиара в стране Франшизиата.

Ежемесячные валовые продажи – продажа Товаров или Услуг, валовы доход от которых составляет не менее _____ гривней.

Статья 2. Предмет Договора

В соответствии с настоящим Договором Франшизиар соглашается на вступление Франшизиата во Франчазинговую сеть «_____» по ведению Бизнеса Франшизиара. Такое вступление предполагает право Франшизиата использовать на неисключительных условиях Систему, Торговое наименование, Товарный знак Франшизиара.

Франшизиар предоставляет Франшизиату право:

(а) вести Бизнес Франшизиара;

(б) использовать Торговое наименование Франшизиара;

(в) использовать Систему;

(г) использовать Товарный знак;

(д) использовать Документацию и иные материалы, предоставляемые время от времени Франшизиаром.

Пользование правами, указанными в пункте 2 настоящей статьи, осуществляется из Помещений, определенных в статье 1 настоящего Договора, или иных помещений, отобранных в соответствии с критериями, указанными в Приложении, и одобренных Франшизиаром.

Указанные в пункте 2 настоящей Статьи права предоставлены на неисключительных условиях.

Датой вступления Франшизиата в Бизнес Франшизиара считает дата перечисления Франшизиатом Первоначального платежа.

Статья 3. Платежи

1. Через _____ дней с момента подписания настоящего Договора Франшизиар обязан перечислить Франшизиару Первоначальный платеж, размер которого составляет _____ гривней.

Или

1. Франшизиат перечисляет Франшизиару Первоначальный платеж в размере _____ гривней в соответствии со следующим графиком:

____% от суммы указанного платежа через ____ дней с момента подписания Договора;

____% от суммы указанного платежа, не позднее __/__/__;

____% от суммы указанного платежа на Дату открытия.

Ежемесячно с Даты открытия Франшизиат в Дату платежа перечисляет на счет Франшизиара Плату за услуги и Рекламный платеж.

В случае просрочки в перечислении указанных сумм, Франшизиат через 10 дней с момента наступления Даты платежа до осуществления фактического платежа начисляет пеню за просрочку платежа, которая составляет двойную учетную ставку Национального банка Украины за каждый день просрочки.

При осуществлении платежа после просрочки Франшизиар из поступивших денежных средств зачитывает сначала насчитанную пеню, а затем причитающийся платеж.

Статья 4. Обязательства Сторон до открытия Помещений

1. До открытия Помещений Франшизиар обязан предоставить Франшизиату:

по успешному окончанию обученческих курсов, указанных в Статье 5 настоящего Договора, 1 (один) экземпляр Учебника для его использования Франшизиатом и его должностными лицами для ведения Бизнеса. Учебник является собственностью Франшизиара и защищается авторскими правами стран Франшизиата и Франшизиара. Учебник передается исключительно в пользование Франшизиату. Франшизиат не имеет права копировать полностью или какую-либо из частей Учебника. Франшизиат должен приложить все возможные усилия для предотвращения такого копирования должностными лицами Франшизиата. Если каким-либо образом Франшизиат не смог выполнить указанного обязательства, он обязан уплатить Франшизиару штраф в размере _____ гривней, а также компенсировать Франшизиару убытки и неполученную прибыль, которые могут быть результатом использования Учебника конкурентами Франшизиара;

Оборудование и Производственный пакет на условиях, оговоренных в статье 1 Договора и Приложении к настоящему Договору;

Финансовый пакет и Документацию;

Провести Обученческие курсы, на условиях, оговоренных в Статье 5 настоящего Договора;

Соответствующие планы и спецификации для оформления Помещений в соответствии со стандартами, оговоренными в Приложении к настоящему Договору;

Услуги по надзору за оформлением/строительством Помещений в соответствии с требованиями Франшизиара, если Франшизиат просит предоставить такие услуги;

Товарные запасы в соответствии с условиями и требованиями Приложения к настоящему договору.

2. До открытия Помещений Франшизиат обязан за свой собственный счет:

привести в соответствие со стандартами Франшизиара и Франчайзинговой сети Помещение;

При оборудовании Помещения пользоваться услугами назначенного Франшизиаром архитектора, дизайнера и других специалистов, если Франшизиар не даст своего письменного согласия на использование других специалистов;

заказать, оплатить и установить Оборудование, а также заказать и оплатить необходимое количество Товарных запасов;

приобрести у Франшизиара или пошить Униформу для персонала в соответствии с требованиями Франшизиара, предъявляемыми к униформе.

