

# Руководство по составлению франчайзинговых договоров

Анна Цират  
2012

## Оглавление

ЧАСТО ЗАДАВАЕМЫЕ ВОПРОСЫ И ОТВЕТЫ .....	4
ГЛАВА 1. ОБЩИЕ РАССУЖДЕНИЯ О ФРАНЧАЙЗИНГЕ .....	8
1. История развития франчайзинга .....	8
2. Определение франчайзинга .....	14
3. Преимущества и риски франчайзинга для франчайзи .....	22
4. Преимуществ и недостатки франчайзинга для франчайзера.....	29
5. Какая деятельность может быть франчайзинговой.....	32
ГЛАВА 2. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В РАЗЛИЧНЫХ ЮРИСДИКЦИЯХ .....	37
1. Украина.....	38
2. Беларусь.....	77
3. Российская Федерация .....	80
4. Армения, Грузия, Казахстан и Узбекистан .....	95
5. США.....	95
6. Канада .....	104
7. Европейский Союз.....	110
8. Франция .....	132
9. Испания.....	133
10. Италия.....	135
11. Страны Латинской Америки.....	137
12. Азиатские страны и Япония .....	139
13. Добровольные франчайзинговые ассоциации .....	148
ГЛАВА 3. ФРАНШИЗА.....	152
1. Составляющие франшизы.....	152
2. Виды франшизы.....	164
3. Коммерческое (фирменное) наименование.....	167
4. Торговые марки (знаки для товаров и услуг).....	170
5. Изобретения и полезные модели.....	188



6. Промышленные образцы .....	201
7. Пособие во франчайзинге .....	211
ГЛАВА 4. ФРАНЧАЙЗИНГОВЫЙ ДОГОВОР .....	217
1. Правовая природа франчайзингового договора .....	217
2. Субъекты франчайзинговых правоотношений .....	230
3. Формирование внутренней воли при заключении франчайзингового договора 234	
4. Форма и порядок заключения франчайзинговых договоров.....	244
5. Объект франчайзинговых правоотношений .....	252
6. Виды франчайзинговых договоров.....	254
7. Права и обязанности сторон франчайзинговых договоров .....	258
8. Виды франчайзинговых платежей .....	266
9. Прекращение франчайзингового договора .....	268
ГЛАВА 5. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ФРАНЧАЙЗИНГ .....	275

В начале XX века слово “франчайзинг” было понятно не многим и в Украине метод франчайзинга использовался единицами. Сегодня это испытанный метод, применяемый во многих видах предпринимательской деятельности.

Применение франчайзинга, как метода сбыта товаров и услуг требует знаний бизнес и юридического характера. Такие знания распространяются издательством “Истина”, которое выпустило в свет книгу А.В. Цират “Франчайзинг и франчайзинговый договор”, в которой впервые на русском языке, доступно и полно был описан как сам франчайзинг, так и правовые аспекты заключения, исполнения и прекращения франчайзинговых договоров. Сейчас издательство выпускает в свет вторую книгу “Руководство по составлению франчайзинговых договоров”, которая более полно, нежели первая книга, описывает процесс подготовки франчайзингового договора. Особое внимание в книге уделено объектам права интеллектуальной собственности, являющимся составляющей франшизы.

Книга будет интересна как бизнесменам (потенциальным франчайзерам и франчайзи), так и юристам.

## ЧАСТО ЗАДАВАЕМЫЕ ВОПРОСЫ И ОТВЕТЫ

*1. Какие причины побуждают украинские компании работать по схеме франчайзинга? В чем разница в подходах к продаже франшиз у отечественных и иностранных компаний? Сложнее ли украинской компании получить франшизу у иностранцев? А у россиян?*

4

Использование франчайзинга, как метода построения сбытовой сети, используется во всем мире с 50-х годов. Этот метод зарекомендовал себя как наиболее выгодный и успешный для двух сторон договора. Принимая это во внимание, а также тот факт, что украинские компании все больше пользуются методами ведения бизнеса, распространенными в развитых странах, использование франчайзинга на украинском рынке является вполне закономерным явлением.

Разница подхода к продаже франшиз у отечественных и иностранных компаний базируется на разной степени “зрелости” франшизы. Так у иностранных компаний, особенно у тех, которые выходят на международный рынок, франшиза является зрелой, т.е. такая франшиза существует более 10 лет и, соответственно, все приемы ведения предпринимательской деятельности в рамках этой франшизы отработанны.

Учитывая, что в Украине рыночные отношения существуют всего-то с начала 90-х годов, сравнивать по степени зрелости иностранные и отечественные франшизы очень сложно. Могу отметить, что среди отечественных франшиз к числу зрелых можно отнести единицы.

Если сравнивать требования иностранного и украинского франчайзера к франчайзи можно однозначно утверждать, что требования иностранного франчайзера являются более жесткими, нежели украинского. Степень жесткости основана на необходимости для франчайзера защитить объекты права своей интеллектуальной собственности. Иностраный франчайзер не хочет принимать во внимание ментальность местного франчайзи, его рассказы о сложности ведения бизнеса в Украине. Украинский франчайзер на сегодняшнем этапе склонен прислушиваться к этим жалобам только по одной причине - степень зрелости его франшизы недостаточно высока. Однако, я прогнозирую, что уже через несколько лет известные в Украине торговые марки будут занимать такую же жесткую позицию, как и иностранные. Требования российских франчайзеров находятся где-то посередине между иностранными и отечественными: российская франшиза не настолько развита, как иностранные, однако, зачастую она бывает более развита нежели сходные украинские.

2. *Какие требования (критерии соответствия), как правило, выставляют иностранные компании потенциальным покупателям своих франшиз? Насколько они выполнимы для украинских компаний?*

Требования иностранных компаний зависят от того какую франшизу они продают: исключительную или неисключительную. В любом случае можно отметить, что иностранные компании относятся с недоверием к украинским предпринимателям и успешность переговоров зачастую зависит от готовности украинского франчайзи представить всю финансовую документацию по требованию франчайзера. Если речь идет об исключительной франшизе, то украинский франчайзи должен быть финансово сильным и уметь доказать стабильность своего финансового положения.

Распространенным в развитых странах и новым для Украины является требование иностранного франчайзера включать в качестве третьей стороны договора франчайзинга собственника/собственников украинского предприятия франчайзи. Жесткими являются требования иностранных франчайзеров по запрету конкуренции как для украинского франчайзи, так и для его собственников, как в течение срока действия договора франчайзинга, так и по его истечению на протяжении определенного срока, как минимум 1 год. Такие требования являются оправданными и, как правило, включаются в текст договора франчайзинга и для отечественных предприятий также.

3. *Каким образом иностранные франчайзеры организуют процесс получения своей франшизы (сам процесс, этапы реализации)?*

Если мы говорим о процессе создания франшизы в развитых странах, то он ничем не отличается от такого же процесса в Украине.

Первоначально рождается идея, которая претворяется в жизнь: создается предприятие, которое занимается определенным видом предпринимательской деятельности. Такое предприятие работает под определенной торговой маркой, которая обязательно регистрируется для получения охранного документа – свидетельства о праве на знак. Как в ходе создания предприятия, так и в течение срока его эксплуатации собственник определяет наибольшее количество объектов права интеллектуальной собственности, на которые можно получить охранные свидетельства: это могут быть экстерьеры и интерьеры, виды упаковки, униформа персонала, различные изобретения. В ходе ведения предпринимательской деятельности формируется ноу-хау ведения такой деятельности. Как известно, ноу-хау не подлежит регистрации и на него невозможно получить патент. Однако, отдельные аспекты ноу-хау можно описать в виде пособия и/или компьютерной программы или запечатлеть на видеопленку и таким образом, франчайзер будет иметь объект авторского права.

Чем больше количество объектов права интеллектуальной собственности, тем больший размер вознаграждения получает франчайзер, тем легче ему защищать свою позицию в суде в случае нарушения его прав.

Иностранные франчайзеры, как правило, после создания франшизы самостоятельно эксплуатируют ее в своем предприятии и отрабатывают появляющиеся огрехи. Законодательство некоторых штатов запрещает продажу франшизы до ее самостоятельной эксплуатации в течение не менее 2-х лет. В тех странах, где таких ограничений нет, франчайзеры не торопятся продавать франшизу сразу же после ее создания, без дополнительной отработки. Сдерживающим моментом является более развитая, нежели в Украине, судебная практика и возможность исполнения принятого решения: если проданная франшиза является недостаточно зрелой, а франчайзер или его представитель не предупредили об этом франчайзи, франчайзи вправе подать иск о компенсации понесенных убытков, причем размер требований может быть очень значительным.

Украинская действительность (и законодательство, и судебная система и практика исполнения вынесенных решений) позволяют украинскому франчайзеру работать параллельно: создавать франшизу и франчайзинговую сеть одновременно. Следует, однако, отметить, что в таком случае, франчайзер предупреждает франчайзи об этом и ожидания франчайзи не являются завышенными.

*4. С какими проблемами может столкнуться украинская компания при покупке иностранной франшизы? Как их можно преодолеть?*

Прежде всего, украинский франчайзи должен быть готов вести прозрачную деятельность, которая в числе прочего, предполагает уплату налогов. Следует предоставлять иностранному франчайзеру все те документы, которые он требует. Помните, иностранный франчайзер относится более ответственно к принятому решению работать в международном франчайзинге, нежели украинский франчайзи, решивший приобрести иностранную франшизу. Не следует предлагать иностранным франчайзерам использовать различные схемы ухода от налогообложения. Если приобретаемая франшиза является зрелой, не следует предлагать франчайзеру адаптировать ее к местным условиям. Целесообразно точно следовать указаниям, даваемым франчайзером, насколько абсурдными эти указания не казались бы украинскому франчайзи. Следует помнить, что эти указания базируются на многолетнем опыте. При покупке иностранной франшизы целесообразно иметь внешних или внутренних консультантов, которые смогли бы предоставить украинскому франчайзи необходимые консультации, объясняющие на чем базируются те или иные

требования франчайзера. Зачастую отсутствие “глупых” вопросов будет лучшей рекомендацией для украинского франчайзи.



# ГЛАВА 1. ОБЩИЕ РАССУЖДЕНИЯ О ФРАНЧАЙЗИНГЕ

## 1. ИСТОРИЯ РАЗВИТИЯ ФРАНЧАЙЗИНГА

8

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 зародились 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. С целью сбыта товаров производителями практиковались различные методы - от получения заказов по почте и рекламы

посредством коммивояжеров (путешествующих торговцев) - до продажи через уполномоченных дистрибьюторов<sup>1</sup>.

В США, Англии и других странах, воспринявших английскую систему права, широко распространенной практикой было называть розничных торговцев агентами, даже если между производителем товаров и независимым розничным торговцем существовали правоотношения обычной купли-продажи. Как правило, в таких случаях, в договоре купли-продажи 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 произведенных автомобилей, являлись, с одной стороны, необходимость открытия большого числа сбытовых розничных предприятий, и, 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

---

<sup>1</sup> 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.

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 закупке 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 крупно-оптовых 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<sup>2</sup> 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, мебелировке и контроле по ведению ресторанного бизнеса. Ховард продавал ему мороженое и другие сопутствующие товары под маркой “Ховард Джонсон”. Как только это предприятие

---

<sup>2</sup> Лица, получившие лицензию на право пользоваться брендом (торговой маркой или торговым наименованием).

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, а Ховард Джонсон получал прибыль от производимых им поставок мороженого и других товаров, имея постоянных потребителей своей продукции.

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<sup>3</sup>.

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 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

<sup>3</sup> Более подробно, смотри Martin Mendelsohn and Robin Vynoe “Franchising”, FT Law & Tax, 1995. –Р. 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 доходом 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. 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<sup>4</sup>.

В соответствии с данными Международной ассоциации франчайзинга в совокупности франчайзинговые предприятия, число которых перевалило за 900 тысяч, за 2005 год заработали 2,31 триллионов долларов США, что составило 11,4% доходов всего частного сектора в США. При этом на франчайзинговые предприятия предпринимательского формата пришлось более 75% от указанного дохода. Лидерскую позицию по количеству франчайзинговых предприятий занимает сектор быстрого питания, на который приходится 56,3% всех франчайзинговых предприятий. Вторая позиция за предприятиями, предоставляющими услуги по отельному размещению –

<sup>4</sup> Данные взяты из книги Martin Mendelsohn and Robin Bynoe “Franchising”. – FT Law & Tax, 1995.

25,3%, третье место принадлежит предприятиям розничной торговли продуктами – 16,9% ото всех франчайзинговых предприятий США.

Наименьшее количество используемых во франчайзинге предприятий относится к личным услугам (1,1%) и услугам по предложению коммерческой и резидентской собственности (1,2%).

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 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 франчайзеров, функционировавших через более чем 45 000 франчайзинговых предприятий, совокупный доход которых составлял 61 миллиард канадских долларов<sup>5</sup>. К 2008 году число франчайзинговых предприятий превысило 78 000.

Быстрое развитие рынков латиноамериканских стран, в частности, рынков Бразилии, Мексики и Аргентины, также осуществляется благодаря франчайзингу. В Бразилии франчайзинг начал развиваться в 60-х годах с открытия школы иностранных языков, работающей под маркой Yazigi, и первого ресторана МакДональдс. К середине 80-х годов в Бразилии наблюдался 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 составило 10% ВВП страны<sup>6</sup>. В настоящее время рост франчайзинговых предприятий ежегодно составляет порядка 10% и достиг 56 000 предприятий. В Бразилии эксплуатируется около 680 брендов, 90% из которых принадлежат бразильским компаниям.

По данным Европейской франчайзинговой Федерации 2004 года, которая проводила обзор роста франчайзинга и франчайзинговых предприятий за 7 лет (т.е. с 1998 года) во всех европейских странах наблюдался значительный прирост, как в количестве работающих сетей, так и общем количестве франчайзинговых предприятий.

<sup>5</sup> Данные взяты из книги A.S. Konigsberg, International Franchising, Second Edition, Juris Publishing.–New York, 1997.– P. II.III.7-8.

<sup>6</sup> 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.–T.8.–1994.– С. 102.

По данным Ассоциации франчайзинга Украины к середине 2008 года в Украине работало более 19 тысяч франчайзинговых предприятий под более чем 1100 брендами. По количеству брендов лидирует торговля (более 700 торговых марок), в то время как на сектор общественного питания (фаст-фуд и рестораны) приходится не более 200 торговых марок. Очевидно данные, представленные Ассоциацией, ориентированы на бренды, потенциально могущие, а не реально работающие во франчайзинге. В противном случае можно сделать вывод, что франчайзинг в Украине по сравнению с европейскими странами развивается намного активнее.

## 2. ОПРЕДЕЛЕНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА

Франчайзинг – это 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 предпринимательской деятельности, ассоциирующейся с конкретным предприятием и, во-вторых, возможность достижения такого расширения путем кооперирования с другими лицами, владеющими необходимым капиталом и человеческими ресурсами для достижения необходимого результата. С экономической точки зрения, франчайзинг позволяет производителю товаров или услуг, известных потребителю и 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.

*Определение для чайников*

В дальнейшем, при описании схемы работы франчайзинговой сети нами будут использоваться такие термины:

- франчайзинговые правоотношений, т.е. отношения между собственником известной торговой марки и ноу-хау и лицом, получающим право пользоваться такой торговой маркой и ноу-хау собственника при организации предприятия;
- франшиза – совокупность подлежащих копированию элементов;
- франчайзер – собственник торговой марки, ноу-хау, предприятия и всего, что ассоциируется с этим предприятием и этой торговой маркой, которые составляют основу франшизы, используемой во франчайзинговой сети;



• франчайзи – лицо, которое приобретает право “копировать” и пользоваться элементами организации предприятия и торговой маркой франчайзера.

Любая франчайзинговая система основана на успешно функционирующем предприятии франчайзера и это является основополагающим элементом франчайзинга. Если нет такого успешно функционирующего предприятия, то нет и фактической основы для франчайзинга. Сегодня в Украине получило распространение большое количество предложений по франчайзингу из России. К сожалению, очень многие, предлагаемые к покупке франшизы, представляют собой не отработанные придумки возможно талантливых бизнесменов. В некоторых случаях, это возможность заработать деньги на неопытных украинских предпринимателях.

*Предпосылки  
создания  
франчайзинговой  
сети*

Франчайзером может быть производитель товаров или услуг, оптовый или розничный торговец, лицо, не являющееся производителем или торговцем, однако, обладающее определенной ценной информацией, важной при ведении прибыльного бизнеса.

Предприятие франчайзера обязательно должно чем-то выделяться на фоне других предприятий, ведущих подобную ему предпринимательскую деятельность. Необходима явно выраженная “индивидуализация” предприятия франчайзера. Такой внешне выделенной индивидуализацией франчайзера является «бренд». Бренд может включать в себя только торговую марку, используемую при производстве товаров или услуг. Такая торговая марка может быть, а может не быть зарегистрированной. Брендом может быть торговое наименование. Однако, в целом на сегодня, бренд представляет собой совокупность всех элементов имиджа франчайзера: торговое наименование, торговую марку, торговые символы, используемые при продаже товаров или предоставлении услуг, интерьер торговых помещений, в которых ведется предпринимательская деятельность и т.п.

Другой важной отличительной чертой франчайзера является ведение предпринимательской деятельности в соответствии с определенной, известной только франчайзеру, системой. Такую систему, зачастую, называют ноу-хау. Под системой понимаются не общеизвестные способы применения методов менеджмента, маркетинга и бухгалтерии. Под системой понимается особый способ предложения товаров и услуг, присущий именно этому франчайзеру и торговой марке. Наилучшим примером, иллюстрирующим такую особенность, является МакДональдс. В отличие от бренда, внешне индивидуализирующего франчайзера, отличающего его от других и



являющегося открытым и общеизвестным, система или ноу-хау франчайзера, наоборот, является коммерческой тайной франчайзера. Многие предприниматели, работающие в течение длительного времени под торговой маркой, известной потребителю, и готовые использовать франчайзинг как метод сбыта своих товаров считают, что консультанты в состоянии разработать для них это ноу-хау. Это заблуждение. Консультанты могут лишь помочь бизнесмену записать и надлежащим образом оформить его ноу-хау.

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

Успешное функционирование предприятия франчайзера обусловлено не столько удачным внешним оформлением, сколько удачной внутренней организацией функционирования предприятия. Таким образом, для достижения франчайзи такой же успешности, его предприятие должно быть оформлено схожим образом с предприятием франчайзера не только внешне, и “внутренне”. То есть, франчайзер должен научить франчайзи тем способам ведения предпринимательской деятельности, которые уже опробованы им самим. Процесс обучения опосредуется как специальными курсами, проводимыми для персонала франчайзи, так и передачей в его владение и пользование определенных учебных материалов. Франчайзер должен не только научить франчайзи 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 товаров или торговой марки, то есть, фактически, деловой репутации франчайзера.

Созданная деловая репутация франчайзера является его нематериальным активом, имеющим, в конце концов, стоимостное выражение. Чем успешнее функционирует франчайзер 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 франчайзи оформлять свои предприятия схожим с предприятием франчайзера образом, франчайзер “накрывает” франчайзи 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 франчайзера, положительно влияет на дальнейшее функционирование франчайзи. Это позволило франчайзеру рассматривать вступление франчайзи во франчайзинговую сеть предприятий как предоставление франчайзи определенного блага. Предоставление этого блага рассматривается франчайзером как продажа франчайзи 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 франчайзером права пользования брендом и системой франчайзи и является существом франчайзинговых правоотношений и предметом франчайзингового договора. Условия использования бренда и системы, срок такого использования, прекращения, продления и возобновления пользования системой, контроля над деятельностью франчайзи, 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 франчайзера 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

*Преимущества: общее  
определение*

предприятие. Безусловно, невозможно утверждать, что все открытые франчайзинговые предприятия на все 100% успешны. Любая предпринимательская деятельность сопряжена с риском несения убытков. 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 франчайзи, нельзя сбрасывать со счетов и ответственность франчайзера, его умение правильно и своевременно помочь франчайзи 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: франчайзера и франчайзи. Франчайзер 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 франчайзера и дает ему возможность получать доход от самого факта открытия новых предприятий. Следствием этого явился отказ некоторых франчайзеров от содержания собственных предприятий, то есть такие франчайзеры являются лишь собственниками 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 платы за услуги, предоставляемые франчайзи.

Франчайзи имеет возможность сбывать товары по 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 основные элементы, присущие 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) плата за присоединение к франчайзинговой сети;

5) выплата франчайзи вознаграждения (роялти) франчайзеру за пользование этим брендом и системой;

*Основные  
элементы  
франчайзинга*

б) инвестирование франчайзи 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 франчайзи - 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 франчайзером и франчайзи: 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 франчайзи, 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 франчайзера.

Под промышленным франчайзингом понимался метод сбыта, который включал в себя промышленные лицензии, базировавшиеся на патентах и/или техническом ноу-хау.

*Разновидности  
франчайзинга*

Таким образом, промышленный франчайзинг ассоциировался больше с промышленными лицензиями, чем с франчайзингом как таковым.

В сферу регулирования ГК России подпадает франчайзинг по продаже товаров, произведенных или поставленных франчайзером, 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.

*Франчайзинг  
предпринимательского  
формата*

20

По определению Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) франчайзинг предпринимательского формата рассматривается как “продолжительные правоотношения между франчайзером и франчайзи, которые включают в себя предоставление не только товаров, услуг и торговых марок, а комплексной предпринимательской системы - маркетинговой стратегии и плана, пособий и стандартов, контроля качества и постоянное двухстороннее общение”<sup>7</sup>.

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. Франчайзер 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 франчайзи. Таким образом, договор о франчайзинге предпринимательского формата заключается между двумя предпринимателями, где один предприниматель – франчайзер, предоставляет другому предпринимателю – франчайзи право сбывать товары или предоставлять услуги в соответствии с разработанной и опробованной франчайзером системой, а также под его торговым наименованием или торговой маркой. За предоставление такого права франчайзи выплачивает франчайзеру вознаграждение. Разработанная франчайзером и опробованная на практике система ведения бизнеса и есть то ноу-хау, передача которого в пользование является одной из наиболее характерных черт франчайзинга. Как

<sup>7</sup> Intellectual Property Reading Material. Geneva: WIPO, 1998. No. 476(E). Second Edition. –P. 95.

правило, ноу-хау передається в формі посібника або підручника, в якому в доходчовій формі описані всі опробовані способи та форми ведення бізнесу.

С тим щоб франчайзи як можна швидше освоїв передавані йому методи ведення бізнесу, франчайзер проводить для його персоналу спеціальні тренувальні або навчальні курси. Такі курси можуть проводитися одноразово або з певною періодичністю.

Для того щоб звичайний споживач асоціював підприємство франчайзи з підприємством франчайзера, а в цьому і полягає головна мета франчайзингової угоди, таке підприємство повинно бути оформлено таким же чином, як і підприємство франчайзера. Тобто важливо не тільки використання того ж самого торговельного найменування, але й, наприклад, використання персоналом франчайзи схожої уніформи, схожого торговельного обладнання та мебелі, інтер'єру торговельного закладу, транспортних засобів певної марки та окрашених певним чином і т.п. В результаті цього, споживач отримує товари або послуги в звичній для нього формі, звичним або знайомим йому способом і його, т.е., споживача, ніскільки не цікавить, хто володіє підприємством, в якому був придбаний товар або отримана послуга.

Частина підприємців використовує термін «франчайзинг» для визначення звичайних ліцензійних правовідносин. Деякі юристи вважають франчайзинг підвидом ліцензійних угод<sup>8</sup>. В деяких країнах державні органи видають франшизи на здійснення певних видів підприємницької діяльності (наприклад, використання радіочастот, отримання дозволу на здійснення залізничних або інших перевезень). Дилерські продажі легкових автомобілів часто називаються підприємцями, особливо на Заході, франшизами і так далі. Все це, безумовно, тільки сприяє заплутуванню поняття «франчайзинг».

Однак, чітке знання рис, притаманних тільки франчайзингу, не дозволить сплутати ці правовідносини з подібними, але все ж, іншими правовідносинами. До таких рис слід віднести:

1. Лицо, яке потенційно може бути франчайзером, повинно спочатку розробити,

опробувати та впровадити певний підприємницький формат. Під форматом, в

*Черти притаманні тільки франчайзингу*

<sup>8</sup> Шевченко О.А. Окремі проблеми законодавчого регулювання угоди комерційної концесії в Україні // Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії та практики / За заг.ред. Ю.С. Шемшученко. Ю.Л. Бошицького. –К.: Юридична думка, 2006. – 426- 459.

данном случае, понимается способ или метод ведения бизнеса. Такой формат должен быть успешным и ассоциироваться у потребителя с определенным брендом.

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

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

4. Франчайзи при контроле и содействии со стороны франчайзера, ведет свою предпринимательскую деятельность под брендом (торговым наименованием и/или торговой маркой) франчайзера. Таким образом, получаемые им доходы напрямую связаны с деловой репутацией или гудвиллом франчайзера.

5. Франчайзи 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 франчайзи франчайзер может создать вместе с ним совместное предприятие.

6. Как правило, франчайзи является собственником франчайзингового предприятия.

7. Франчайзи выплачивает франчайзеру вознаграждение, представляющее собой плату за пользование полученными правами, а также за постоянные услуги, которые ему оказывает франчайзер (такие как проведение курсов, контроль ведения бизнеса, содействие в преодолении трудностей и т.п.).

Приведенные выше черты и отличают франчайзинг и соответственно франчайзинговый договор от других схожих правоотношений. 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 РИСКИ ФРАНЧАЙЗИНГА ДЛЯ ФРАНЧАЙЗИ

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 франчайзи является значительное снижение риска нести убытки или стать неплатежеспособным, прежде чем он станет твердо на ноги и сможет уверенно вести и развивать свою предпринимательскую деятельность.

Снижение риска несения убытков 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, 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:

- наиболее эффективному использованию денежных средств франчайзи;
- получению ожидаемых прибылей в запланированные сроки.

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

Вступая во франчайзинговую сеть, франчайзи получает огромное преимущество от получения различного рода услуг от франчайзера или иных лиц, связанных с ним или доверяющих франчайзеру и его методам ведения 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<sup>9</sup>;
- приобретение товаров с большими скидками;

*Преимущества*

<sup>9</sup> В развитых странах многие банки имеют специальные подразделения, занимающиеся кредитованием франчайзи. В число обязанностей таких подразделений входит не только согласование условий кредитного договора, но также предоставление текущих консультаций франчайзи и франчайзерам. Некоторые банки публикуют специальные пособия, в которых освещаются типичные проблемы франчайзинговых правоотношений. Смотри: Джон Стэнворт. Брайан Смит. Франчайзинг в малом бизнесе. Руководство Барклайз банка. –М.: Аудит, Издательское объединение “ЮНИТИ”. 1996.



- проведение более широкомасштабной рекламной компании при небольших финансовых затратах на это.

Помощь франчайзи в каждодневной деятельности включает в себя постоянные консультации франчайзера, проведение анализа продаж и т.п. Опытный франчайзер раньше, чем франчайзи заметит, что у последнего возможны финансовые проблемы. Франчайзер не только заметит это, но также и предоставит франчайзи 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, приобретая предприятие, покупатель сам решает в дальнейшем как им управлять. Приобретая франшизу, франчайзи вступает в долгосрочные правоотношения с франчайзером и во многих аспектах ведения бизнеса полагается на него. По большому счету, франчайзи не разрешено вести бизнес по своему усмотрению, он должен строго придерживаться стандартов франчайзинговой системы. Несколько факторов существенно отличают ведение франчайзингового от независимого бизнеса:

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

Безусловно, риски от франчайзинга для франчайзи 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.).

*Различия между ведением франчайзингового и независимого бизнеса*

- 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.

- 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<sup>10</sup> и так далее.

Франчайзи, приобретая право пользования франшизой, значительно снижает обычные риски начинающего предпринимателя, его основным риском является принятое решение: правильно или неправильно выбрана франшиза, т.е. какая из потенциально возможных к приобретению франшиз даст возможность франчайзи быстрее окупить вложенные инвестиции и получить первую прибыль. На правильность выбора франчайзи 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 франчайзера рассказать как можно больше о продаваемой франшизе. Следует также указать, что к числу потенциальных рисков франчайзи в отношении франшизы могут быть отнесены:

1. Недостаточное апробирование франшизы. Приобретая вновь разработанную франшизу, франчайзи 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 франчайзеру сформулировать ответы на большинство вопросов франчайзи об эксплуатации франшизы, а также сформировать деловую репутацию такой франшизы. Выше мы упоминали о большом количестве появившихся на рынке Украины российских франшиз – так вот основным рисковым фактором для российских франшиз является их незрелость. Именно поэтому многие российские

---

<sup>10</sup> Промоутерская компания – это компания по продвижению товара на рынке (рекламная компания, участие в выставках, проведение различных акций по бесплатной раздаче товара или его продаже со значительными скидками и т.п.).

франчайзеры устанавливают большой первый франчайзинговый платеж и достаточно небольшое роялти, т.е. главный акцент делается на первый платеж, который в последующем не подлежит возврату, в случае прекращения франчайзинговых отношений.

2. Объективные способности франчайзи вести выбранную им предпринимательскую деятельность. Помочь ему определиться в этом должен франчайзер. Он также заинтересован в выборе “правильного” франчайзи, 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 франчайзи, но и, в целом, для всей франчайзинговой сети.

4. Недобросовестность франчайзера при предоставлении помощи франчайзи (необходимое количество контрольных и инспекционных проверок, проведение необходимого количества обученческих семинаров и курсов, постоянное совершенствование ноу-хау). Как правило, недобросовестность франчайзера является также следствием незрелости франшизы, т.е. франчайзер не понимает, что он сам, в первую очередь, заинтересован в предоставлении своевременной помощи.

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

Для снижения указанных факторов риска, потенциальный франчайзи прежде чем приобретать франшизу, т.е. заключать франчайзинговый договор, должен:

*Факторы риска при  
приобретении франшизы*

1. Затребовать у франчайзера данные о его финансовом положении, как минимум, за последние два года. Помните, реальный франчайзер всегда готов предоставить такие данные и только не уверенный в себе франчайзер или мошенник будет говорить о коммерческой тайне в отношении этой информации. Полученные данные должны быть изучены не только самим потенциальным франчайзи, 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<sup>11</sup>.

2. Затребовать у франчайзера доказательства того, что франшиза достаточно опробована. Такими доказательствами является время начала использования франшизы.

*Анкета для самооценки франчайзи*

3. Ознакомиться с результатами внедрения франшизы. Франчайзер обязан предоставить полный список работающих франчайзи с их телефонами и адресами. Таким образом, потенциальный франчайзи будет иметь возможность побеседовать с работающими франчайзи, насколько они довольны сделанным приобретением.

4. Удостовериться, что франшиза продается франчайзером или генеральным франчайзи. 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.

5. Проконсультироваться с юристом, специализирующимся на франчайзинговых соглашениях. Является ли предлагаемое франчайзинговое соглашение выгодным для вас, защищена ли ваша позиция, достаточное ли количество услуг будет предоставляться франчайзером.

6. 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 франчайзи<sup>12</sup>. В целом, можно выделить следующие основные ситуации, честная оценка которых, позволит потенциальному франчайзи 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 франчайзером. Уверенность в

<sup>11</sup> Более подробно о возможности получения данных о финансовом положении иностранной компании см. Цират Г.А., Цират А.В. Международный арбитраж как способ разрешения внешнеэкономических споров.– Киев.: Довира, 1997. –С. 5 -17.

<sup>12</sup> 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

собственном опыте иногда не позволяет увидеть и услышать преимущества иных способов и методов. Именно по этой причине многие франчайзеры при отборе потенциальных франчайзи 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 франчайзи 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 франчайзи. Очень важно, чтобы, добившись успеха, франчайзи не останавливался не достигнутом, не прекращал работать над своим предприятием. Любая остановка чревата регрессом предприятия, а может быть и худшими последствиями.

3. Выдержка франчайзи. Детская поговорка “лишь терпение и труд нас к успеху приведут” как нельзя лучше подходит к франчайзинговому бизнесу и манере поведения франчайзи. Успех, конкурентоспособность и прибыльность могут прийти не так быстро, как хотелось бы, что, однако, не является основанием для шараханий, излишней напряженности на предприятии и во взаимоотношениях с франчайзером. Если вы тщательно взвесили сделку по приобретению франшизы и следуете всем требованиям франчайзера, 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.

4. Несоблюдение системы франчайзера. Франчайзи, 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 франчайзера. Если подобная уверенность, со стороны франчайзи, совпадет с недосмотром франчайзера, все это может закончиться весьма печально, как для франчайзи, так и для франчайзера.

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. Франчайзи должен быть независим и любые рекомендации и пожелания воспринимать критически. Франчайзи должен помнить что любое изменение, которое даже может благотворно повлиять на его предприятие и франчайзинговую сеть в Украине, должно быть обязательно обсуждено с франчайзером.

6. Отсутствие самостоятельности франчайзи. Некоторые франчайзи, впервые начавшие вести самостоятельную предпринимательскую деятельность, ожидают от франчайзеров чрезмерной каждодневной опеки. Отсутствие такой опеки воспринимается как неисполнение франчайзером своих обязанностей по договору. Если франчайзи чувствует, что он не сможет вести бизнес полностью самостоятельно, что контрольные проверки и визиты франчайзера, 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. ПРЕИМУЩЕСТВ И НЕДОСТАТКИ ФРАНЧАЙЗИНГА ДЛЯ ФРАНЧАЙЗЕРА

##### *Преимущества*

Основным преимуществом франчайзинга для франчайзера, как нами уже указывалось, является возможность значительного расширения сбыта своей продукции или услуг без привлечения дополнительных финансовых ресурсов, принадлежащих франчайзеру.

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

Франчайзи, являющийся собственником своего предприятия, имеет лучший стимул в развитии этого предприятия и соответственно франчайзинговой сети в целом,

чем наемные служащие или менеджеры франчайзера. Франчайзинг незаменим при желании франчайзера расширить свою предпринимательскую деятельность на территорию другой страны. Франчайзи 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, франчайзер имеет возможность уделять больше внимания стратегическим направлениям развития своей предпринимательской деятельности.

Франчайзер-производитель может сбывать производимые им товары через оптовых или розничных франчайзи. Широкая франчайзинговая сеть по стране даст возможность франчайзеру не только сбывать свои товары, но также и осуществлять гарантийный и текущий ремонт проданных товаров.

*Факторы, тормозящие  
развертывание  
франчайзинговой сети*

Все это будет только способствовать повышению деловой репутации (гудвила) производителя, с одной стороны, и улучшению обслуживания конечных потребителей, с другой стороны.

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

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

Быстрое разворачивание франчайзинговой сети может тормозиться лишь следующими факторами:

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

Основную опасность для франчайзера во франчайзинге таят его взаимоотношения с франчайзи. Какой предприниматель лучше всего подходит на роль франчайзи? Начинаящий или уже имеющий опыт предпринимательства? Из имеющих опыт предпринимательства – удачливый или понесший убытки? Выбранный франчайзи



может быть не в состоянии вести определенную предпринимательскую деятельность, т.е. определенные качества франчайзи могут раскрыться значительно лучше на другом поприще. Своевременное понимание этого, а также отсутствие боязни обсуждения этого, если договор уже подписан и франчайзи даже начал работать, уменьшит количество и уровень возможных проблем в будущем.

Очень важно уметь стимулировать разумное чувство “неудовлетворенности” у франчайзи. 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” франчайзи может привести к потере первоначально полученных преимуществ. Только от франчайзера зависит возможность балансировки этих “крайних чувств”.

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

Основным заданием франчайзера является обеспечение единых стандартов продажи товаров или предоставления услуг во всей франчайзинговой сети. Небольшие, с точки зрения франчайзи, отклонения могут привести к отрицательным последствиям для всей сбытовой сети. Опытность менеджеров франчайзера 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 франчайзи, менеджеры франчайзера должны не забывать, что франчайзи 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 франчайзер встает перед реальной опасностью разглашения своего ноу-хау недобросовестным франчайзи или его недобросовестными служащими. И хотя соответствующие положения содержатся во франчайзинговом договоре, даже они не гарантируют франчайзера от возможных нарушений его прав, и франчайзер должен быть готов к этому.



Проведение постоянного обучения франчайзи 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 франчайзером самого себя, франчайзи должен чувствовать необходимость наличия правоотношений с франчайзером, должен понимать, что его «прибыльное будущее» напрямую зависит от этого.

По мнению автора, основным недостатком франчайзинга для франчайзера является необходимость постоянной работы с франчайзи, его умением работать с франчайзи. От правильного поведения франчайзера и взаимоотношений с его партнерами-франчайзи 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<sup>13</sup> 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.

3. Автомойки стали привычным явлением в нашей жизни. Хотя достаточное количество этих предприятий работает под наименованием «Автомойка», уже появляются сети. В качестве примера можно упомянуть торговую марку «Помой-ка». Здесь мы не будем останавливаться на анализе этого наименования (какие ассоциации может рождать такое наименование, мы рассмотрим в разделе Торговые марки). Работа существующих сегодня автомоек, т.е. малых и средних предпринимателей, являющихся

<sup>13</sup> Guide to International Master Franchise Arrangements. UNIDROIT. Rome. 1998. P. 259 - 262

их собственниками, под единой торговой маркой принесет выгоды, как собственникам этих предприятий, так и потребителям. 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? Рекламирывать адрес магазина? А если придется сменить местонахождение, как указать потребителю это новое местонахождение? Собственник такого магазина для успешного конкурентирования должен будет либо создавать и продвигать свою торговую марку, на что понадобится время, либо он осознает себя потенциальным франчайзи, готовым перейти работать под известную торговую марку.

5. Авто диагностические центры, СТО. Предприятия подобного рода существуют сегодня повсеместно, также как и собственники автомоечных 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.

7. Парикмахерские являются прекрасной основой для создания франчайзинговой сети, однако, на сегодняшний момент, сети парикмахерских, использующих единую торговую марку, только начинают зарождаться.

8. Пивоварни. Когда мы говорим о пивоварнях, мы имеем в виду не только известные торговые марки, бутелирующие 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 франчайзи современных строительных технологий, в которых так остро нуждается сейчас эта сфера предпринимательства в Украине.

10. Кемпинги. 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 в 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 ПИК”, “Синдерелла”.

18. Услуги по доставке по франчайзинговой схеме используются при экспресс почтовых доставках (марки Federal Express, DHL, TNT), доставке газет и журналов (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, несмотря на увеличившуюся популярность танцевальных студий, по-видимому, еще не настало время для развития такой предпринимательской деятельности под единой торговой маркой, 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; перетяжку и реставрацию мебели; установку окон; чистку офисов и производственных помещений. Следует отметить, что часть из перечисленных видов деятельности уже освоена франчайзерами украинского происхождения.

22. Услуги по трудоустройству предоставляются в Украине многочисленными кадровыми агентствами. 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 франчайзерами 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, ландшафтные, садоводческие, услуги прислуги) являются основой для создания франчайзинговых сетей.

30. Франчайзинг широко используется при создании сетей по обучению вождению 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, аксессуарами, обувью, напитками, инструментами, другими товарами.

42. Туристические агентства

43. Торговля через торговые автоматы.