Статья 5. Обученческие курсы

Для успешного ведения Бизнеса Франшизиатом Франшизиар обязан обучить Собственника секретам функционирования Системы, способам администрирования и ведения Бизнеса. Если во время посещения Собственником Обученческих курсов Франшизиар придет к выводу, что Собственник не соответствует стандартам, предъявляемым Франшизиаром к собственнику, Франшизиар должен немедленно уведомить об этом Собственника.

Получив указанное уведомление, в котором Франшизиар не обязан указывать причины несоответствия Собственника предъявляемым стандартам, Собственник обязан в наиболее короткий срок назначить вместо себя менеджера, который и должен вместо него пройти Обученческие курсы. Если Собственник не может найти вместо себя менеджера в течение сроков, указанных Франшизиаром в уведомлении, или выбранный Собственником менеджер не соответствует стандартам, предъявляемым Франшизиаром, Франшизиар имеет право досрочно прекратить настоящий Договор, письменно уведомив об этом Собственника и Франшизиата и возвратив Франшизиату Первоначальный платеж, за минусом расходов, понесенных Франшизиаром на проведение Обученческих курсов и иных расходов, связанных с подготовкой и подписанием Договора. Первоначальный платеж за минусом указанных расходов возвращается Франшизиату по надлежащему исполнению последним всех условий настоящего Договора.

Соответствующий персонал Франшизиата по указанию Франшизиара должен пройти соответствующие Обученческие курсы до Даты открытия.

Франшизиар имеет право требовать, чтобы Собственник и соответствующий персонал Франшизиата прошли повторные или последующие Обученческие курсы в течение срока действия настоящего Договора, если Франшизиар считает, что посещение таких курсов Собственником и/или персоналом Франшизиата необходимо для успешного функционирования Бизнеса.

Все расходы, связанные с проведением Обученческих курсов, должны быть оплачены Франшизиатом. К таким расходам относятся: проживание и питание

преподавателей и слушающих; проезд преподавателей и слушающих к месту проведения Обученческих курсов; суточные преподавателей и слушающих.

Место проведения Обученческих курсов определяется исключительно Франшизиаром.

Статья 6. Обязательства Франшизиара

В случае надлежащего исполнения Франшизиатом условий настоящего Договора, Франшизиар в течение действия Договора обязан:

предоставить в пользование Франшизиату Марку для ведения Бизнеса, заключив для этого лицензионный договор, являющийся неотъемлемой частью настоящего Договора;

предоставить в пользование Франшизиату другие марки, торговые наименования, изобретения, промышленные образцы, если таковые разработаны и запатентованы Франшизиаром и предполагаются для использования в Бизнесе;

предоставлять Франшизиату консультации по всем аспектам ведения Франшизиатом Бизнеса, включая финансовые консультации, консультации по управлению, администрированию и продвижению Бизнеса, направленные на ведение такого Бизнеса наиболее эффективным способом;

своевременно предоставлять персоналу Франшизиата консультации по оперированию Системы;

по специально сделанному запросу и при условии компенсации соответствующих затрат, провести отбор квалифицированного персонала для последующей работы на предприятии Франшизиата;

по запросу Франшизиата и при условии компенсации соответствующих затрат, по стандартным ценам Франшизиара провести дополнительное обучение персонала Франшизиата. При этом Франшизиат обязуется компенсировать затраты своих служащих на проезд и проживание, а также выплачивать им заработную плату в соответствии со стандартами Франшизиата;

предоставить Франшизиату, за его счет, стандартные формы договоров, которые могут им использоваться при ведении Бизнеса и которые не вошли в Документацию;

предоставить Франшизиату Товары, Услуги и Оборудование, описанные в Учебнике, на условиях, указанных в Учебнике, а в случае предоставления таких Товаров, Услуг, Оборудования третьими лицами обеспечить возможность получения Франшизиатом указанных Товаров, Услуг и Оборудования по справедливым ценам;

организовывать и проводить ежегодные конференции, в которых участвуют франшизиаты Франчайзинговой сети. Расходы по проезду и проживанию несет исключительно Франшизиат;

постоянно работать над улучшением системы, проводить соответствующие исследования и если результатом такой работы и исследований является необходимость внесения в Учебник соответствующих изменений, предоставлять Франшизиату эти изменения;

контролировать качество продаваемых Франшизиатом товаров и услуг;

предоставлять Франшизиату все товары и услуги, которые предоставляются Франшизиаром другим франшизиатам - членам Франчайзинговой сети;

предоставлять Франшизиату скидки, если такие скидки предоставляются всем членам Франчайзинговой сети и, если Франшизиат выполняет требования по продаже определенного количества Товара.