## ГЛАВА 2. РЕГУЛИРОВАНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГА В РАЗЛИЧНЫХ ЮРИСДИКЦИЯХ

Хотя франчайзинг сегодня рассматривается как особый способ ведения предпринимательской деятельности довольно небольшое количество стран считают необходимым специально регулировать франчайзинговые правоотношения.

Анализ законодательства стран, которые в той или иной мере, регулируют франчайзинговые правоотношения, позволяет использовать такую классификацию франчайзинговых правоотношений как:

1. Отдельный вид гражданско-правовых отношений;
2. Регулирование преимущественно с точки зрения возможного нарушения антимонопольного законодательства;
3. Подвид лицензионных правоотношений;
4. Инвестиционные правоотношения;
5. Торговые правоотношения.

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 франчайзи и франчайзеров.

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.

*Выводы*

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. Законодательство всех стран, в которых, так или иначе, регулируются франчайзинговые правоотношения подчеркивается, что работа обязанной стороны происходит по определенному маркетинговому плану или ноу-хау управомочной стороны.

## 1. УКРАИНА

ГК Украины, который по задумке его авторов должен был регулировать договоры франчайзинга, разрабатывался на базе Модельного ГК для стран СНГ (Модель). Однако за период работы над ГК Украины изменилось и название договора франчайзинга и наименование его сторон. Так, проект ГК Украины, принятый в первом чтении, определял договор франчайзинга как сделку, сторонами в которой были франчайзер (правовладелец) и франчайзи (пользователь). Также в тексте статьи, которая толковала договор франчайзинга, упоминался договор коммерческой концессии, хотя не давалось его определение.

В проекте ГК Украины, принятом во втором чтении, сделка названа договором использования исключительных прав, сторонами которой являются правовладелец и пользователь.

Законодатель не использует терминов франчайзер и франчайзи, франчайзинговый договор, франшиза и других терминов, используемых во франчайзинге. В качестве основных терминов используются:

- договор коммерческой концессии как аналогия договора франчайзинга;
- правообладатель вместо франчайзер;
- пользователь вместо франчайзи.

Вступивший в силу и действующий сейчас ГК Украины определяет договор коммерческой концессии, сторонами которого являются правовладелец и пользователь. Он предусматривает, что договоры коммерческой концессии будут регулироваться “кодексом и другими законами”. Таким образом, на сегодняшний момент ГК Украины регулирует не договоры франчайзинга, а договоры коммерческой концессии. Как



показано нами ниже между договорами франчайзинга и коммерческой концессии имеется много общего, но есть и различия. Значит ли это, что украинские предприниматели вправе заключать только договоры коммерческие концессии и не могут заключать договоры франчайзинга? Нет. Украинские предприниматели могут заключать и договоры франчайзинга, поскольку ст. 3 ГК Украины устанавливает свободу договора и предпринимательской деятельности, которая не запрещена законом. Ст. 6 ГК Украины прямо указывает, что стороны имеют право заключать договор, не предусмотренный актами гражданского законодательства, но отвечающий общим основам гражданского законодательства, а также вправе отступить от положений актов гражданского законодательства и урегулировать свои правоотношения по собственному усмотрению. Таким образом, предприниматели вправе заключать как договоры коммерческой концессии, так и договоры франчайзинга. В случае желания сторон заключать именно договоры франчайзинга, не подлежащие регулированию главой 76 ГК Украины, они обязаны детально описать все свои права и обязанности в таком договоре и прямо указать со ссылкой на ст. 6 ГК Украины, что положения главы 76 не применяются к их правоотношениям.

Несмотря на указанную возможность, многие предприниматели на Украине заключают именно договоры коммерческой концессии, а не договоры франчайзинга. Принимая такое решение, они руководствуются желанием облегчить работу суда при урегулировании споров между сторонами, если таковые возникнут.

Обе позиции имеют право на существование.

В своей предпринимательской жизни граждане Украины руководствуются двумя кодексами – Гражданским и Хозяйственным. Последний также регулирует договоры коммерческой концессии. В соответствии с проектами первых двух чтений Хозяйственного (ХК) кодекса Украины - в главе 36 предполагалось регулировать правоотношения из договора франчайзинга между правовладельцем и пользователем. После третьего чтения ХК Украины в главе 36 регулирует использование в предпринимательской деятельности прав иных субъектов хозяйствования (коммерческую концессию), в которой название договора изменено на договор коммерческой концессии, стороны именуется как правовладелец и пользователь.

В общем и целом регулирование, заложенное в двух Кодексах, является одинаковым. Практика показывает, что и суды и предприниматели в своей жизни в большей мере используют Гражданский, нежели Хозяйственный кодекс. К тому же постоянно муссируются слухи о необходимости отмены Хозяйственного кодекса Украины, как такового, который вносит разброд и сумятицу, а не упорядоченность в нашу жизнь.



Учитывая выше изложенное, предлагаем по статейный комментарий к главе 76 ГК Украины. В тех случаях, где необходимо будет указать нюансы, предусмотренные ЖК Украины, мы это сделаем.

Глава 76 ГК Украины

## КОММЕРЧЕСКАЯ КОНЦЕССИЯ

*Комментарий ГК  
Украины*

### **Статья 1115. Договор коммерческой концессии**

**1. По договору коммерческой концессии одна сторона (правовладелец) обязуется предоставить второй стороне (пользователю) за плату право пользования соответственно ее требованиям комплексом принадлежащих этой стороне прав с целью изготовления и (или) продажи определенного вида товара и (или) предоставление услуг.**

**Отношения, связанные с предоставлением права пользования комплексом прав, регулируются этим Кодексом и другим законом.**

1. Договор коммерческой концессии для права Украины является новым видом обязанности. В развитых странах этот вид обязательства имеет наименование „договор франчайзинга”. Как указано нами выше, часто договоры коммерческой концессии, которые заключаются в Украине, также определяются сторонами как договоры франчайзинга.

2. Базовым договором франчайзинга является договор франчайзинга на эксплуатацию франшизы из одного помещения. По аналогии можно сказать, что ГК под договором коммерческой концессии понимает именно этот вид договора франчайзинга. По такому договору франчайзи не получает исключительных прав на территорию, т.е. другой франчайзи, например, может получить право пользования этой же франшизой на соседней улице или в соседнем доме.

3. Присущие франчайзингу преимущества стали основанием для распространения этого метода и, соответственно, применение договора франчайзинга во многих странах мира, включая страны СНГ и Украину.

4. Украинский законодатель решил избежать употребления иностранных терминов, потому договор франчайзинга поименованный в ГК как договор коммерческой концессии, а его стороны - франчайзер и франчайзи - соответственно как правовладелец и пользователь.

5. Договор коммерческой концессии представляет собой отдельный вид договорного обязанности, который не имеет ничего общего с договором концессии, поскольку ЗУ “О концессиях” устанавливает, что концессия - это “предоставление с

целью удовлетворения общественных нужд уполномоченным органом исполнительной власти или органом местного самоуправления на основании концессионного договора на платной и срочной основе юридическому или физический лицу (субъекту предпринимательской деятельности) права на создание (строительство) и (или) управление (эксплуатацию) объекта концессии (срочное платное владение), при условии взятия субъектом предпринимательской деятельности (концессионером) на себя обязанностей по созданию (строительству) и (или) управлению (эксплуатации) объектом концессии, имущественной ответственности и возможного предпринимательского риска”.

6. По договору коммерческой концессии правовладелец предоставляет, а пользователь принимает в пользование объекты права интеллектуальной собственности правовладельца (торговые марки, промышленные образцы, изобретения, компьютерные программы, пособия и коммерческую тайну, которая представляет собой ноу-хау правовладельца относительно способов ведения прибыльной предпринимательской деятельности), которые определены как “комплекс прав”, надлежащих правовладельцу. Указанные объекты и соответственно права относительно пользования ими предоставляются пользователю с целью изготовления и/или продажи товаров и услуг.

7. Поскольку по договору коммерческой концессии в пользование предоставляются объекты права интеллектуальной собственности, к правоотношениям сторон применяются не только нормы этой главы ГК, но и нормы глав 35, 36, 38-44, 46 ГК и нормы специального законодательства, а именно ЗУ “Об охране прав на знаки для товаров и услуг”, “Об охране прав на изобретения и полезные модели”, “Об охране прав на промышленные образцы”, “Об авторском праве и смежных правах”.

8. К договорам коммерческой концессии также применяется конкурентное право Украины, а именно ЗУ “О защите экономической конкуренции” и принятые на его выполнение соответствующие распоряжения Антимонопольного комитета Украины.

9. Договор коммерческой концессии принадлежит к числу оплатных, о чем прямо указано в определении договора.

10. Договор коммерческой концессии относят к числу консенсуальных. Это означает, что права и обязанности сторон возникают в момент согласования ими всех существенных условий.

11. В ст. 638 ГК сформулированы требования к существенным условиям договора. К таким требованиям относят условия о предмете договора, условия, которые определенные законом как существенные или являющиеся необходимыми для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению хотя бы одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

12. Соответственно положениям комментируемой статьи, к существенным условиям договора коммерческой концессии относят его предмет. ГК не определяет специально каких-либо дополнительных существенных условий для этого вида договорной обязанности.

Однако, исходя из современной практики применения договоров коммерческой концессии, можно очертить круг вопросов, относительно которых хотя бы одна из сторон договора требует прийти к соглашению. Факт согласования этих вопросов сторонами и внесение их к договору делает их существенными. К таким вопросам относятся:

1) Цена. По определению договора коммерческой концессии он принадлежит к оплатным. Именно поэтому при заключении договора стороны обязательно согласовывают его цену. К согласованию цены входит не только определение размера франчайзинговых платежей или роялти за пользование объектами права интеллектуальной собственности, но и размер инвестиций пользователя в собственное предприятие, размер его платы за услуги, которые предоставляются правладельцем, и размер его участия в рекламных акциях, которые осуществляются правладельцем.

2) Срок. По договору коммерческой концессии праввладелец предоставляет пользователю в пользование объекты права интеллектуальной собственности, для части которых государство устанавливает срок охраны. Истечение срока действия охранительного свидетельства на объект права интеллектуальной собственности может перевести его в категорию ноу-хау франчайзера и, соответственно, к изменению объекта договора, что может иметь следствием нежелание пользователя или правладельца продолжать выполнение договора.

3) Режим предоставления в пользование прав на объекты интеллектуальной собственности.

4) Территория использования предоставленных прав, если пользователь получает исключительную или единичную лицензию на использование объектов интеллектуальной собственности.

5) Перечень ограничений на права сторон по договору и срок их действия.

## **Статья 1116. Предмет договора коммерческой концессии**

**1. Предметом договора коммерческой концессии является право на использование объектов права интеллектуальной собственности (торговых марок, промышленных образцов, изобретений, произведений, коммерческих тайн и т.п.), коммерческого опыта и деловой репутации.**

**2. Договором коммерческой концессии может быть предусмотрено использование предмета договора с указанием или без указания территории использования относительно определенной сферы гражданского оборота.**

1. Часть 1 комментируемой статьи фактически описывает объект договора коммерческой концессии, а не его предмет.

2. К предмету договора коммерческой концессии относят действия правладельца по предоставлению в пользование пользователю торговой марки и других объектов права интеллектуальной собственности, коммерческой тайны и коммерческого опыта.

Хотя статья отмечает, что праввладелец предоставляет пользователю деловую репутацию, по нашему мнению, деловую репутацию предоставить или передать невозможно. Согласно ст. 201 ГК, деловая репутация как объект субъективных гражданских прав принадлежит к категории личных неимущественных прав физического лица. Тем не менее, в соответствии со статьей 94 ГК Украины, юридические лица также могут иметь деловую репутацию, которая будет рассматриваться как неимущественное право такого юридического лица. Субъективные неимущественные права являются неотчуждаемыми, поэтому их невозможно предоставить или передать кому-либо в пользование. Исходя из этого, праввладелец не осуществляет никаких действий по предоставлению деловой репутации. Фактически же речь идет об ассоциировании потребителем предприятий пользователя с предприятиями правладельца. Т.е., начав предпринимательскую деятельность по системе правладельца, пользователь оказывается „под зонтиком” деловой репутации последнего, и это дает ему возможность вести прибыльную деятельность с первых дней функционирования.

К действиям правладельца, которые входят в предмет договора коммерческой концессии, также относится регистрация договора (после того как таковая будет введена в действие специальным законом), предоставление соответствующих консультаций, проведение учебных курсов для персонала пользователя, контроль качества товаров (работ, услуг), производимых пользователем и т.п.

Действия пользователя, которые входят в предмет договора, включают пользование объектами права интеллектуальной собственности правладельца, соблюдение инструкций последнего, информирование потребителей относительно статуса пользователя.

3. К факультативным элементам предмета договора коммерческой концессии принадлежат условия об отказе обеих сторон от действий, которые выходят за рамки положений договора и направлены на ограничения прав сторон.

4. Хотя ГК определяет, что стороны могут (но не обязаны) предусмотреть использование объекта договора в определенной сфере гражданского оборота или на определенной территории, на практике определение сферы гражданского оборота и территории использования объекта принадлежит к числу существенных условий договора коммерческой концессии. Таким образом, стороны обязательно определяют это в договоре.

Обязательное определение сферы гражданского оборота связано как с необходимостью определения конкретной предпринимательской деятельности, в которой пользователю разрешено использовать предоставленный ему объект, так и с тем, что правовладелец может предоставить в пользование определенные объекты права интеллектуальной собственности (например, торговую марку) с указанием конкретных классов товаров, для которых такое использование разрешено.

5. Статья 1108 ГК устанавливает режимы использования объектов права интеллектуальной собственности: исключительный, единичный и неисключительный. В случае предоставления правовладельцем исключительного или единичного режима использования объектов права интеллектуальной собственности он обязательно должен установить территорию такого использования. Территория может устанавливаться по географическому, например (территория Крыму, территория Карпат) или по принципу административного деления страны (например, территория Киева и Киевской области).

### **Статья 1117. Стороны в договоре коммерческой концессии**

**1. Сторонами в договоре коммерческой концессии могут быть физическое и юридическое лица, которые являются субъектами предпринимательской деятельности.**

ГК устанавливает специфическое требование, являющееся, по сути, императивной нормой, к субъектам договоров коммерческой концессии, а именно разрешает заключать этот вид договоров только субъектам предпринимательской деятельности.

Этому корреспондирует требование ч. 2 ст. 1127, которая разрешает продление выполнения договора коммерческой концессии наследником правовладельца лишь в случае регистрации этого наследника субъектом предпринимательской деятельности.

При существовании такой императивной нормы возникает вопрос, распространяется ли она также и на субъектов договоров франчайзинга? Ответ положительный, если стороны в договоре франчайзинга не указали, как нами предложено выше, что нормы главы 76 ГК Украины не распространяются на их правоотношения. При отсутствии такого отказа, в действие вступает норма ст. 8 ГК

Украины, устанавливающая: “Если гражданские правоотношения не урегулированы настоящим Кодексом, иными актами гражданского законодательства или договором, они регулируются теми правовыми нормами этого Кодекса, иных актов гражданского законодательства, которые регулируют подобные по содержанию гражданские отношения (аналогия)”.

В том случае, если договор франчайзинга содержит отказ от применения главы 76 ГК Украины, субъектами договора франчайзинга могут быть физические лица, не являющиеся предпринимателями.

### **Статья 1118. Форма договора коммерческой концессии и его регистрация**

**1. Договор коммерческой концессии заключается в письменной форме. В случае несоблюдения письменной формы договора концессии такой договор является ничтожным.**

**2. Договор коммерческой концессии подлежит государственной регистрации органом, который осуществил государственную регистрацию правовладельца.**

**3. Если правовладелец зарегистрирован в иностранном государстве, регистрация договора коммерческой концессии осуществляется органом, который осуществил государственную регистрацию пользователя.**

**4. В отношениях с третьими лицами стороны договора коммерческой концессии имеют право ссылаться на договор коммерческой концессии лишь с момента его государственной регистрации.**

1. Комментируемая статья, в дополнение к ст. 205 ГК, устанавливает специальные требования к форме договора коммерческой концессии как сделки, а именно: требует письменной формы этой сделки. При оформлении договора коммерческой концессии стороны должны принимать во внимание требования ст. 207 ГК относительно письменной формы сделок.

2. Другим специальным требованием к форме договора коммерческой концессии является требование о его регистрации. Комментируемая статья определяет орган, осуществляющий такую регистрацию, не определяя ее механизма. Руководствуясь ч. 2 ст. 211 ГК Украины, следует отметить, что порядок регистрации и ведение соответствующих реестров должны устанавливаться отдельным законом. Такой закон, возможно, будет принят со временем. До вступления в силу такого закона правовладелец и пользователь заключают договор коммерческой концессии без его регистрации.

3. Часть 4 комментируемой статьи специально определяет момент вступления договора коммерческой концессии в силу для его сторон и третьих лиц, поскольку по

общему правилу, установленному ч. 1 ст. 210 ГК Украины, сделки, для которых предусмотрена государственная регистрация, считаются совершенными с момента такой регистрации. Установив в данной статье специальное правило для третьих лиц, законодатель сделал исключение относительно момента вступления в силу договора для его сторон, т.е. договор вступает в силу для его сторон с момента заключения.

Учитывая отсутствие специального закона о регистрации договоров коммерческой концессии, после его заключения он рассматривается как действующий и для третьих лиц.

### **Статья 1119. Договор коммерческой субконцессии**

**1. В случаях, предусмотренных договором коммерческой концессии, пользователь может заключить договор коммерческой субконцессии, по которому он предоставляет другому лицу (субпользователю) право пользования предоставленным ему правовладельцем комплексом прав или частью комплекса прав на условиях, согласованных правовладельцем или определенных договором коммерческой концессии.**

**2. К договору коммерческой субконцессии применяются положения о договоре коммерческой концессии, установленные этим или иным законом, если иное не вытекает из особенностей субконцессии.**

**3. Пользователь и субпользователь отвечают перед правовладельцем за причиненный ему вред солидарно.**

**4. Признание недействительным договора коммерческой концессии имеет следствием недействительность договора коммерческой субконцессии.**

1. Часть 1 комментируемой статьи фактически определяет две разновидности договоров коммерческой концессии - это генеральный договор коммерческой концессии, в рамках которого пользователю предоставляется право заключать договоры с третьими лицами, субпользователями, с правом предоставления в дальнейшем пользование предоставленного комплекса прав, и договор коммерческой субконцессии.

Учитывая положение ч. 1 комментируемой статьи и принимая во внимание международную практику применения договоров франчайзинга, стороны могут заключать генеральные договоры коммерческой концессии, которые по своему содержанию будут соответствовать договорам генерального развития или генеральным договорам франчайзинга, которые используются в международной торговле.

2. Содержание прав и обязанностей правовладельца и пользователя в генеральном договоре коммерческой концессии будет отличаться от содержания прав и обязанностей сторон "обычного" договора коммерческой концессии, поскольку пользователь в



генеральном договоре коммерческой концессии должен осуществлять часть прав и обязанностей правовладельца в отношении субпользователей.

Не совсем понятным является формулирование законодателя относительно права пользователя предоставить субпользователю “право пользования предоставленным... комплексом или частью комплекса...”, поскольку одной из задач франчайзинга является создание однотипных франчайзинговых предприятий, в которых используются объекты права интеллектуальной собственности правовладельца.

Возможно, под “частью комплекса” законодатель понимает право субпользователя только использовать комплекс без права его дальнейшего предоставления третьим лицам.

3. Часть 2 комментируемой статьи прямо предусматривает дальнейшее принятие специального закона о договоре коммерческой концессии, который будет применяться к договорам коммерческой концессии вместе с главой 76 ГК. С точки зрения автора сомнительно, что такой закон будет принят в ближайшее время. Таким образом, основным актом, регулирующим правоотношения из договоров коммерческой концессии, будет оставаться ГК Украины.

4. Статья 541 ГК устанавливает солидарную ответственность в случае неделимости предмета обязанности. Принимая во внимание, что предметом обязанности пользователя и субпользователя является один и тот же комплекс прав правовладельца, т.е. один и тот же неделимый предмет, пользователь и субпользователь несут солидарную ответственность перед правовладельцем за причиненный ему вред.

5. Часть 4 комментируемой статьи предусматривает правовые последствия признания недействительным договора коммерческой концессии, а именно: признание недействительным договора коммерческой концессии имеет следствием признание недействительным договора коммерческой субконцессии. Ст. 236 ГК Украины устанавливает, что недействительный договор является таковым с момента его совершения. Таким образом, в случае признания договора коммерческой концессии недействительным, договор коммерческой субконцессии является недействительным с момента его совершения. Т.к. комментируемая статья не устанавливает особых правовых последствий в случае недействительности договоров коммерческой концессии или субконцессии применению подлежит норма ст. 216 ГК Украины, в соответствии с которой недействительная сделка не создает юридических последствий, кроме связанных с ее недействительностью. В случае недействительности сделки каждая из сторон обязана вернуть другой стороне в натуре все, что она получила во исполнение этой сделки, а в случае невозможности такого возвращения, в частности тогда, когда полученное заключается в пользовании имуществом, выполненной работе,



предоставленной услуге, - возместить стоимость того, что получено, по ценам, которые существуют на момент возмещения. Если в связи с совершением недействительной сделки второй стороне или третьему лицу нанесены убытки и моральный вред, они подлежат возмещению виновной стороной. Принимая во внимания указанные общие последствия в случае признания недействительными договоров коммерческой концессии и субконцессии, пользователь и субпользователь должны прекратить использование в предпринимательской деятельности объектов прав интеллектуальной собственности правовладельца, вернуть ему всю документацию и программы, переданные в пользование, оплатить все предоставленные консультации и подлежащие уплате роялти. При этом в соответствии с требованиями, являющимися в отрасли типовыми для договоров такого вида, пользователь и субпользователь обязан изменить интерьеры помещений, в которых использовались объекты прав интеллектуальной собственности. Таким образом, и пользователь и субпользователь несут значительные убытки: первоначально они инвестировали в свои помещения для приведения их в соответствие с требованиями правовладельца, при признании договоров недействительными, они фактически опять должны инвестировать в эти же помещения для изменения их интерьера. К сожалению, эти убытки могут быть оплачены правовладельцем лишь в случае доказательства, что признание договора недействительным является следствием его виновных действий.

### **Статья 1120. Обязанности правовладельца**

**1. Правовладелец обязан передать пользователю техническую и коммерческую документацию и предоставить другую информацию, необходимую для осуществления прав, предоставленных ему по договору коммерческой концессии, а также проинформировать пользователя и его работников по вопросам, связанным с осуществлением этих прав.**

**2. Правовладелец обязан, если иное не установлено договором коммерческой концессии:**

**1) обеспечить государственную регистрацию договора;**

**2) предоставлять пользователю постоянное техническое и консультативное содействие, включая содействие в обучении и повышении квалификации работников;**

**3) контролировать качество товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, предоставляемых) пользователем на основании договора коммерческой концессии.**

1. Одной из главных обязанностей правовладельца, исходя из определения договора коммерческой концессии, данного в ст. 1115 ГК, является предоставление пользователю комплекса прав. Необходимо отметить, что законодатель не дает определения понятия “комплекс прав”. Можно лишь предположить, что под комплексом прав понимаются права, перечисленные в ст. 1116 ГК Украины, которая указывает, что по договору коммерческой концессии передается право пользования объектами права интеллектуальной собственности правовладельца, коммерческим опытом и деловой репутацией.

2. Эта обязанность предусматривает, что объекты промышленной собственности (торговые марки, промышленные модели, изобретения) должны быть надлежащим образом зарегистрированными в патентном ведомстве страны использования объекта, что предусматривает наличие свидетельства или патента. Правовладелец обязан не только зарегистрировать надлежащим образом объекты права промышленной собственности, но и поддерживать действие свидетельств и патентов на них в соответствии с требованиями законодательства страны, на территории которой эти объекты используются.

3. Одним из объектов права интеллектуальной собственности, являющемся составляющей комплекса прав правовладельца, является коммерческая тайна. Аналогом понятия “коммерческая тайна” в развитых странах является понятие “ноу-хау”.

Фактически, ч. 1 комментируемой статьи устанавливает определенные, однако довольно нечеткие, требования к форме и содержанию коммерческой тайны. Так как, к сожалению, статья 505 ГК Украины, определяющая понятие “коммерческой тайны”, не устанавливает требований к ее оформлению.

Мы можем прийти к выводу, что законодатель требует, чтобы коммерческая тайна была оформлена в письменном виде и передана в виде технической и коммерческой документации. Поскольку законодатель не устанавливает требований к такой технической и коммерческой документации, она оформляется правовладельцем согласно его стандартам.

Что до содержания коммерческой тайны, то законодатель установил его в статье 505 ГК Украины. Коммерческая тайна должна иметь коммерческую ценность. Правовладелец должен установить режим секретности в отношении нее и установить адекватные существующим обстоятельствам мероприятия по сохранению ее секретности, чтобы она в целом или в определенной форме и совокупности ее составляющих являлась неизвестной и не была легкодоступной для лиц, которые обычно имеют дело с видом информации, к которому она принадлежит.

Принимая во внимание нечеткость указаний законодателя относительно объема и содержания предоставленной технической и коммерческой документации и другой информации, во избежание бесосновательных требований пользователя относительно раскрытия информации, правладельцу в договоре коммерческой концессии целесообразно указать, какая именно информация должна быть им предоставлена. В другом случае между сторонами договора может возникнуть сложный спор относительно объема предоставления информации, поскольку понятие “информация, необходимая для осуществления прав” остается оценочным.

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 незапатентованных”<sup>14</sup>. 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 фиксации в письменном виде. Понятие ноу-хау включает в себя навыки и производственный опыт.

Сравнение объема понятий “коммерческая тайна” и “ноу-хау” позволяет прийти к выводу, что понятие “ноу-хау” является более конкретным, нежели понятие “коммерческой тайны”.

Анализ определения понятий “коммерческая тайна”, “конфиденциальная”, в ее украинских вариантах «конфіденційна» или «конфіденціальна», информация и “ноу-хау” в ГК Украины и действующем законодательстве Украины позволяет прийти к выводу, что определение институтов “коммерческая тайна”, “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 качестве составляющей комплекса прав (франшизы). Подобная нечеткость и неопределенность может служить основанием для мошенничества со стороны франчайзера при передаче информации франчайзи. Примером формулирования требований к содержанию ноу-хау может быть Постановление 4087 и

<sup>14</sup> ВВР. – 1991. - № 47. – ст.646 с последующими изменениями и дополнениями.

Кодекс этического поведения Европейской федерации франчайзинговых ассоциаций<sup>15</sup>, которые будут детально проанализированы в следующих разделах.

4. Хотя законодатель не установил четких требований относительно формы передачи коммерческой тайны (ноу-хау), можно определить, что коммерческая тайна/ноу-хау передается как в устной форме путем ее объяснения и толкования на учебных курсах, так и в письменной. Ноу-хау, оформленное письменно, как правило, представляет собой пособие, которое используется пользователем на протяжении действия договора коммерческой концессии. Именно об этом пособии речь идет в ст. 1116 ГК, когда упоминаются „произведения”, право на использование которых предоставляется правладельцем. Ноу-хау, оформленное в виде пособия, является объектом авторского права.

Переданное пользователю ноу-хау не является фиксированной информацией. Одной из обязанностей правладельца является постоянное улучшение переданного ноу-хау с соответствующим информированием пользователя об осуществленных усовершенствованиях. Эта обязанность правладельца предусматривает право и обязанность пользователя на информирование о возможных усовершенствованиях переданного ноу-хау.

5. В дополнение к ноу-хау, переданному в форме пособия, праввладелец может проводить учебные курсы и семинары для персонала пользователя. На таких курсах персонал пользователя учат определенным элементам ноу-хау, типичным ситуациям общения с конечным потребителем и т.п. Следует отметить, что не каждый праввладелец проводит учебные курсы для персонала пользователя. Однако, чем сложнее ноу-хау, тем вероятнее, что праввладелец будет заинтересован в проведении курсов, чтобы персонал пользователя мог овладеть переданным ноу-хау.

6. Другими объектами, которые праввладелец в соответствии со ст. 1116 ГК Украины обязан передать пользователю, являются коммерческий опыт и деловая репутация. Следует отметить, что ни коммерческий опыт, ни деловая репутация не являются объектами гражданских прав, и ГК Украины в ст. 177 не выделяет таких отдельных объектов. Вследствие этого эти объекты не могут быть переданы. Для избегания споров по этому вопросу между правладельцем и пользователем, включая их споры в суде, целесообразно указать в договоре коммерческой концессии, что результаты коммерческого опыта были использованы при разработке ноу-хау, а также передаются на обученческих курсах. Передача деловой репутации передается посредством неукоснительного следования пользователем требований правладельца.

<sup>15</sup> Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT. Study LXVIII. Rome. April 1994. European Franchise Federation. European Code of Ethics for Franchising. –P. 134.

7. Ни глава 76 ГК Украины, ни комментируемая статья не содержат детальных требований к обязанностям правладельца. Комментируемая статья указывает на существенные обязанности правладельца.

К таким обязанностям можно отнести предоставление пользователю критериев для местонахождения и размера помещения, где пользователь будет использовать предоставленный ему комплекс прав – как указывается в статье “проинформировать по вопросам, связанным с осуществлением прав”. Эти критерии должны иметь объективный характер. Избранное пользователем по таким критериям помещение и его местонахождение согласовывается с правладельцем. Согласование пользователем с правладельцем местоположения помещений в ст. 1122 ГК рассматривается как особое условие договора коммерческой концессии. Такое согласование обусловлено несколькими факторами: необходимостью поддержания, во-первых, однообразия франчайзинговых предприятий, во-вторых, - имиджа торговой марки и деловой репутации правладельца; возможностью для пользователя получать прибыль от самого начала функционирования (часто прибыльная или убыточная деятельность является следствием удачного или неудачного расположения помещения, через которое осуществляется продажа товаров или предоставление услуг).

8. Именно необходимость поддержания имиджа торговой марки и деловой репутации правладельца является основанием для обязанности правладельца относительно осуществления постоянного контроля качества услуг, которые предоставляются пользователем, осуществлению работ или изготовлению товаров и предоставление консультаций, направленных на устранение недостатков пользователя в пользовании предоставленным комплексом прав при ведении предпринимательской деятельности. Правладелец предоставляет пользователю консультации по разнообразным вопросам: от рекомендаций относительно определения конечной цены продукции или услуг, объективных квалификационных критериев относительно персонала, вопросов приобретения оборудования, инвентаря, запасных частей, к предоставлению специфических консультаций относительно администрирования, контроля товарных запасов, управление качеством и т.п..

9. Учитывая разнообразие консультаций, правладелец и пользователь обуславливают, какие из них оплачены вступительным франчайзинговым платежом, а какие консультации оплачиваются отдельно.

10. Законодатель устанавливая, что правладелец обязан, если иное не установлено договором коммерческой концессии, содействовать в обучении и повышении квалификации сотрудников, не указал, идет речь о сотрудниках пользователя или правладельца. Также достаточно неясным является обязанностей в

содействии повышения квалификации. Казалось бы, совершенно очевидно, что законодатель, не оговаривая иного, предполагал именно пользователя. Но более детальное рассмотрение этой обязанности свидетельствует о том, что правопладелец в соответствии с действующими нормами права Украины не вправе способствовать или повышать квалификацию сотрудникам иного, даже связанного с ним договором, работодателя.

В соответствии с нормами действующего законодательства Украины повышение квалификации проводится по мере необходимости, но не реже одного раза в 5 лет в течение всей трудовой деятельности работников. Периодичность прохождения специалистами повышения квалификации устанавливается работодателем, т.е. только пользователь может принять решение о повышении квалификации своих работников, правопладелец вправе лишь порекомендовать, т.е. “способствовать”. Целью повышения квалификации является обновление теоретических и практических знаний специалистов в связи с повышением требований к уровню квалификации и необходимостью освоения современных методов решения профессиональных задач. Как нам известно, основной задачей пользователей является предоставление услуг в соответствии со стандартами правопладельца, независимо от того насколько эти стандарты соответствуют современным методам решения профессиональных задач.

Другое дело правопладелец – это он обязан предоставлять услуги в соответствии с современными методами решения профессиональных задач, другими словами, как мы указывали выше, постоянно работать над своим ноу-хау и улучшать его.

Повышение квалификации включает в себя следующие виды обучения:

- краткосрочное (не менее 72 часов) тематическое обучение конкретному производству, которое проводится по месту основной работы специалистов и заканчивается сдачей соответствующего экзамена, зачета или защитой реферата;
- тематические и проблемные семинары (от 72 до 100 часов) по научно - техническим, технологическим, социально - экономическим и другим проблемам, возникающим на уровне отрасли, региона, предприятия (объединения), организации или учреждения;
- длительное (свыше 100 часов) обучение специалистов в образовательном учреждении повышения квалификации для углубленного изучения актуальных проблем науки, техники, технологии, социально - экономических и других проблем по профилю профессиональной деятельности.

О каком из указанных выше видов повышения квалификации говорит законодатель в ст. 1120 ГК Украины? Скорее всего, законодатель хотел сказать о

проведении правладельцем обученческих курсов по использованию ноу-хау в предпринимательской деятельности пользователя.

11. К правам и обязанностям правладельца относится также контроль деятельности пользователя, что предполагает периодические проверки деятельности пользователя, во время которых праввладелец может обнаружить неправильное применение переданного ноу-хау.

12. Осуществляя контроль, праввладелец проверяет качество услуг, работ или товаров, продаваемых пользователем. Следует отметить, что обязанность правладельца контролировать качество товаров (работ, услуг) является производной от обязанности стороны, которая предоставляет право другой стороне пользоваться своей торговой маркой, контролировать качество товаров, которые продаются под такой маркой. Законодатель настолько внимательно относится к этой обязанности, что требует включения в лицензионный договор специального положения по контролю качества.

13. Хотелось бы также коснуться и иных обязанностей правладельца из договоров коммерческой концессии, которые хотя и не регулируются главой 76 ГК Украины, однако присущи такому виду обязанности.

Одним из преимуществ для пользователя от включения его предприятия во франчайзинговую сеть является обязанности правладельца по рекламированию торговой марки, самой франчайзинговой сети и товаров, которые через нее сбываются. Большой частью праввладелец осуществляет рекламирование на международном и национальном уровнях.

14. К обязанностям правладельца законодатель относит регистрацию договора коммерческой концессии. Следует отметить что, стороны могут возложить обязанность относительно регистрации договора на пользователя. Такая обязанность однозначно будет возлагаться на пользователя, если праввладелец является иностранным лицом.

15. Указанным выше обязанностям корреспондируют права правладельца. Среди них - право на получение вознаграждения за переданный в пользование комплекс прав, включая ноу-хау, объекты права интеллектуальной собственности и компенсацию расходов правладельца за предоставленные консультации.

Вознаграждение правладельца, которое он получает по договору коммерческой концессии, можно поделить на такие виды платежей:

- 1) первичный, который иногда называют вступительным, паушальным, фиксированным;
- 2) периодические - за пользование объектами интеллектуальной собственности (роялти);
- 3) за услуги, которые предоставляются;



- 4) за инвентарь или оборудование, которые могут поставляться правовладельцем;
- 5) за рекламу.

К правовым основаниям возникновения и дальнейшего использования первичного (вступительного) платежа можно отнести:

1) субъективное право правовладельца получать материальное благо в виде вознаграждения за созданное им нематериальное благо - деловую репутацию, „под зонтик” которой он разрешает присоединиться пользователю;

2) субъективная обязанность пользователя оплатить правовладельцу те нематериальные блага, которыми ему разрешено пользоваться (очень грубо можно говорить об использовании деловой репутации).

Как правило, первичный платеж представляет собой обусловленную в договоре коммерческой концессии твердую сумму, размер которой определяется исключительно правовладельцем и который часто зависит от известности торговой марки, под которой работает сеть, и “зрелости” (испробованности самым правовладельцем) франшизы.

Периодические платежи по названию и основанию для расчета схожи с лицензионными. Роялти может представлять определенный процент от общего дохода или прибыли пользователя.

Роялти может быть поштучным, т.е. сторонами устанавливается фиксированный платеж за каждую произведенную или проданную единицу продукции. В случае выплаты поштучного роялти стороны могут договориться о возможности уменьшения этого платежа по мере роста общего объема производства или продажи. Избрание такого метода расчета франчайзингового вознаграждения стимулирует пользователя к увеличению объемов производства или продажи. Поштучное роялти устанавливается при условии использования коммерческой концессии (франчайзинга) в производственной сфере. При франчайзинге в других сферах предпринимательской деятельности роялти, как правило, устанавливается сторонами как процент от валового дохода пользователя.

16. К франчайзинговым платежам относятся платежи за услуги, инвентарь, рекламу и т.п. Пользователь может уплачивать их как в соответствии с договором коммерческой концессии, так и по отдельным договорам (договор о предоставлении услуг, договор об общем участии в рекламных акциях, договор купли-продажи оборудования и т.п.), заключаемые на исполнение договора коммерческой концессии.

17. К правам правовладельца относится предоставление согласия или отказа на уступку доли или долей в предприятии, которое использует комплекс предоставленных прав. В случае отказа от предоставления согласия и невозможности для пользователя в



дальнейшем самостоятельно использовать комплекс предоставленных прав стороны рассматривают вопрос о расторжении договора коммерческой концессии.

Однако, учитывая заинтересованность правовладельца в сбыте своих товаров или услуг, он, как правило, предоставляет согласие на уступку доли в предприятии.

18. К правам правовладельца относится также предоставление согласия на уступку пользователем своих прав и обязанностей по договору коммерческой концессии. Если новый потенциальный пользователь отвечает объективным квалификационным критериям, установленным правовладельцем, и сможет продолжить выполнение договора коммерческой концессии, как правило, правовладелец предоставляет согласие на замену стороны в обязанностях. При этом пользователь берет на себя обязанность не использовать навыки и информацию, полученную от правовладельца на протяжении действия договора коммерческой концессии.

#### **Статья 1121. Обязанности пользователя**

**1. С учетом характера и особенностей деятельности, которая осуществляется пользователем по договору коммерческой концессии, пользователь обязан:**

**1) использовать торговую марку и другие обозначения правовладельца определенным в договоре способом;**

**2) обеспечить соответствие качества товаров (работ, услуг), производимым (выполняемым, предоставляемым) по договору коммерческой концессии, качеству аналогичных товаров (работ, услуг), производимых (выполняемых, предоставляемых) правовладельцем;**

**3) придерживаться инструкций и указаний правовладельца, направленных на обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса предоставленных прав использованию этих прав правовладельцем;**

**4) предоставлять покупателям (заказчикам) дополнительные услуги, на которые они могли бы рассчитывать, покупая (заказывая) товар (работы, услуги) непосредственно у правовладельца;**

**5) информировать покупателей (заказчиков) наиболее очевидным для них способом об использовании им торговой марки и других обозначений правовладельца по договору коммерческой концессии;**

**6) не разглашать секреты производства правовладельца, другую полученную от него конфиденциальную информацию.**

1. Учитывая, что стороны в договоре равны, права и обязанности пользователя являются зеркальным отображением прав и обязанностей правовладельца.

2. Прежде всего, обязанностью пользователя является ведение предпринимательской деятельности под торговой маркой правладельца, право на пользование которой предоставляется по договору коммерческой концессии, и определенным в договоре способом, т.е. согласно ноу-хау правладельца.