Статья 7. Обязательства Франшизиата

В течение действия настоящего Договора, Франшизиат обязан выполнять условия настоящего Договора, а также общие обязанности, которым относятся:

в отношении объектов интеллектуальной собственности Франшизиара:

При подписании настоящего Договора подписать все прилагаемые к нему Приложения, а также иные договоры, которые имеют непосредственную связь с настоящим Договором, перечень которых указан в Приложении и которые касаются использования объектов интеллектуальной собственности Франшизиара в Бизнесе;

Использовать в Помещении только объекты интеллектуальной собственности, переданные Франшизиаром;

Немедленно информировать Франшизиара обо всех ставших ему известными случаях нарушения прав собственника Франшизиара на его объекты интеллектуальной собственности

в отношении Помещений:

поддерживать Помещения в течении действия настоящего Договора в соответствии с стандартами Франшизиара, предъявляемыми к таким Помещениям;

Вносить соответствующие улучшения в Помещение и его оборудование в соответствии с указаниями Франшизиара;

Разрешить уполномоченному представителю Франшизиара проводить инспекции Помещений на предмет соблюдения Стандартов Франшизиара, а также контроля за объектами интеллектуальной собственности, использующимися при ведении Бизнеса;

Помещения должны быть открыты для потребителя в Часы работы, указанные Франшизиаром;

Не изменять интерьер Помещений, торговых символов и т.п., используемых по указанию Франшизиара

в отношении конфиденциальной информации:

предпринять все зависящие от него действия для сохранения полученной информации таким образом, чтобы она не стала достоянием третьих лиц;

раскрывать конфиденциальную информацию только такому персоналу и в таких пределах как это необходимо для исполнения персоналом своих обязанностей при ведении Бизнеса;

использовать переданный Франшизиаром Учебник только для целей ведения Бизнеса. При этом доступ к Учебнику должны иметь только должностные лица, указанные Франшизиаром. Несмотря на тот факт, что Франшизиат владеет и пользуется Учебником, он не вправе им распоряжаться, т.к. право собственности на Учебник сохраняется за Франшизиаром;

не снимать копий и не позволять никаким иным лицам снимать копии с Учебника;

в отношении персонала

отслеживать, чтобы персонал соответствовал объективным квалификационным критериям, сформулированным Франшизиаром для каждой категории, которые содержаться в Учебнике;

если Франшизиат считает, что кто-либо из его персонала нуждается в прослушивании дополнительных курсов, он должен немедленно уведомить Франшизиара об этом для согласования даты, когда эти курсы могут быть посещены персоналом;

в случае увольнения кого-либо из обученного персонала его место может занять только лицо, прошедшее обученческие курсы;

вновь нанятое на работу лицо должно в течение определенного времени, установленного Франшизиаромв Учебнике, работать в паре с лицом, имеющим стаж работы у Франшизиата;

персонал Франшизиата должен быть одет в специальную Униформу, которая должна быть чистой и отглаженной,

в отношении бухгалтерских стандартов:

вести бухгалтерский учет аккуратно и в соответствии с требованиями украинского законодательства;

предоставлять Франшизиару соответствующие отчеты по установленной последним в Финансовом пакете форме по ведению Бизнеса и полученным доходам;

допускать лиц, назначенных Франшизиаром, для проверки ведения бухгалтерской отчетности и полноты и правильности начисления и перечисления сумм, причитающихся Франшизиару;

улучшения Бизнеса:

Франшизиат должен немедленно информировать Франшизиара обо всех возможных улучшениях Системы, которые могли бы благотворно отразиться на функционировании Бизнеса;

Не осуществлять самовольно никаких изменений в Системе или Бизнесе;

общие обязанности:

Вести Бизнес добросовестно в соответствии со стандартами, установленными Франшизиаром;

Исполнять все требования Пакета по продвижению Бизнеса;

Предпринимать все зависящие от Франшизиата усилия, чтобы его способ ведения Бизнеса не был дискредитирован и не имел негативных последствий как для самого Бизнеса, так и для всей Франчайзинговой сети;

Исполнять все требования действующего законодательства Украины, касающиеся ведения Бизнеса или необходимости получения лицензий или разрешений;

Позволять Франшизиару или лицу, уполномоченному последним, инспектировать Помещения, документацию Франшизиата, при условии, что такие инспекции происходят в обычные Часы работы Франшизиата, не мешают нормальному течению его хозяйственной деятельности и Франшизиат о них своевременно информирован;

Своевременно и в соответствии с условиями настоящего Договора выплачивать Франшизиару все полагающиеся ему платежи;

Использовать при ведении Бизнеса исключительно Оборудование и Транспортные средства. Любое иное оборудование, транспортные средства или инвентарь могут использоваться после получения на это письменного согласия Франшизиара;

Транспортные средства должны поддерживаться Франшизиатом в хорошем техническом состоянии, быть всегда чистыми;

Приобретать Товары и/или Услуги, описанные в Учебнике, исключительно у лиц, предварительно одобренных Франшизиаром. Такое одобрение должно иметь письменную форму;

В случае возникновения проблем, связанных с ведением Бизнеса, предоставлять Франшизиару необходимую информацию в необходимом объеме, чтобы последний мог предоставить своевременную консультацию по решению возникших проблем;

вести специальную информационную базу по реальным и потенциальным потребителям Бизнеса, копия которой по запросу Франшизиара должна быть предоставлена ему немедленно в указанной им форме;

периодически, в соответствии с отдельными договоренностями с Франшизиаром, проводить рекламные акции, бюджет которых составляет ___% от Ежемесячного валового дохода Франшизиата;

любая проводимая рекламная акция должна быть согласована с Франшизиаром. Проведение рекламной акции без согласования с Франшизиаром считается существенным нарушением настоящего Договора.

Статья 8. Обязанности Собственника

Собственник обязан:

не участвовать прямо или опосредованно ни в каком ином предприятии, конкурирующем с Франшизиаром, Франшизиатом и Франчайзинговой сетью в целом;

не предоставлять консультаций третьим лицам, касающихся способов ведения предпринимательской деятельности, которая могла бы каким-либо образом конкурировать с Бизнесом;

не учреждать и не быть участником никакого иного предприятия, которое могло бы конкурировать с Франшизаром, Франшизиатом, Франчайзинговгой сетью, Бизнесом;

выполнять требования Учебника;

гарантировать, что руководящим лицом Франшизиата будет являться исключительно Собственник и в случае необходимости замены его кандидатуры на иную, такая иная кандидатура должна быть предварительно согласована с Франшизиаром.

Статья 9. Уступка

Франшизиар может в любое время уступить свои права и обязанности по Договору третьему лицу, если такое лицо приобрело Систему и Бизнес Франшизиара. В таком случае Франшизиар письменно уведомляет Франшизиата о наименовании и адресе этого лица.

Франшизиар имеет право в любое время продать свои корпоративные права любому третьему лицу без каких-либо уведомлений Франшизиату.

Франшизиат не имеет права уступить свои права и обязанности по настоящему Договору без письменного согласия на то Франшизиара.

Франшизиат и/или Собственник не имеет права без письменного согласия Франшизиара уступить свои корпоративные права третьему лицу.

Письменное согласие Франшизиара на уступку прав и обязанностей или продажу корпоративных прав Франшизиата другому лицу (потенциальному франшизиату) возможно только в следующих случаях:

в течение действия Договора Франшизиат надлежащим образом исполнял свои обязанности, включая своевременную оплату платежей;

потенциальный франшизиат соответствует критериям, выдвигаемым Франшизиаром;

потенциальный франшизиат готов подписать новый франчайзиинговый договор и исполнить все обязанности, связанные с обучением персонала;

Франшизиат представит Франшизиару проект договора об уступке с потенциальным франшизиатом для утверждения.

Статья 10. Прекращение договора

Франшизиар имеет право немедленно прекратить Договор путем направления соответствующего уведомления, если:

Франшизиат не начал вести Бизнес из Помещений в течение сроков, указанных в Статье 1 настоящего Договора;

Франшизиат не оплатил причитающийся Франшизиару в соответствии с настоящим Договором или любым иным договором, заключенным во исполнение настоящего Договора, платеж и это неисполнение не исправлено Франшизатом в течение 10 дней с момента получения от Франшизиара соответствующего уведомления;

Своими действиями или бездействием Франшизиат наносит непоправимый ущерб репутации Франшизиара и Франчайзинговой сети;

Франшизиар уступил свои корпоративные права или права и обязанности по настоящему Договору третьему лицу без получения на то письменного согласия Франшизиара;