Указанная обязанность пользователя имеет два аспекта. Первый: пользователь обязан использовать средства индивидуализации правладельца, поскольку целью договора коммерческой концессии является создание и расширение сбытовой сети правладельца. Второй аспект: указанные средства должны использоваться только в том порядке и таким образом, как это предусмотрено в договоре коммерческой концессии.

3. Пункт 1 ч. 1 комментируемой статьи упоминает об обязанности пользователя использовать “другие обозначения” правладельца. Первое, на что необходимо указать, ни ГК, ни специальный ЗУ “Об охране прав на знаки для товаров и услуг” не дает определения “обозначения” как объекта права интеллектуальной собственности. Вместе с тем в практике использования франчайзинга наряду с торговыми знаками применяются торговые символы, специфические вывески и т.п. правладельца. Поскольку действующее законодательство Украины не дает определения “обозначение”, для избегания возможных споров между сторонами относительно этого в договоре коммерческой концессии рекомендуется приводить дефиницию этого понятия, в том случае если действительно праввладелец предоставляет в пользование обозначения.

4. Передача правладельцем пользователю ноу-хау предусматривает его обязанность по сохранению секретности этого ноу-хау и любой другой секретной информации, предоставленной правладельцем. Именно поэтому ГК предусматривает обязанность пользователя по неразглашению секретов производства правладельца и другой конфиденциальной информации.

Относительно “секретов производства” следует заметить, что действующее законодательство Украины не имеет дефиниции этого понятия. Таким образом, в случае передачи правладельцем пользователю секретов производства, целесообразно определиться в договоре с дефиницией этого понятия и предоставить перечень секретов, которые были разглашены пользователю.

Статья 28 Закона “Об информации” устанавливает, что по режиму доступа информация делится на открытую и с ограниченным доступом. Согласно ст. 30 Закона, информация с ограниченным доступом по своему правовому режиму делится на конфиденциальную и тайную. Конфиденциальная информация - это сведения, находящиеся во владении, пользовании или распоряжении отдельных физических или

юридических лиц и распространяемые по их желанию соответственно предусмотренным ими условий.

Граждане, юридические лица, которые владеют информацией профессионального, делового, производственного, банковского, коммерческого и иного характера, полученной на собственные средства, или такой, которая является предметом их профессионального, делового, производственного, банковского, коммерческого и иного интереса и не нарушает предусмотренной законом тайны, самостоятельно определяют режим доступа к ней, включая принадлежность ее к категории конфиденциальной, и устанавливают для нее систему (способы) защиты.

Исходя из указанного, чтобы предоставить возможность пользователю надлежащим образом выполнить свою обязанность по сохранению конфиденциальной информации, правладелец, прежде всего, должен определить, какая из предоставленной пользователю информации является конфиденциальной, а также установить систему защиты такой информации. При отсутствии этих данных правладелец не сможет требовать от пользователя надлежащего выполнения его обязанности по сохранению конфиденциальности информации.

5. Соблюдение инструкций и указаний правладельца пользователем имеет следствием обеспечение соответствия характера, способов и условий использования комплекса предоставленных прав условиям договора коммерческой концессии. Инструкции и указания правладельца по любым вопросам, за исключением вопроса установления цены продажи товаров (работ, услуг) конечному потребителю и определение категории конечных потребителей, являются обязательными для исполнения пользователем.

6. Поскольку предприятие пользователя становится одним из предприятий франчайзинговой сети, оно должно приобрести необходимую однотипность с такими же предприятиями. Поэтому помещение оборудуется и оформляется соответственно указаниям правладельца. В некоторых случаях выполнение указаний правладельца предусматривает обязанность пользователя приобрести оборудование, инвентарь, инструменты и т.п. у лиц, указанных правладельцем. Такая обязанность возникает лишь в том случае, когда приобретение оборудования, инвентаря, инструментов и т.п. у других лиц может привести к невозможности соблюдать ноу-хау правладельца.

Во всех других случаях пользователь может предлагать правладельцу других поставщиков оборудования, инвентаря, инструмента и т.п., если оно отвечает квалификационным требованиям правладельца и не нарушает однотипности франчайзингового предприятия.

7. Выполнение пользователем указанных выше обязанностей должно оказывать содействие ассоциированию его предприятия потребителями с франчайзинговой сетью и правладельцем.

8. Для того, чтобы персонал мог овладеть ноу-хау правладельца, он должен пройти обучение на курсах и семинарах согласно требованиям последнего. Такие курсы могут быть как одноразовыми, так и периодическими. На практике стороны большей частью распределяют расходы на проведение курсов между собой. Так, расходы по проведению первичных учебных курсов, как правило, полностью берет на себя праввладелец. Дальнейшее обучение персонала пользователя на курсах полностью оплачивается последним. Учитывая этот факт, праввладелец должен обосновать необходимость проведения периодических или повторных курсов для персонала пользователя.

9. К обязанностям пользователя относится информирование правладельца о возможном усовершенствовании его ноу-хау, применение в нем элементов, которые более приемлемы для места, где пользователь осуществляет предпринимательскую деятельность. Особенно широко эта обязанность пользователя реализуется в случае международного франчайзинга, когда франшиза нуждается в адаптации к местным традициям и вкусам конечных потребителей.

10. Оплата договора коммерческой концессии и предоставление в пользование пользователю объектов права интеллектуальной собственности правладельца, а также предоставление правладельцем разнообразных услуг предусматривают обязанность пользователя по уплате правладельцу вознаграждения.

11. Соблюдение указаний и рекомендаций правладельца предусматривает, что пользователем будут предоставляться услуги, работы или товары такого же качества, что и услуги, работы или товары правладельца. Нарушение пользователем этой обязанности может привести к отрицательным последствиям не только для предприятия пользователя, а и для всей франчайзинговой сети.

12. К этой группе обязанностей пользователя принадлежит и его обязанность по предоставлению конечным потребителям такого же самого комплекса услуг, включая дополнительные, который они могли бы получить у правладельца. Это обязанность также обусловлена самой сутью франчайзинга как метода сбыта товаров и услуг, а именно: пользователь сбывает товары и услуги таким же образом, как и праввладелец.

13. К отдельной группе обязанностей пользователя относят информирование потребителей о том, что он является независимым лицом и использует торговую марку правладельца на условиях лицензии. Выполнение этой обязанности обусловлено необходимостью избежать нарушений антимонопольного законодательства, с одной

стороны, а с другой – проинформировать потребителей, что в случае претензий они могут адресовать их обеим сторонам договора коммерческой концессии. Укажем однако, что определение „наиболее очевидным для покупателей способом” является оценочным. Можно предположить, что наиболее очевидный для покупателей способ – это надпись большими буквами, которая информирует о том, что пользователь работает по договору коммерческой концессии. Однако по условиям договоров коммерческой концессии пользователь должен выполнять все указания правладельца, включая и те, которые касаются интерьера помещения. Часто интерьер помещения – это зарегистрированный промышленный образец правладельца, и пользователь не имеет права вносить у него изменения. Конечно же, пользователь может поместить соответствующую информацию в уголке потребителя. Тем не менее, вопрос, будет ли такое размещение считаться “наиболее очевидным для покупателя способом”, остается открытым. Для избегания споров между сторонами относительно этого, целесообразно четко определить в договоре каким именно способом пользователь будет информировать потребителей о факте работы пользователя по договору коммерческой концессии.

14. Для выполнения своих обязанностей надлежащим образом пользователь имеет определенные права. Это, прежде всего, право на получение от правладельца соответствующих лицензий на объекты его права интеллектуальной собственности.

15. Пользователь имеет право получить ноу-хау в таком виде, который дает возможность понять его, выучить и внедрить в предпринимательскую деятельность. Для освоения методов ведения предпринимательской деятельности правладельца пользователь имеет право на получение консультаций по разъяснению таких методов.

16. Хотя пользователь в своей предпринимательской деятельности руководствуется указаниями правладельца, он, все-таки, остается независимым юридическим лицом. Эта независимость разрешает ему самостоятельно определять цену продажи товаров или услуг. Праввладелец может лишь рекомендовать пользователю такую цену, а пользователь имеет право соблюдать предоставленные рекомендации или определять цены самостоятельно. Любой диктат правладельца относительно установления конечных цен продажи товаров или услуг считается нарушением конкурентного права Украины, и такие положения договора, согласно ч. 2 ст. 1122, являются ничтожными.

17. Самостоятельность пользователя также реализуется в его праве принимать на работу работников. Хотя праввладелец может определять квалификационные объективные критерии к персоналу, окончательное решение по принятию на работу того или иного работника принимает пользователь.

## Статья 1122. Особые условия договора коммерческой концессии

1. В договоре коммерческой концессии могут быть предусмотрены особые условия, в частности:

1) обязанность правладельца не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы прав для их использования на закрепленной за пользователем территории или воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;

2) обязанность пользователя не конкурировать с правладельцем на территории, на которую распространяется действие договора, относительно предпринимательской деятельности, которую осуществляет пользователь с использованием предоставленных правладельцем прав;

3) обязанность пользователя не получать аналогичные права от конкурентов (потенциальных конкурентов) правладельца;

4) обязанность пользователя согласовывать с правладельцем местоположение помещений для продажи товаров (выполнение работ, предоставление услуг), предусмотренных договором, а также их внутреннее и внешнее оформление.

2. Положение договора, в соответствии с которым праввладелец имеет право определять цену товара (работ, услуг), предусмотренного договором, или устанавливать верхнюю или нижнюю границу этой цены, является ничтожным.

3. Положение договора, в соответствии с которым пользователь имеет право продавать товары (выполнять работы, предоставлять услуги) исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) или исключительно покупателям (заказчикам), которые имеют местонахождение (местожительство) на территории, определенной в договоре.

1. Под особыми условиями договора коммерческой концессии следует понимать определенные обязанности сторон по ограничению своих прав по договору коммерческой концессии.

2. К обязанностям правладельца, которые рассматриваются законодателем как особые условия, относится его обязанность не предоставлять другим лицам “аналогичные комплексы прав для их использования на закрепленной за пользователем территории или воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории”.

Хотя законодатель не определяет понятия “аналогичный”, очевидно, речь идет о “таком же самом”, “точно таком же” комплексе прав правладельца.

В международной практике такое особое условие обязательно включается в договор франчайзинга в случае предоставления франчайзи территориальной или генеральной франшизы, которые предусматривают предоставление франчайзи исключительных прав пользования этой франшизой. ГК Украины не выделяет понятия “франшиза” и ее виды и не устанавливает режимов использования франшизы.

Тем не менее, на практике правовладелец имеет право предоставить пользователю исключительные права на использование его объектов права интеллектуальной собственности, что будет означать для правовладельца запрет самостоятельного использования этих прав на территории пользователя.

Обязанность правовладельца не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы прав для их использования на закрепленной за пользователем территории или воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории должна быть прямо предусмотрена в договоре коммерческой концессии. При отсутствии такого прямого указания и отсутствия факта предоставления правовладельцем пользователю исключительной лицензии на пользование объектами права интеллектуальной собственности правовладелец самостоятельно или иные лица при наличии соответствующих лицензий могут пользоваться комплексом прав, предоставленных пользователю, наряду с последним.

3. Комментируемая статья содержит в себе правила, присущие антимонопольному законодательству. Если использовать терминологию ЕС, то первичным антимонопольным законодательством Украины являются Законы Украины “О защите экономической конкуренции”<sup>16</sup> и “О защите от недобросовестной конкуренции”<sup>17</sup>.

Статья 5 Закона Украины “Об ограничении монополизма и недопущении недобросовестной конкуренции в предпринимательской деятельности”, который утратил свою силу в связи с принятием закона “О защите экономической конкуренции” 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

<sup>16</sup> ВВР. – 2001. - № 12. – Ст. 64.

<sup>17</sup> ВВР. – 1996. - № 36. - Ст. 164; Голос Украины. – 1997. – 17 декабря.



франчайзинговый, предоставляющий франчайзи право исключительной перепродажи товара на определенной территории или для определенной категории потребителей, нарушал антимонопольное законодательство Украины и подлежал признанию недействительным в целом, или в его отдельных положениях. 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.

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

- перечень антиконкурентных согласованных действий, которые соответствуют стандартам, установленным ст. 81 (1) Договора ЕС;
- определяет соглашения *de minimis*;
- устанавливает критерии разрешенных антиконкурентных согласованных действий, благодаря которым заключенные субъектами хозяйствования договоры не будут нарушать антимонопольного законодательства Украины;
- предусматривает право Антимонопольного комитета Украины устанавливать разрешенные виды ограничений антиконкурентных согласованных действий.

К соглашениям *de minimis*, в соответствии с этим законом, 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. Закон определяет, что субъект хозяйствования, доход (выручка) от реализации продукции (товаров, работ, услуг) за последний финансовый год или стоимость активов которого не превышает суммы, эквивалентной 500 тысячам евро, 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, как малого и среднего предпринимателя. Указанное определение малого и среднего предпринимателя соответствует определению малого и среднего предпринимателя Закона Украины “О государственной поддержке малого предпринимательства”<sup>18</sup>, который также определяет среднеучетную численность

---

<sup>18</sup> ВВР. – 2000. - № 51-52. – Ст. 447.



работающих малого и среднего предпринимателя за отчетный период (календарный год) в количестве, не превышающем 50 человек. 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 разрешенным антиконкурентным согласованным действиям закон “О защите экономической конкуренции” относит:

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

- 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, указанные выше, являются характерными для франчайзинговых договоров. Отнесение таких видов ограничений к разрешенным согласованным действиям разрешает франчайзеру и франчайзи 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”.

К особым обязанностям пользователя ГК отнес запрет на конкуренцию с правовладельцем на территории, на которую распространяется действие договора коммерческой концессии в предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием предоставленных ему прав. Т.е. речь идет о запрете для пользователя конкурировать с правовладельцем на протяжении срока действия

договора коммерческой концессии. Сравнивая этот запрет с аналогичным запретом в законодательстве ЕС, следует отметить, что действующее законодательство ЕС разрешает сторонам договора франчайзинга устанавливать ограничение на запрет конкуренции на протяжении одного года после истечения срока действия договора франчайзинга. Установление такого запрета и такого срока является разумным, ведь франчайзи в своей деятельности после истечения срока договора франчайзинга может использовать информацию и навыки, полученные от франчайзера, что трактуется как нарушение прав интеллектуальной собственности последнего.

4. Похожей с рассмотренной обязанностью является обязанность пользователя не получать аналогичные права от конкурентов правовладельца. В случае получения таких прав пользователь будет конкурировать с каждым правовладельцем на протяжении действия договоров коммерческой концессии.

5. Обязанность пользователя по согласованию местонахождения помещений, а также их внутреннего и внешнего оформления, должны рассматриваться не как ограничительное, а как необходимое условие для достижения предприятием пользователя необходимой однотипности с франчайзинговой сетью, начала прибыльной предпринимательской деятельности пользователя и охраны объектов права интеллектуальной собственности правовладельца (торговых марок, промышленных образцов).

Правовладелец, согласовав местоположение помещений, опосредованно берет на себя ответственность за дальнейшую прибыльность предпринимательской деятельности пользователя. Отсутствие такой обязанности и предоставление пользователю права самостоятельно избирать местоположение помещений могли бы привести к убыточной деятельности пользователя даже при условии выполнения им всех указаний правовладельца.

6. Одним из объектов права интеллектуальной собственности, который может предоставляться правовладельцем пользователю, может быть промышленный образец, который воссоздает интерьер или экстерьер помещения. В таком случае, согласно ЗУ “Об охране прав на промышленные образцы”, пользователь обязан соблюдать указания правовладельца по использованию этого промышленного образца и воплощению его в жизнь.

7. Комментируемая статья определяет условия, включение которых в договор коммерческой концессии не будет иметь никаких последствий, т.к. эти условия рассматриваются как ничтожные. К ним отнесено условие о “диктате цен” или установление верхней или нижней цены товара.

Хотелось бы исследовать, насколько это положение Кодекса соответствует действующему конкурентному законодательству Украины.

Ст.6 закона Украины “Об экономической конкуренции” относит “установление цен” к антиконкурентным согласованным действиям. При этом закон предусматривает, что положения статьи 6 закона “Об экономической конкуренции” не применяются к согласованным действиям по поставке или использованию товаров, если участник согласованных действий относительно другого участника согласованных действий устанавливает ограничение на:

- использование поставленных им товаров или товаров других поставщиков;
- приобретение у других субъектов хозяйствования или продажа другим субъектам хозяйствования или потребителям других товаров;
- приобретение товаров, которые по своей природе или согласно 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.

Таким образом, в законе “Об экономической конкуренции” отсутствует такая жесткая норма, как в ГК Украины. В том случае, если в предпринимательской деятельности франчайзера и его франчайзинговой сети будут присутствовать согласованные действия по поставке или использованию товаров, стороны вправе устанавливать фиксированные цены, т.к. это разрешает специальный закон. Будет ли такое установление поддержано как правомерное судом в случае возникновения конфликта? Однозначного ответа на этот вопрос нет, т.к. нормы главы 76 ЦК Украины также рассматриваются как специальные в отношении договоров коммерческой концессии. Можно предположить, что в случае возникновения споров между сторонами и его рассмотрению в суде, суд будет исходить из конкретной ситуации.

Принимая во внимание желание Украины адаптировать свое законодательство к законодательству ЕС, необходимо специально исследовать условие по запрету для правладельца устанавливать верхнюю и нижнюю цену продажи товаров. До 2000 года схожий запрет существовал во многих странах континентальной Европы и англо-американской правовой семьи. Тем не менее сегодня ситуация изменилась. Законодатели указанных стран пришли к выводу, что установление верхней границы цены товаров (работ, услуг) является положительным явлением, поскольку от этого получает преимущества конечный потребитель. Именно поэтому в законодательство указанных стран внесены изменения, согласно которым франчайзер имеет право

устанавливать верхнюю границу цены товаров (работ, услуг), продающихся франчайзи через франчайзинговое предприятие.

8. Пункт 3 комментируемой статьи по непонятным причинам остался недописанным законодателем. Прошло четыре года с момента вступления в силу ГК Украины, а ситуация не изменилась, статью так и не дописали. Очевидно, законодатель хотел признать ничтожным положение договора, в соответствии с которым пользователь имеет право продавать товары (выполнять работы, предоставлять услуги) исключительно определенной категории покупателей (заказчиков) или исключительно покупателям (заказчикам), которые имеют местонахождение (местожительство) на территории, определенной в договоре, т.е. другими словами законодатель хотел запретить абсолютную защиту пользователя от конкуренции. Однако, в связи с тем, что положение недописано, стороны договора коммерческой концессии вправе договариваться о том, что пользователь не имеет права обслуживать потребителей не со своей территории, а обязан переадресовать этого потребителя к своему коллеге, который имеет право работать на территории потребителя, сделавшего заказ.

### **Статья 1123. Ответственность правладельца по требованиям, которые предъявляются к пользователю**

**1. Правовладелец несет субсидиарную ответственность по требованиям, которые предъявляются к пользователю в связи с несоответствием качества товаров (работ, услуг), проданных (выполненных, предоставленных) пользователем.**

**По требованиям, которые предъявляются к пользователю как производителю продукции (товаров) правладельца, правовладелец отвечает солидарно с пользователем.**

1. Комментируемая статья предусматривает, что правовладелец несет субсидиарную ответственность по требованиям, которые предъявляются к пользователю в связи с несоответствием качества товаров (работ, услуг), проданных (выполненных, предоставленных) пользователем. Таким образом, опосредованно законодатель диспозитивную обязанность правладельца по контролю качества товаров (работ, услуг), предусмотренную ст. 1120 ГК, переводит в императивную. То есть правовладелец должен контролировать качество товаров (работ, услуг), и этот контроль должен иметь положительные результаты, а именно: товары (работы, услуги) пользователя должны быть такого же самого качества, как и товары (работы, услуги) правладельца.