Франшизиат в течение 10 рабочих дней не представляет Франшизиару документацию, которую он обязан представить в соответствии с настоящим Договором;

Франшизиат не допускает представителей Франшизиара для осуществления контролирующих функций в соответствии с настоящим Договором;

Франшизиат допустил разглашение конфиденциальной информации или Учебника, переданных ему Франшизиаром;

Лица, контролирующие деятельность Франшизиата и качество предоставляемых им услуг, неоднократно указывали Франшизиату на низкое качество предоставляемых услуг и требовали внесения соответствующих корректив в работу Франшизиата;

Франшизиат является неплатежеспособным или против него начата процедура банкротства.

По получении уведомления о прекращении Франшизиат должен в течение 10 рабочих дней прекратить эксплуатацию Бизнеса, включая, но не ограничиваясь указанным, прекратить пользование объектами интеллектуальной собственности Франшизиара.

В случае неисполнения Франшизиатом обязательства, указанного в пункте 2 настоящей статьи, Франшизиат уплачивает Франшизиару штраф в размере _____. Уплата штрафа не освобождает Франшизиата от выполнения своего обязательства, а также компенсации Франшизиару убытков, возникших вследствие такого неисполнения.

В случае прекращения Договора Сторонами в связи с прекращением его действия и нежеланием ни одной из сторон продолжить срок его действия, Франшизиат за 5 рабочих дней до прекращения действия Договора прекращает эксплуатацию Бизнеса, пользование объектами интеллектуальной собственности Франшизиара, снимает вывеску, на которой указано Торговое наименование, по которой потребитель ассоциировал предприятие Франшизиата с Франчайзинговой сетью.

В случае нарушения Франшизиатом его обязательств, указанных в пункте 4 настоящей статьи, он уплачивает Франшизиару штраф в размере _____. Уплата штрафа не освобождает Франшизиата от выполнения своего обязательства, а также компенсации Франшизиару убытков, возникших вследствие такого неисполнения.

Статья 11. Срок действия Договора. Право пролонгации

Настоящий договор вступает в силу с момента его подписания Сторонами или их уполномоченными представителями и действует в течение _____ лет.

Франшизиат имеет право на продление Договора по истечении его срока действия, если он уведомил письменно о своем желании Франшизиара не ранее чем за

6 месяцев, но не позже, чем за 3 месяца до окончания срока действия Договора. Продление Договора оформляется специальным дополнением к настоящему Договору, которое вступает в силу с момента его подписания Сторонами.

Франшизиар должен продлить Договор на следующий срок в __ лет, если:

Франшизиат своевременно представил уведомление, указанное в пункте 2 настоящей Статьи;

во время действия Договора Франшизиатом не было допущено существенных нарушений его положений, которые могли бы привести к его досрочному прекращению;

Франшизиат добросовестно исполнял свои обязанности по Договору;

Ежемесячные валовые продажи составляли сумму, оговоренную в статье 1 настоящего Договора;

Франшизиат готов произвести ремонт/обновление Помещений, Транспортных средств, Оборудования в соответствии с указаниями Франшизиара, касающимися стоимости, характера проводимого ремонта/обновления и его сроков;

Франшизиат готов компенсировать расходы Франшизиара по продлению настоящего Договора;

Франшизиат готов понести расходы, связанные с прохождением его персоналом повторных обученческих курсов в месте и по программе, указанной Франшизиаром.

Если Франшизиатом не выполнены его обязательства, указанные в пункте 3 (5)-(7) выше, условие о продление Договора не вступает в силу и соответственно Франшизиар освобождается от обязанности подписать дополнение о продлении Договора.

Статья 12. Уведомления

Любые уведомления, направляемые Сторонами друг другу, считаются направленными надлежащим образом, если они направлены почтой, факсом или электронной почтой по следующим адресам:

Франшизиар: г. Киев, ул. Ванды Василевской, 5

Факс: 999-99-99

Эл.-почта: франшизиар@франшизиар.com.ua

Франшизиат: г. Киев, ул. Крещатик, 5

Факс: 888-88-88

Эл.-почта: франшизиат@франшизиат.com.ua

Если уведомление прислано или поступило в нерабочий или выходной день, срок исполнения обязательств, которые получившая Сторона должна исполнить по такому уведомлению, начинает течь со следующего первого рабочего дня.

Договор подписали:

Франшизиар_____ Франшизиат_____