Субсидиарность ответственности правовладельца предусматривает, что требование должно быть заявлено сначала пользователю. И лишь в случае невозможности для пользователя удовлетворить требование, оно предъявляется правовладельцу.

Необходимо отметить нелогичность, по мнению автора, установления субсидиарной ответственности в случае, например, перепродажи пользователем товаров (услуг) правовладельца. Очевидно, что в таком случае следовало бы установить солидарную ответственность пользователя и правовладельца. Указанное утверждение базируется на нормах закона “О защите прав потребителей”, который прямо предусматривает солидарную ответственность продавца и производителя товаров. Установление солидарной ответственности правовладельца и пользователя предусматривает право потребителя предъявлять претензии по некачественности перепродаваемых пользователем товаров (работ, услуг) как к пользователю, так и непосредственно к правовладельцу.

2. Вместе с тем к пользователю, как к производителю продукции правовладельца, законодатель устанавливает солидарную ответственность, хотя очевидно, что в этом случае необходимо было бы установить субсидиарную ответственность правовладельца.

Ожидания автора, что соответствующие коррективы в статью будут внесены со временем, после применения ее норм на практике не оправдались. Исходя из этого стороны, должны руководствоваться нормами статьи в нынешней редакции. При этом, необходимо принимать во внимание, что с учетом норм закона “О защите прав потребителей” в Украине фактически существует солидарная ответственность правовладельца и пользователя, независимо от того производит пользователь товары (услуги) по технологиям правовладельца или занимается их перепродажей.

#### **Статья 1124. Право пользователя на заключение договора коммерческой концессии на новый срок**

**1. Пользователь, который надлежащим образом исполнял свои обязанности, имеет право на заключение договора коммерческой концессии на новый срок на тех же условиях.**

**2. Законом могут быть установлены условия, в соответствии с которыми правоведелец может отказаться от заключения договора концессии на новый срок.**

1. Комментируемая статья касается требований к заключению договора на новый срок на тех же условиях. На практике в таком случае говорят о продлении договора.

Необходимо отметить, что ГК Украины вообще не предусматривает возможности и не имеет соответствующих статей по продлению договора. Единственная статья во всем кодексе, которая касается продления договора, - это ст. 1128, которая устанавливает основания продления договора в случае изменения обозначений правовладельца.

Значит ли это, что договоры какого бы то ни было вида не подлежат продлению, а только заключению на новый срок? Учитывая общий либеральный характер кодекса и предоставление сторонам в соответствии с этим кодексом наибольшей свободы, включая свободу договора, мы считаем, что стороны могут, как заключать договоры коммерческой концессии на новый срок, так и продлевать их.

Комментируемая статья устанавливает преимущество для пользователя по сравнению с другими субъектами предпринимательства относительно возможности заключения договора коммерческой концессии на новый срок, а именно: если пользователь надлежащим образом исполнял свои обязанности по договору коммерческой концессии, он имеет право не только на продление действующего договора, но такое продление должно быть осуществлено на тех же условиях. Это право пользователя предусматривает обязанность правовладельца заключить договор коммерческой концессии с этим же пользователем на новый срок на тех же условиях.

Открытым остается вопрос, должны ли стороны в случае заключения договора на новый срок или его продления проводить его повторную регистрацию в органах регистрации? Так, например, законодательство Российской Федерации предусматривает повторную регистрацию. Очевидно, ответ на этот вопрос может быть только в законе о регистрации договоров коммерческой концессии.

2. ГК предусматривает, что при определенных условиях, которые будут установлены специальным законом о договоре коммерческой концессии, правовладелец сможет отказаться от заключения договора на новый срок. Очевидно, это станет возможным лишь в случае уплаты правовладельцем отступного пользователю.

### **Статья 1125. Изменение договора коммерческой концессии**

**1. Договор коммерческой концессии может быть изменен соответственно положениям главы 53 этого Кодекса.**

**В отношениях с третьими лицами стороны в договоре коммерческой концессии имеют право ссылаться на изменение договора лишь с момента государственной регистрации этого изменения в соответствии со статьей 1118 этого Кодекса, если не докажут, что третье лицо знало или могло знать об изменении договора раньше.**

1. Договор коммерческой концессии может быть изменен на общих основаниях, а именно в соответствии со статьями 651-654 ГК. Договор коммерческой концессии может быть изменен по согласию сторон или по решению суда.

ГК предусматривает, что любая сторона договора может требовать его изменения в случае существенного нарушения договора другой стороной, в случаях, установленных самим договором, и в случае существенного изменения обстоятельств.

2. В случае грубого нарушения стороной своих обязанностей по договору и не исправления этого нарушения другая сторона может требовать изменения договора. Под существенным нарушением договора коммерческой концессии правовладельцем следует рассматривать его отказ предоставить все или часть объектов права интеллектуальной собственности, включая ноу-хау по ведению предпринимательской деятельности. Не предоставление правовладельцем пользователю права пользования определенными объектами права интеллектуальной собственности может свести на нет все старания пользователя по ведению прибыльной деятельности.

3. Непредоставление правовладельцем информации об использовании его ноу-хау может привести к невозможности для пользователя использовать это ноу-хау и, соответственно, вести предпринимательскую деятельность способом, разработанным правовладельцем.

4. К существенному нарушению обязанностей пользователя по договору можно отнести просрочку или отказ в уплате вознаграждения за пользование объектами права интеллектуальной собственности правовладельца, других платежей в пользу правовладельца, отказ пользователя следовать указаниям и инструкциям правовладельца по использованию ноу-хау и способов ведения предпринимательской деятельности, самостоятельное, без согласования с правовладельцем, изменение пользователем интерьера и экстерьера помещений, где продаются товары (работы, услуги), и т.п.

5. Нарушение стороной своих обязанностей по договору может вызвать как желание другой стороны расторгнуть его, так и желание изменить определенные обязанности, например, уменьшить размер платежей в пользу правовладельца. Изменения могут касаться режима использования объектов права интеллектуальной собственности правовладельца (предоставление неисключительной лицензии вместо исключительной или единичной), срока действия договора, установление более жесткого контроля над действиями пользователя и т.п.

6. Изменение или расторжение договора коммерческой концессии в связи с существенным нарушением его условий одной из сторон не лишает другую сторону



права требовать возмещения ущерба, причиненного изменением или расторжением договора.

7. Как правило, договор коммерческой концессии по требованию правовладельца содержит перечень случаев, при наступлении которых правоведелец требует изменения или расторжения договора. При наличии такого перечня и наступления пересчитанных в нем случаев изменение договора происходит по договору.

8. Особого внимания заслуживает основание расторжения или изменения договора коммерческой концессии в случае существенного изменения обстоятельств. Таким существенным изменением обстоятельств пользователь может считать неполучение им прибылей, которые он предусматривал получать, заключая договор. Несоответствие полученных результатов ожиданиям пользователя может быть вызвано как объективными (изменение конъюнктуры на рынке, усиление конкуренции и т.п.), так и субъективными (“незрелость” методов ведения предпринимательской деятельности и ноу-хау правовладельца, неправильное использование пользователем предоставленного ноу-хау и т.п.) обстоятельствами. Нельзя не указать на случаи желания пользователя изменить или расторгнуть договор коммерческой концессии до истечения срока его действия после овладения пользователем ноу-хау правовладельца, т.е., фактически, речь идет о недобросовестном поведении пользователя. Именно поэтому законодатель в ст. 652 ГК установил четыре специальных основания, при одновременном наличии которых сторона может требовать расторжения или изменения договора по решению суда.

9. Изменение или расторжение условий договора коммерческой концессии должны быть осуществлены в письменном виде и зарегистрированы в органе регистрации. Изменение или расторжение договора вступают в силу для третьих лиц с момента государственной регистрации.

Стороны не имеют права требовать возвращения того, что было выполнено ими по договору до момента его изменения или расторжения, если иное не установлено в договоре или законе о договоре коммерческой концессии. Другими словами, если пользователем заключен договор коммерческой концессии на эксплуатацию незрелой франшизы и очевидным для пользователя становится необходимость расторжения договора, он не вправе требовать от правовладельца возврата уплаченного по договору (вступительный франчайзинговый платеж, роялти, иные платежи), однако он вправе требовать компенсации понесенных в связи с этим убытков.

## **Статья 1126. Прекращение договора коммерческой концессии**



**1. Каждая из сторон в договоре коммерческой концессии, срок которого не установлен, имеет право в любое время отказаться от договора, уведомив об этом другую сторону не менее чем за шесть месяцев, если более продолжительный срок не установлен договором.**

**2. Расторжение договора коммерческой концессии подлежит государственной регистрации в соответствии со статье 1118 этого Кодекса.**

**3. Договор коммерческой концессии прекращается в случае:**

**1) прекращение права правовладельца на торговую марку или другое обозначение, определенное в договоре, без его замены аналогичным правом;**

**2) объявление правовладельца или пользователя неплатежеспособным (банкротом).**

1. Хотя на практике договоры коммерческой концессии, как правило, являются срочными, законодатель предусматривает возможность заключения бессрочного договора. В случае заключения сторонами бессрочного договора законодатель устанавливает императивный минимальный срок предварительного уведомления об отказе от договора.

Минимальные императивные сроки установлены только для бессрочных договоров. Это значит, что стороны вправе установить любой срок предварительного уведомления даже очень короткий, для срочных договоров.

Отказ от договора в связи с изменением срока его действия рассматривается законодателем как расторжение договора, что требует осуществления государственной регистрации такого расторжения, случае принятия закона о регистрации договоров коммерческой концессии.

2. Кроме общих оснований расторжения договоров, ГК предусматривает два дополнительных основания расторжения договоров коммерческой концессии, а именно: прекращение права на торговую марку (прекращение права на обозначение нами не рассматривается, поскольку оно не является объектом права интеллектуальной собственности и не подлежит охране) и объявление любой стороны неплатежеспособной (банкротом).

3. Прекращение права правовладельца на торговую марку без замены этого права другим аналогичным правом (т.е., без предоставления пользователю другой торговой марки) рассматривается законодателем как существенное изменение обстоятельств, которыми стороны руководствовались при заключении договора. Установлением этого требования законодатель, прежде всего, защищает пользователя по договору коммерческой концессии. Тем не менее, в случае желания пользователя продолжить пользование другими объектами права интеллектуальной собственности

правовладельца стороны имеют право заключить новый договор коммерческой концессии с новыми условиями его выполнения.

4. Вопросы неплатежеспособности или признания банкротом урегулированы ЗУ “О восстановлении платежеспособности должника или признания его банкротом” (с соответствующими изменениями и дополнениями).

Прежде всего, следует отметить, что этот Закон не предусматривает такого института, как объявление неплатежеспособным. Выявление неплатежеспособности любой из сторон договора может и должно иметь следствием проведение сторонами договора переговоров для выявления возможностей, приемлемых для обеих сторон, по дальнейшему выполнению договора. Установление императивного предписания о расторжении договора коммерческой концессии в случае признания любой стороны договора неплатежеспособной является, с нашей точки зрения, излишним вмешательством законодателя в свободу сторон осуществлять предпринимательскую деятельность.

Наличие факта неплатежеспособности одной со сторон договора коммерческой концессии является основанием для возбуждения дела о банкротстве, о котором объявляется в соответствующих печатных органах. В ходе возбуждения дела о банкротстве на первом этапе назначается распорядитель имущества, к обязанностям которого принадлежит осуществление всех необходимых процедур для восстановления платежеспособности банкрота и поиск способов расчетов с кредиторами. Факт назначения распорядителя имущества не является основанием для прекращения полномочий руководителя или органа управления имуществом должника. Таким образом, наличие неплатежеспособности должника и факт возбуждения дела о банкротстве не влияют на текущую хозяйственную деятельность должника и, соответственно, на его возможность выполнять свои обязанности по договору. Лишь в случае невозможности восстановления платежеспособности должника принимается решение о его ликвидации. Ликвидация юридического лица относится к общим основаниям прекращения обязанности.

5. Императивное предписание о расторжении договора коммерческой концессии в случае банкротства любой со сторон договора должно иметь логические объяснения. Так, законодательство некоторых стран предусматривает, что определенные виды договоров, которые характеризуются наличием так называемых „правоотношений личного характера”, автоматически прекращаются в случае признания банкротом любой со сторон такого договора. Договор коммерческой концессии имеет личный характер, и с этой точки зрения можно согласиться, что признание стороны банкротом может быть основанием для прекращения договора с ней. Однако ни действующее законодательство

Украины, ни ГК не предусматривают, что договоры, которые имеют личный характер, прекращаются в случае признания любой стороны банкротом. Вдобавок, ст. 1127 ГК подчеркивает отсутствие личного характера правоотношений сторон, поскольку предусматривает, что изменение сторон в обязательстве не является основанием для изменения или расторжения договора коммерческой концессии.

6. На практике, однако, признание франчайзи неплатежеспособным или начало процедуры банкротства является основанием для досрочного прекращения договора франчайзинга.

74

### **Статья 1127. Сохранение действия договора коммерческой концессии в случае изменения сторон**

**1. Переход исключительного права на объект права интеллектуальной собственности, определенный в договоре коммерческой концессии, от правладельца к другому лицу не является основанием для изменения или расторжения договора коммерческой концессии.**

**2. В случае смерти правладельца его права и обязанности по договору коммерческой концессии переходят к наследнику при условии, что он зарегистрирован или на протяжении шести месяцев со дня открытия наследства регистрируется как субъект предпринимательской деятельности или передаст свои права и обязанности лицу, которое имеет право заниматься предпринимательской деятельностью.**

**Осуществление прав и выполнение обязанностей лица, которое умерло, к переходу их соответственно этой части к наследнику или другого лица осуществляется лицом, которое управляет наследством и назначается соответственно статье 1285 этого Кодекса.**

1. Комментируемая статья прямо предусматривает отсутствие оснований для изменения или расторжения договора коммерческой концессии в случае перехода прав собственности на объект права интеллектуальной собственности от правладельца к другому лицу. Действительно, можно согласиться с отсутствием оснований для изменения договора, если по этому договору предоставлялся один объект права интеллектуальной собственности, и именно этот объект и перешел по наследству в собственность другого лица. Однако, по договору коммерческой концессии, как правило, предоставляется несколько (комплекс) объектов права интеллектуальной собственности и переход прав владельца на один из них предусматривает, что этот новый собственник должен стать стороной договора коммерческой концессии.

Появление дополнительной стороны в договоре уже предусматривает его изменение в части субъективного состава.

2. Часть 2 комментируемой статьи, фактически, повторяет требование ст. 1117 ГК к субъективному составу сторон договора коммерческой концессии, а именно требует, чтобы наследник правовладельца - физическое лицо - зарегистрировался как предприниматель на протяжении максимального установленного статьей срока в 6 месяцев. К моменту регистрации наследника как субъекта предпринимательской деятельности или передачи своих прав и обязанностей другому лицу, которое имеет право заниматься предпринимательской деятельностью, осуществление прав и обязанностей выполняется лицом, которое управляет наследством. Следует отметить, что согласно ст. 1117, такие же требования должны выдвигаться и к наследникам пользователя.

Несмотря на то, что законодатель установил правила по изменению стороны в обязательстве в связи со смертью правовладельца, мы считаем, эти правила не будут работать. Это связано с тем, что по договору коммерческой концессии правовладелец предоставляет не только объекты права интеллектуальной собственности, которые уже, так сказать, “состоялись”. По этому виду обязательства передается ноу-хау, которое не является фиксированным, все время совершенствуется и которое относится к коммерческой тайне правовладельца. В случае смерти правовладельца и не передачи им своему наследнику секретов этого ноу-хау ни этот наследник, ни тем более лицо, которое управляет наследством, не смогут выполнять обязанности правовладельца по договору. В случае смерти правовладельца, как и в случае ликвидации правовладельца - юридического лица, наступает расторжение договора коммерческой концессии.

3. На практике в Украине часты случаи, когда собственником торговой марки и иных подлежащих регистрации объектов права интеллектуальной собственности является физическое лицо. При этом стороной по договору коммерческой концессии выступает юридическое лицо, участником которого является физическое лицо-собственник объекта права интеллектуальной собственности. В таком случае секретами функционирования франшизы обладает не только физическое лицо, но и менеджмент юридического лица. В случае смерти такого физического лица, наследник сможет выполнить требования комментируемой статьи и продолжить выполнение договора коммерческой концессии, поскольку ноу-хау не будет утеряно.

### **Статья 1128. Следствия изменения торговой марки или другого обозначения правовладельца**

**1. В случае изменения торговой марки или другого обозначения правовладельца, права на использование которых входят в комплекс прав, предоставленных пользователю по договору коммерческой концессии, этот договор сохраняет действие относительно нового обозначения правовладельца, если пользователь не требует расторжения договора и возмещения ущерба.**

**В случае продления действия договора пользователь имеет право требовать соответствующего уменьшения причитающейся правовладельцу платы.**

1. Часть 1 комментируемой статьи устанавливает последствия изменения торговой марки или обозначение для обеих сторон договора коммерческой концессии. Для пользователя такими последствиями являются возникновение оснований для требования о расторжении договора и возмещении ущерба, а для правовладельца - обязанности передать новое обозначение в пользование пользователю. Предусматривая обязанность по передаче права на пользование обозначением, законодатель, очевидно, имел в виду и торговую марку, однако прямого указания об этом в статье нет. Это означает, что правовладелец будет решать самостоятельно - предоставлять или не предоставлять пользователю новую торговую марку в пользование.

2. Изменение состава комплекса прав, предоставленных в пользование, является существенным изменением договора, и это дает пользователю право требовать изменения или расторжения договора коммерческой концессии, о чем прямо и предусмотрено в статье.

Как предусмотрел законодатель, в случае принятия решения пользователем по изменению договора такое изменение может касаться уменьшения цены по договору. Законодатель предусмотрел именно уменьшение цены, поскольку новая торговая марка/обозначение не имеет и не может иметь такого имиджа, как та, что уже была известна потребителям.

Указанная статья предусматривает право (а не обязанность) пользователя требовать расторжения договора и компенсации ущерба, даже в случае предоставления правовладельцем прав пользования новой торговой маркой и обозначением. Это право пользователя базируется также на нормах ст. 652 ГК.

**Статья 1129. Последствия прекращения права, пользование которым предоставлено по договору коммерческой концессии**

**1. Если в период действия договора коммерческой концессии прекратилось право, пользование которым предоставлено по этому договору, действие договора не прекращается, кроме тех его положений, которые касаются права, которое прекратилось, а пользователь имеет право требовать соответствующего**

уменьшения надлежащей правладельцу платы, если иное не установлено договором.

**В случае прекращения права правладельца на торговую марку или другое обозначение наступают последствия, предусмотренные частью третьей статьи 1126 или статьей 1128 этого Кодекса.**

1. Поскольку по договору коммерческой концессии передается право пользования не одним объектом права интеллектуальной собственности, а несколькими, логически предусмотреть, что прекращение права на один из них не является основанием для прекращения всего договора.

Вместе с тем целесообразно указать, что на основании ст. 651 ГК стороны имеют право предусмотреть, что прекращение права на один из объектов комплекса является основанием для расторжения всего договора. При наличии такого условия договора коммерческой концессии, этот договор может быть расторгнут, несмотря на требования комментируемой статьи.

2. Изменение объекта договора и желание сторон, а именно пользователя, продолжить его выполнение, имеет следствием возникновения права пользователя требовать уменьшения цены договора, если другое не установлено в договоре.

3. Если прекратилось право собственности правладельца на торговую марку, и эта торговая марка не заменена на другую, аналогичную, наступают следствия, предусмотренные ст. 1126 ГК, а именно расторжение договора. В случае предоставления пользователю права пользоваться другой торговой маркой, по решению сторон договор коммерческой концессии может быть продолжен.

## 2. БЕЛАРУСЬ

Прежде всего, следует отметить, что в ГК Республики Беларусь (ГК РБ) 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. До 26 февраля 2005 г. ГК РБ в ст. 910 только определял франчайзинговый договор, не устанавливая в отношении него какого-либо специального регулирования.

Однако, 26 февраля 2005 г. в Беларуси вступил в силу закон № 316-3 “О внесении дополнений и изменений в ГК РБ по вопросам регистрации недвижимого имущества, состава участников ассоциаций и союзов, комплексной предпринимательской лицензии

(франчайзинга), правового режима имущества крестьянского (фермерского) хозяйства” от 18.08.2004 г., который добавил 11 статей в раздел о регулировании договоров комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга). Фактически, можно говорить о том, что в ГК РБ было включено регулирование договоров франчайзинга, разработанное в Модельном гражданском кодексе для стран СНГ.

В соответствии со ст. 910 ГК РБ по договору франчайзинга одна сторона (правообладатель) обязуется предоставить другой стороне (пользователю) за вознаграждение на определенный в договоре франчайзинга срок либо без указания срока комплекс исключительных прав (лицензионный комплекс), включающий право использования фирменного наименования правообладателя и нераскрытой информации, в том числе секретов производства (ноу-хау), а также других объектов интеллектуальной собственности (товарного знака, знака обслуживания и т.п.), предусмотренных договором франчайзинга, для использования в предпринимательской деятельности пользователя.

В качестве составляющих лицензионного комплекса выделено фирменное наименование правообладателя и нераскрытая информация, в том числе секреты производства (ноу-хау). Следует отметить, что “нераскрытая информация” не выделяется законодателем как отдельный объект гражданских прав. Таким отдельным объектом выделена “охраняемая информация” (ст. 128 ГК РБ). Такая охраняемая информация разделяется ГК Украины на служебную и коммерческую тайны. При этом законодатель не разделяет эти понятия, а определяет их совместно: “информация составляет служебную или коммерческую тайну в случае, когда информация имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к ней нет свободного доступа на законном основании и обладатель информации принимает меры к охране ее конфиденциальности”. ГК Украины не определяет понятия “секретов производства”. Соответственно в случае передачи секретов производства (ноу-хау) по договору, эти понятия должны быть определены в договоре.

ГК РБ предусматривает теперь, что сторонами договоров комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) могут быть только предприниматели. Некоторые белорусские юристы считают, что правообладателем может быть только юридическое лицо, поскольку только юридические лица могут иметь фирменное наименование. Такая позиция основана на нормах ГК, касающихся регулирования фирменных наименований.

Автор не согласен с такой позицией. Если бы законодатель хотел указать, что правообладателем может быть только юридическое лицо, он бы прямо указал на это. В



ГК Белоруссии в ст. 910-8 прямо предусмотрено иное, а именно правообладателем может быть индивидуальный предприниматель. Очевидно, белорусский законодатель не относит фирменное наименование к обязательной составляющей лицензионного комплекса.

В силу ст. 910-1 ГК РБ договор франчайзинга заключается в письменной форме и подлежит регистрации в патентном органе в порядке, установленном законодательством. Таким патентным органом в Республике Беларусь является государственное учреждение «Национальный центр интеллектуальной собственности». Регистрации подлежат также изменение договора франчайзинга (ст.910-7 ГК РБ), досрочное расторжение договора франчайзинга, заключенного с указанием срока, и расторжение договора, заключенного без указания срока (ст.910-11 ГК РБ).

ГК РБ предусматривает возможность ограничения конкуренции между правообладателем и пользователем, за исключением тех случаев, когда соответствующие ограничения противоречат антимонопольному законодательству. В соответствии со ст. 910-5 ГК в договоре франчайзинга могут быть предусмотрены:

- обязательство правообладателя не предоставлять другим лицам аналогичные комплексы исключительных прав для их использования на закрепленной за пользователем территории либо воздерживаться от собственной аналогичной деятельности на этой территории;
- обязательство пользователя не конкурировать с правообладателем на территории, на которую распространяется действие договора франчайзинга в отношении предпринимательской деятельности, осуществляемой пользователем с использованием принадлежащих правообладателю исключительных прав;
- отказ пользователя от получения по договорам франчайзинга аналогичных исключительных прав у конкурентов (потенциальных конкурентов) правообладателя;
- обязательство пользователя согласовывать с правообладателем место расположения помещений, используемых при осуществлении предоставленных по договору франчайзинга исключительных прав, а также их внешнее и внутреннее оформление.

Также как и в законодательстве Украины, законодатель предусмотрел солидарную и субсидиарную ответственность правообладателями по претензиям к пользователю. Принимая во внимание, что закон Белоруссии «О защите прав потребителей» предусматривает солидарную ответственность производителя и продавца товаров по их качеству, можно утверждать, что в Белоруссии, также как и в Украине, правообладатель будет отвечать солидарно с пользователем по претензиям, предъявляемым к нему конечными потребителями.

Закон определяет дополнительные основания, при наличии которых договор франчайзинга может быть изменен по требованию пользователя (помимо оснований, которые являются общими для всех гражданско-правовых договоров). В случае изменения правообладателем своего фирменного наименования договор франчайзинга сохраняется и действует в отношении нового фирменного наименования правообладателя, если пользователь не потребует расторжения договора и возмещения убытков (ст. 910-9 ГК РБ). В случае продолжения действия договора франчайзинга пользователь вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения.

Если в период действия договора франчайзинга истек срок действия исключительного права, пользование которым предоставлено по этому договору, за исключением прекращения права на фирменное наименование без замены его новым фирменным наименованием, либо такое право прекратилось по иному основанию, договор франчайзинга продолжает действовать, за исключением положений, относящихся к прекратившемуся праву, а пользователь, если иное не предусмотрено договором франчайзинга, вправе потребовать соразмерного уменьшения причитающегося правообладателю вознаграждения (ст. 910-10 ГК РБ).

В силу ст. 910-11 ГК РБ каждая из сторон договора франчайзинга, заключенного без указания срока, вправе в любое время полностью отказаться от исполнения договора, уведомив об этом другую сторону за шесть месяцев, если договором не предусмотрен более продолжительный срок. При этом срочный договор франчайзинга могут быть прекращены в соответствии с обычной процедурой прекращения договоров, указанной в ГК, которая не предусматривает предварительного уведомления за конкретный срок.

Действие договора франчайзинга прекращается также в случае прекращения права на фирменное наименование без замены его новым наименованием (ст. 910-10 ГК РБ).

### 3. РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ

В Российской Федерации франчайзинговые правоотношения регулируются ГК. Следует, однако, отметить, что в российском законодательстве, так же как и в Украине, 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)”<sup>19</sup>.

Тем не менее, в Комментариях к ГК Российской Федерации указано, что “коммерческая концессия – эквивалент известного в западном законодательстве понятия “франчайзинг” (или “франшиза”)”<sup>20</sup>.

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 ГК 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<sup>21</sup>.

Российский законодатель, также как и украинский, 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 ГК 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

<sup>19</sup> ГК Российской Федерации. Статья 1027. Профессиональные юридические системы “Кодекс” Проспект. Москва. 1999.

<sup>20</sup> Садиков и другие. Комментарии к ГК Российской Федерации.– М., 1998. –С.616.

<sup>21</sup> Садиков и другие. Комментарии к ГК Российской Федерации.– М., 1998. –С.617.

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 процитированной 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 ГК Российской Федерации подчеркивает обязанность пользователя всеми силами информировать потребителей, что он является независимым от правообладателя юридическим лицом.

Представим себе иной пример: правообладатель является иностранной строительной компанией и он 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<sup>22</sup>. Однако, законодательство о защите прав потребителей содержит 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.

В дополнение к Гражданскому кодексу договоры франчайзинга или договоры коммерческой концессии также подпадают под действие федерального закона "О коммерческой тайне", который вступил в силу в середине 2004 года. Этот федеральный

<sup>22</sup> Садиков и другие. Комментарии к ГК Российской Федерации.– М., 1998. –С.625.

закон регулирует отношения, связанные с отнесением информации к коммерческой тайне, передачей такой информации, охраной ее конфиденциальности в целях обеспечения баланса интересов обладателей информации, составляющей коммерческую тайну, и других участников регулируемых отношений, и предупреждения недобросовестной конкуренции, а также определяет сведения, которые не могут составлять коммерческую тайну.

Режим коммерческой тайны не может быть установлен в отношении следующих сведений:

84

1) содержащихся в учредительных документах юридического лица, документах, подтверждающих факт внесения записей о юридических лицах и об индивидуальных предпринимателях в соответствующие государственные реестры;

2) содержащихся в документах, дающих право на осуществление предпринимательской деятельности;

3) о загрязнении окружающей среды, состоянии противопожарной безопасности, санитарно-эпидемиологической и радиационной обстановке, безопасности пищевых продуктов и других факторах, оказывающих негативное воздействие на обеспечение безопасного функционирования производственных объектов, безопасности каждого гражданина и безопасности населения в целом;

4) о численности, о составе работников, о системе оплаты труда, об условиях труда, в том числе об охране труда, о показателях производственного травматизма и профессиональной заболеваемости, и о наличии свободных рабочих мест;

5) о задолженности работодателей по выплате заработной платы и по иным социальным выплатам;

6) о нарушениях законодательства Российской Федерации и фактах привлечения к ответственности за совершение этих нарушений;

7) о перечне лиц, имеющих право действовать без доверенности от имени юридического лица;

8) обязательность раскрытия которых или недопустимость ограничения доступа к которым установлена иными федеральными законами.

Под коммерческой тайной закон понимает конфиденциальность информации, позволяющей ее обладателю при существующих или возможных обстоятельствах увеличить доходы, избежать неоправданных расходов, сохранить положение на рынке товаров, работ, услуг или получить иную коммерческую выгоду. Фактически и на это указывается в законе, под понятие коммерческой тайны франчайзер может отнести ноу-хау, используемое во франчайзинге.

Законом установлены требования к содержанию коммерческой тайны. Это— научно-техническая, технологическая, производственная, финансово-экономическая или иная информация (в том числе составляющая секреты производства (ноу-хау)), которая имеет действительную или потенциальную коммерческую ценность в силу неизвестности ее третьим лицам, к которой нет свободного доступа на законном основании и в отношении которой обладателем такой информации введен режим коммерческой тайны, под которым понимаются правовые, организационные, технические и иные принимаемые обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, меры по охране ее конфиденциальности. Информация, самостоятельно полученная иным лицом при осуществлении исследований, систематических наблюдений или иной деятельности, считается полученной законным способом, несмотря на то, что содержание указанной информации может совпадать с содержанием информации, составляющей коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо. Информация, составляющая коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо, считается полученной незаконно, если ее получение осуществлялось с умышленным преодолением принятых обладателем информации, составляющей коммерческую тайну, мер по охране конфиденциальности этой информации, а также если получающее эту информацию лицо знало или имело достаточные основания полагать, что эта информация составляет коммерческую тайну, обладателем которой является другое лицо, и что осуществляющее передачу этой информации лицо не имеет на передачу этой информации законного основания.

Закон устанавливает, что права обладателя информации, составляющей коммерческую тайну, возникают с момента установления им в отношении такой информации режима коммерческой тайны.

Для установления режима коммерческой тайны франчайзер должен:

- 1) определить перечень информации, составляющей коммерческую тайну;
- 2) ограничить доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, путем установления порядка обращения с этой информацией и контроля над соблюдением такого порядка;
- 3) вести учет лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, и (или) лиц, которым такая информация была предоставлена или передана;
- 4) регулировать отношения по использованию информации, составляющей коммерческую тайну, с работниками на основании трудовых договоров и контрагентами на основании гражданско-правовых договоров;



5) наносить на материальные носители (документы), содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну, гриф “Коммерческая тайна” с указанием обладателя этой информации (для юридических лиц — полное наименование и место нахождения, для индивидуальных предпринимателей — фамилия, имя, отчество гражданина, являющегося индивидуальным предпринимателем, и место жительства).

Лишь совершив все указанные действия, франчайзер может констатировать, что его ноу-хау сохраняется в соответствии с требованиями Российской Федерации. И соответственно он может предоставлять право иным лицам (франчайзи) пользоваться таким ноу-хау.

Меры по охране конфиденциальности информации признаются разумно достаточными, если:

1. Исключается доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, любых лиц без согласия ее обладателя;

2. Обеспечивается возможность использования информации, составляющей коммерческую тайну, работниками и передачи ее контрагентам без нарушения режима коммерческой тайны.

Совершив все необходимые действия, предусмотренные законом, позволяющие отнести ноу-хау к коммерческой тайне, франчайзер имеет право:

- устанавливать, изменять и отменять в письменной форме режим коммерческой тайны;

- использовать информацию, составляющую коммерческую тайну, для собственных нужд;

- разрешать или запрещать доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, определять порядок и условия доступа к этой информации;

- вводить в гражданский оборот информацию, составляющую коммерческую тайну, на основании договоров, предусматривающих включение в них условий об охране конфиденциальности этой информации;

- требовать от юридических и физических лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, соблюдения обязанностей по охране ее конфиденциальности;

- требовать от лиц, получивших доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, в результате действий, осуществленных случайно или по ошибке, охраны конфиденциальности этой информации;

- защищать в установленном законом порядке свои права в случае разглашения, незаконного получения или незаконного использования и требовать возмещения

убытков, причиненных в связи с нарушением его прав третьими лицами информации, составляющей коммерческую тайну, в том

Закон устанавливает процедурные и требования к содержанию такого договора о сохранении конфиденциальности с работником.

К процедурным требованиям, связанным с подписанием договора и ознакомлением с коммерческой тайной, мы относим:

1) ознакомление под расписку работника, доступ которого к информации, составляющей коммерческую тайну, необходим для выполнения им своих трудовых обязанностей, с перечнем информации, составляющей коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты;

2) ознакомление под расписку работника с установленным работодателем режимом коммерческой тайны и с мерами ответственности за его нарушение;

3) создание работнику необходимых условий для соблюдения установленного работодателем режима коммерческой тайны.

Если работодатель (франчайзер/франчайзи) не подписали с работником договор о сохранении коммерческой тайны, они не вправе такую тайну работнику раскрывать. Если же тайна раскрыта без подписания договора, работодатель не вправе требовать применения к нему норм закона, направленных на защиту его прав как обладателя коммерческой тайны.

Закон устанавливает, что доступ работника к информации, составляющей коммерческую тайну, осуществляется с его согласия, если это не предусмотрено его трудовыми обязанностями.

В соответствии с законом работник обязан:

1) выполнять установленный работодателем (франчайзером/франчайзи) режим коммерческой тайны;

2) не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты, и без их согласия не использовать эту информацию в личных целях;

3) не разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, обладателями которой являются работодатель и его контрагенты, после прекращения трудового договора в течение срока, предусмотренного соглашением между работником и работодателем, заключенным в период срока действия трудового договора, или в течение трех лет после прекращения трудового договора, если указанное соглашение не заключалось;

4) возместить причиненный работодателю ущерб, если работник виновен в разглашении информации, составляющей коммерческую тайну, ставшей ему известной в связи с исполнением им трудовых обязанностей;

5) передать работодателю при прекращении или расторжении трудового договора имеющиеся в пользовании работника материальные носители информации, содержащие информацию, составляющую коммерческую тайну.

Особое условие вносится в трудовой договор с руководителем франчайзи - в его обязанности, связанные с обеспечением охраны конфиденциальности информации, входит обеспечение охраны конфиденциальности на самом предприятии франчайзи и в контактах в его контрагентами. В случае нарушения или несоблюдения указанной обязанности, он возмещает франчайзи и/или франчайзеру убытки, причиненные его виновными действиями. При этом убытки определяются в соответствии с гражданским законодательством.

Работник, который в связи с исполнением трудовых обязанностей получил доступ к информации, составляющей коммерческую тайну, в случае умышленного или неосторожного разглашения этой информации при отсутствии в его действиях состава преступления несет дисциплинарную ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации.

К правам работника, что чрезвычайно критикуется российскими юристами, относится право обжаловать в судебном порядке незаконное установление режима коммерческой тайны в отношении информации, к которой работник получил доступ в связи с исполнением своих трудовых обязанностей.

Закон также устанавливает требования к содержанию договора о сохранении коммерческой тайны, если такой договор подписывается между франчайзером и франчайзи. Если оговорка о сохранении коммерческой тайны содержится в договоре франчайзинга, эти требования распространяются на такой договор франчайзинга. В договоре должны быть определены условия охраны конфиденциальности информации, в том числе в случае реорганизации или ликвидации одной из сторон договора, а также обязанность франчайзи по возмещению убытков при разглашении им этой информации вопреки договору. Франчайзер устанавливает в договоре способы защиты информации, составляющей коммерческую тайну. Франчайзи обязан незамедлительно сообщить франчайзеру о им допущенном либо ставшем ему известном факте разглашения или угрозы разглашения, незаконном получении или незаконном использовании информации, составляющей коммерческую тайну, третьими лицами. Франчайзеру запрещено до окончания срока действия договора разглашать информацию, составляющую коммерческую тайну, а также в одностороннем порядке прекращать

охрану ее конфиденциальности. Сторона, не обеспечившая в соответствии с условиями договора охраны конфиденциальности информации, переданной по договору, обязана возместить другой стороне убытки.

Одним из наиболее одиозных и критикуемых является положение закона, в соответствии с которым лицо, использовавшее информацию, составляющую коммерческую тайну, и не имеющее достаточных оснований считать использование данной информации незаконным, в том числе если доступ к такой информации был получен в результате случайности или ошибки, не может в соответствии с настоящим Федеральным законом быть привлечено к ответственности.

К договору коммерческой концессии предъявляются жесткие требования по форме: 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 ГК 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...”<sup>23</sup>. Возможно, такое средство защиты является целесообразным, если бы правообладателем во всех случаях являлось 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.

Поскольку требования о регистрации договоров коммерческой концессии установлены в статьях 1028, 1036, 1037 ГК Российской Федерации регистрации подлежат заключение договора коммерческой концессии (субконцессии), изменение договора коммерческой концессии (субконцессии), досрочное расторжение договора коммерческой концессии (субконцессии), заключенного с указанием срока, расторжение договора коммерческой концессии (субконцессии), заключенного без указания срока.

Регистрация осуществляется в территориальном органе Министерства по налогам и сборам России, осуществившим регистрацию франчайзера. Если франчайзер

<sup>23</sup> Садиков и другие. Комментарии к ГК Российской Федерации.– М., 1998. –С.620.

(правообладатель) зарегистрирован в иностранном государстве, регистрация осуществляется регистрирующим органом, осуществившим регистрацию франчайзи (пользователя).

Регистрация осуществляется в срок не более чем пять рабочих дней со дня представления документов в регистрирующий орган. Регистрация осуществляется посредством внесения записи о договоре коммерческой концессии (субконцессии) (изменении или прекращении договора) в журнал учета регистрации договоров коммерческой концессии (субконцессии) и проставления на представленных экземплярах договора коммерческой концессии (субконцессии), изменений договора, соглашения о прекращении договора соответствующей надписи (штампа) и печати регистрирующего органа. Журнал ведется на бумажном носителе. Каждой записи в журнале присваивается регистрационный номер. Для каждой записи указывается дата ее внесения в журнал (дата регистрации).

Заявление о регистрации договора коммерческой концессии (субконцессии) (изменения или прекращения договора) может быть подано руководителем франчайзера или франчайзи или иным лицом, имеющим право без доверенности действовать от имени такого франчайзера или франчайзи или иным лицом, действующим на основании доверенности. Заявление составляется в произвольной форме, заверяется подписью руководителя или лица по доверенности. В заявлении кроме просьбы о регистрации договора коммерческой концессии (субконцессии) (изменения или прекращения договора) также указывается фамилию, имя, отчество, паспортные данные и идентификационный номер налогоплательщика подписанта. При подписании заявления руководителем юридического лица указывается его должность, подпись заверяется печатью.

К заявлению о регистрации прилагаются:

- документ, подтверждающий полномочия заявителя на совершение действий, связанных с регистрацией договора коммерческой концессии;
- копия документа, подтверждающего статус каждой из сторон договора коммерческой концессии в качестве юридического лица или индивидуального предпринимателя;
- три экземпляра договора коммерческой концессии, которые должны быть прошиты, листы пронумерованы, в них не должно быть подчисток, приписок, зачеркнутых слов или иных неоговоренных исправлений. На представленных экземплярах договора коммерческой концессии проставляется специальная надпись (штамп) о регистрации:

Наименование регистрирующего органа

ЗАРЕГИСТРИРОВАНО

№ \_\_\_\_\_

" \_\_\_\_ " \_\_\_\_\_ г.

Должностное лицо регистрирующего органа

\_\_\_\_\_ (Ф.И.О.)

(подпись) М.П.

- два экземпляра описи представленных документов.

Документы представляются в регистрирующий орган уполномоченным лицом (заявителем) непосредственно или направляются почтовым отправлением с объявленной ценностью при его пересылке и описью вложения. Датой представления документов при осуществлении государственной регистрации является день их получения регистрирующим органом.

Заявителю выдается расписка в получении документов с указанием перечня и даты их получения регистрирующим органом. Расписка должна быть выдана в день получения документов регистрирующим органом. При поступлении в регистрирующий орган документов, направленных по почте, расписка высылается не позднее рабочего дня, следующего за днем получения документов регистрирующим органом, по указанному заявителем почтовому адресу с уведомлением о вручении.

После осуществления регистрации два экземпляра договора коммерческой концессии возвращаются заявителю, а третий хранится в регистрирующем органе.

При регистрации изменения договора коммерческой концессии в регистрирующий орган в дополнение к перечисленным выше документам так же представляется:

- три экземпляра изменений договора коммерческой концессии, подписанных сторонами;
- два экземпляра договора коммерческой концессии с отметкой о регистрации;
- при изменении договора коммерческой концессии в судебном порядке - копия акта судебного органа об изменении договора коммерческой концессии.

Таким образом, если предположить, что изначально договор коммерческой концессии подписан сторонами в трех экземплярах, а при внесении в него изменений<sup>24</sup> необходимо подать первично зарегистрированные договоры, это значит, что в течение срока регистрации изменений к договорам коммерческой концессии обе стороны, и правопладелец и пользователь, окажутся на протяжении 9 дней (в соответствии с

<sup>24</sup> Если на время подачи на регистрацию документов придется какие-либо официальные праздники, то указанный срок соответственно увеличится на праздничные дни.

порядком регистрация осуществляется в течение 5 рабочих дней, таким образом, к этому сроку необходимо добавить выходные дни, если документы поданы на регистрацию в середине недели) без документа, на базе которого были установлены и продолжают существовать правоотношения по использованию комплекса прав праволадельца. Безусловно такая ситуация усложняет работу правообладателя и пользователя, особенно если две стороны находятся в разных странах. Необходимо обратить внимание, что порядок регистрации договоров коммерческой концессии не предусматривает ответственности регистратора в случае утраты (утери или повреждения) представленных на регистрацию изменений первично зарегистрированных договоров. Непонятно с какой целью установлен такой жесткий порядок регистрации договоров коммерческой концессии. Исходя из этого, можно порекомендовать сторонам либо подписывать первичный договор коммерческой концессии в большем, нежели 3, количестве экземпляров, либо после проведенной регистрации снимать нотариальную копию с зарегистрированных договоров коммерческой концессии.

На представленных экземплярах первично зарегистрированного договора коммерческой концессии и изменений к нему, подписанных сторонами, а также на экземпляре договора коммерческой концессии, хранящегося в регистрирующем органе, проставляется указанный выше штамп.

Два экземпляра первично зарегистрированного договора коммерческой концессии и два экземпляра изменений к нему после простановки повторного штампа возвращаются заявителю, а третий экземпляр изменений договора коммерческой концессии хранится в регистрирующем органе.

Порядок не указывает, подлежат ли повторной подаче на регистрацию предыдущие зарегистрированные изменения в случае подачи очередных изменений. Очевидно, в связи с отсутствием специальных указаний об ином, а также отсутствием каких-либо запретов для регистрирующего органа требовать иных дополнительных документов, этот вопрос будет решаться регистрирующим органом на месте по своему усмотрению.

При регистрации прекращения договора коммерческой концессии в регистрирующий орган в дополнение к документам, указанным для регистрации, представляются три экземпляра соглашения о расторжении договора коммерческой концессии, подписанных сторонами и два экземпляра договора коммерческой концессии с отметкой о регистрации. При расторжении договора коммерческой концессии в судебном порядке вместо соглашения о расторжении договора коммерческой концессии представляется копия акта судебного органа о расторжении договора коммерческой концессии. На представленных экземплярах договора



коммерческой концессии и соглашения о расторжении договора коммерческой концессии, подписанного сторонами, а также на экземпляре договора коммерческой концессии, хранящегося в регистрирующем органе, проставляется соответствующий штамп.

Два экземпляра договора коммерческой концессии и два экземпляра соглашения о расторжении договора коммерческой концессии возвращаются заявителю, а третий экземпляр соглашения о расторжении договора коммерческой концессии хранится в регистрирующем органе.

Хотя описанная выше процедура регистрации договоров коммерческой концессии является очень громоздкой, она не является единственной. Как было указано нами выше, договоры коммерческой концессии также должны быть зарегистрированы в патентном ведомстве Российской Федерации. Процедура регистрации договоров коммерческой концессии установлена в Правилах регистрации договоров о передаче исключительного права на изобретение, полезную модель, промышленный образец, товарный знак, знак обслуживания, зарегистрированную топологию интегральной микросхемы и права на их использование, полной или частичной передаче исключительного права на программу для электронных вычислительных машин и базу данных.

Статья 1031 ГК Российской Федерации устанавливает, что правообладатель обязан обеспечить регистрацию договора коммерческой концессии. Роспатент устанавливает, что обеспечением регистрации договора должен заниматься патентообладатель или лицо, действующее от его имени по доверенности, в случае использования во франчайзинговой деятельности запатентованных объектов. Если по договору коммерческой концессии предоставляется право на использование товарного знака, то заявление подается правообладателем или пользователем или патентным поверенным, уполномоченным одной из указанных сторон.

Заявление подается согласно установленному образцу. К заявлению прилагается патент. Поданный в Роспатент договор проверяется на соответствие требованиям законодательства Российской Федерации, в частности проверяется наличие в договоре положений, относящихся к:

- определению сторон договора;
- предмету договора (номер патента, свидетельства на товарный знак или номер международной регистрации и т.д., в отношении которого заключен договор);
- объему предоставляемых исключительных прав (в частности, установлен ли минимальный и (или) максимальный объем использования, территория использования исключительных прав применительно к определенной сфере предпринимательской деятельности и срок действия договора, если договор заключен на срок).

В договоре коммерческой концессии обязательно должно быть положение об обязанности пользователя обеспечивать соответствие качества производимых им на основе договора товаров, выполняемых работ, оказываемых услуг качеству аналогичных товаров работ и услуг, производимых, выполняемых или оказываемых непосредственно правообладателем, и о том, что правообладатель будет контролировать выполнение этого условия. Отсутствие этого положения будет иметь следствием отказ Роспатента зарегистрировать договор коммерческой концессии.

Расторжение или изменение договора коммерческой концессии, если такое изменение касается наименования сторон, подлежит регистрации в Роспатенте. При регистрации расторжения или указанных изменений к заявлению прилагается патент на объект права интеллектуальной собственности, переданный в пользование, а также два зарегистрированных в Роспатенте оригинала договора коммерческой концессии с отметкой о регистрации. На представленных экземплярах договора коммерческой концессии, изменениях, внесенных в договор коммерческой концессии, соглашения о расторжении договора коммерческой концессии, а также на экземпляре договора коммерческой концессии, хранящегося в Роспатенте, проставляется отметка о регистрации, содержащая дату и номер регистрации. Два экземпляра договора коммерческой концессии, изменений, внесенных в договор коммерческой концессии, соглашения о расторжении договора коммерческой концессии, выдаются заявителю лично или отправляются ему почтой.

Сведения о зарегистрированных договорах коммерческой концессии и зарегистрированных изменениях, внесенных в зарегистрированный договор коммерческой концессии, вносятся, соответственно, в Государственный реестр изобретений Российской Федерации, Государственный реестр полезных моделей Российской Федерации, Государственный реестр промышленных образцов Российской Федерации, Государственный реестр товарных знаков и знаков обслуживания Российской Федерации.

В соответствующем официальном бюллетене Роспатента публикуются сведения о дате и номере регистрации договора; наименования сторон договора; его предмет и объем передаваемых прав.

#### 4. АРМЕНИЯ, ГРУЗИЯ, КАЗАХСТАН И УЗБЕКИСТАН

В первую очередь необходимо отметить, что в указанных странах франчайзинг регулируется посредством норм Гражданских кодексов, разработанных (за исключением кодекса Грузии) на основании Модельного ГК для стран СНГ.

Модельный ГК для стран СНГ определяет договор франчайзинга как комплексную предпринимательскую лицензию. Сторонами такого договора определены комплексный лицензиар и лицензиат.

Законодатели Узбекистана и Казахстана полностью следуют Модели как в трактовке договора франчайзинга через договор комплексной предпринимательской лицензии, так и в определении наименования сторон такого договора. Единственное отступление от Модели в ГК Узбекистана – это дополнительное наименование договора комплексной лицензии как договора о франшизинге.

Законодатели Армении, в отличие от Модели, определяют стороны как правообладателя и пользователя.

Никакого дополнительного регулирования, кроме предусмотренного в гражданских кодексах, законодательство этих стран не предусматривает.

#### 5. 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<sup>25</sup>, что франшиза в различных законах штатов определяется, в основном, двумя 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).

<sup>25</sup> Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York, 1997. –P. IV.II.8.

Типичным примером определения франшизы, как сбытовой системы, является определение, данное в Кодексе корпораций штата Калифорния<sup>26</sup>:

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

1) франчайзи 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 франчайзером; и

2) ведение предпринимательской деятельности франчайзи 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 франчайзера или его дочерних предприятий; и

3) франчайзи обязан уплатить, прямо или косвенно, франчайзинговый платеж”.

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

Подход к определению франшизы через общность интересов франчайзера и франчайзи избран законодателями Гавайев, 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) франчайзи 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 франчайзера;

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

3) франчайзи уплачивает прямо или опосредованно франчайзинговый платеж”<sup>27</sup>.

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,

<sup>26</sup> Uniform Law Review. UNIDROIT. 1985. Vol. 1.–P. 169.

<sup>27</sup> 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.

а Правилами о требованиях в отношении раскрытия и запретов, касающиеся франчайзинга и предприятий предпринимательских возможностей<sup>28</sup>, 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:

(а) термин “франшиза” обозначает любые длящиеся коммерческие правоотношения, созданные соглашением или соглашениями, которыми:

(1)(i)(A) лицо (далее именуемое франчайзи) предлагает, продает или сбывает лицу иному, чем франчайзер (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 франчайзер); или

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

(B)

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

2) франчайзер предоставляет значительную помощь франчайзи 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 франчайзи в продвижении товаров на рынок, при отсутствии помощи в других областях ведения предпринимательской деятельности, не будет представлять собой значительной помощи; или

<sup>28</sup> Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. Вступил в силу 21 июля 1979 г. 22 января 2007 г. в Правила были внесены существенные изменения, которые подлежали обязательному исполнению, начиная с 1 июля 2008 г.

(ii)(A) лицо (далее именуемое франчайзи) предлагает, продает или сбывает лицу иному, чем франчайзер (как далее определено) товары, продукты или услуги, которые:

1) поставляются иным лицом (далее франчайзер) или

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

(B) франчайзер

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

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

(3) указывает франчайзи 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, франчайзи обязан осуществить платеж или взять на себя обязанности осуществить платеж франчайзеру 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 могут участвовать не только франчайзер и франчайзи, но и иные лица, имеющие правоотношения с франчайзером.

Если на заре регулирования франчайзинга законодатели в США уделяли больше внимания к установлению требований по раскрытию информации, то с начала 90-х различные штаты приняли законодательные акты «О справедливом дилерстве», регулирующие прекращение (отказ от пролонгации, существенное изменение конкурентного окружения) франчайзинговых/дистрибьюторских правоотношений. За период с 1992 по 2007 год схожие акты были приняты в Висконсине (the Wisconsin Fair Dealership Law), Род-Айленде (Rhode Island Fair Dealership Act), Миннесоте, Небраске, Нью-Джерси и др. Всего схожие акты были приняты в 22 штатах, включая Пуэрто-Рико и Виргинские острова.

Акты о справедливом дилерстве покрывают не только франчайзинговые, но и иные правоотношения, определяя их через “общность интересов”. Так, например, Акты о справедливом дилерстве Род-Айленда и Висконсина применяются к:

- любому договору или соглашению (прямо выраженному, предполагаемому, устному или письменному), в соответствии с одно лицо предоставляет другому право: (i) продавать или сбывать товары или услуги, или (ii) использовать торговую марку, рекламирование или иные коммерческие символы, через которые видна общность интересов в предпринимательской деятельности по предложению, рекламированию, продаже или сбыту товаров или услуг.

Основной целью принятия указанных актов является предоставление в дополнение к общим нормам договорного права средств защиты франчайзи против несправедливого отношения к ним франчайзеров.

В соответствии с актом франчайзер, поставщик или производитель – лицо предоставляющее дилерство, должно уведомить дилера, как минимум, за 90 дней о любом событии, допущенном дилером нарушении, следствием которого может быть прекращение договора. Уведомление должно содержать полный перечень аргументов и оснований по прекращению договора и предоставить дилеру, как минимум, 60 дней для исправления допущенных им нарушений. Минимальный срок в размере 10 дней установлен для предоставления уведомления по денежным нарушениям (несвоевременная уплата сумм, подлежащих оплате). Если же дилер оказался несостоятельным, банкротом или осуществил уступку прав и обязанностей по договору в пользу кредитора, специальное уведомление о наступлении события по прекращению может вообще не предоставляться.

Акты указывают, что прекращение возможно только при наличии “существенного основания” (good cause). Единой концепции в определении этого понятия нет. Так, например, в штатах Делавэр и Виржиния определение наличия существенного основания для прекращения договора отдано судам.

Некоторые штаты, к которым относятся Миннесота, Небраска, Нью-Джерси, Пуэрто-Рико и Виргинские острова, устанавливают, что существенное основание для прекращения может базироваться только на невыполнении франчайзи существенных условий, установленных в договоре. В Пуэрто-Рико прекращение разрешено, если действия или бездействия франчайзи существенно нарушают интересы франчайзера при маркетинге и сбыте товаров или услуг.

Регулирование “существенного основания”, заложенное в актах Род-Айленда и Висконсина, рассматривается многими специалистами в области франчайзинга как наиболее ограничительное. Указанные акты под понятием “существенное основание” (good cause) для прекращения понимают либо: (i) недобросовестное отношение дилера к исполнению своих обязательств по договору дилерства, либо (ii) ненадлежащее исполнение дилером существенных и справедливых положений договора, не



являющихся дискриминационными по сравнению с требованиями, налагаемыми на других дилеров, осуществляющих схожую деятельность.

В основном же можно отметить, что в схожих актах большинства штатов не содержится таких жестких ограничений по определению «существенного основания», как в Род-Айленде и Висконсине. В основном «существенное основание» включает в себя невыполнение франчайзи законных положений договора франчайзинга.

Акт Висконсина прямо указывает, что прекращение договора возможно только при наличии существенного основания. Акты других штатов (например, Род-Айленда) даже не имея прямых указаний об этом, предполагают, что прекращение возможно лишь при наличии существенного основания.

Под прекращением или событием, следствием которого является прекращение, акты понимают как собственно прекращение, так и отказ франчайзера от заключения договора франчайзинга на новый срок, а также существенные изменения в конкурентном окружении, которые могут явиться основанием для прекращения договора. Включение в законодательный акт возможности прекращения договора франчайзинга на основании изменений в конкурентном окружении имело следствием огромное количество судебных дел по досрочному прекращению договоров франчайзинга, инициаторами которых выступили франчайзи.

Акты предоставляют франчайзи возможность не только досрочно прекратить договор франчайзинга, но также требовать компенсации убытков, включая уплаченные гонорары адвокатам. В случае инициативы франчайзера по прекращению договора франчайзинга, франчайзи вправе требовать выкупа франчайзером всего инвентаря по рыночной цене, если на таком инвентаре есть торговая марка франчайзера.

Многие штаты признают и в случае возникновения споров обязывают стороны выполнять оговорку договоров франчайзинга о запрете конкуренции между франчайзером и франчайзи, считая, что такая оговорка является справедливой и разумной и направленной на защиту интеллектуальной собственности франчайзера. Однако, в некоторых штатах, как, например, в Калифорнии<sup>29</sup>, использование таких оговорок запрещено.

Главной особенностью законов штатов США и Правил является то, что они не столько регулируют правоотношения сторон франшизы, сколько устанавливают

---

<sup>29</sup> Калифорнийский кодекс предпринимательства и профессий (California Business & Professions Code) в разделе 16600 содержит требование о запрете ограничения торговли. Верховный суд Калифорнии (California Supreme Court) в решении по делу *Edwards v. Arthur Andersen LLP*, вынесенном в сентябре 2008 г., единогласно постановил, что оговорки о запрете конкуренции являются недействительными в соответствии с законами штата.

определенные правила, в соответствии с которыми такая франшиза должна предлагаться франчайзером.

Так, законодательные акты некоторых штатов предусматривают обязательную регистрацию франшизы и направление соответствующих документов потенциальному франчайзи до предложения или до момента заключения договора франчайзинга. К таким штатам относятся штаты Вашингтон, Висконсин, Гавайи, Иллинойс, Индиана, Калифорния, Мэриленд, Миннесота, Нью-Йорк, Род-Айленд, Северная и Южная Дакота.

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

Законы штатов Кентукки, Мичиган, Небраска и Техас обязывают франчайзера 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 франчайзер должен сообщить франчайзи до подписания франчайзингового договора или франшизы.

Федеральные Правила о раскрытии также определяют перечень информации о франшизе, которая подлежит обязательному раскрытию (всего 24 категории). 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 франчайзера находится в штате с менее жестким регулированием, то франчайзер при предложении к продаже франшизы обязан следовать и требованиям закона данного штата и требованиям федеральных Правил.

Для упрощения обязанности франчайзера 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.

22 января 2007 г Правила о раскрытии были значительно изменены Федеральной торговой комиссией. Изменения касались как перечня информации, подлежащей раскрытию, так и временных требований по представлению такой информации, а также четких указаний по административным границам применения Правил. Измененные

Правила подлежат обязательному применению с 1 июля 2008г., за исключением случаев, когда первичные инвестиции франчайзи во франчайзинговое предприятие превышают 1 миллион долларов США; когда франчайзи рассматривается как финансово крупное предприятие, годовой оборот которого превышает 5 миллионов долларов на протяжении последних пяти лет; когда франшиза приобретает должностными лицами франчайзера, работающими в системе не менее 2 лет.

Новые Правила применяются только к франчайзинговым предприятиям, работающим на территории США.

Одним из изменений, которое относят к числу либерализующих отношения франчайзера и франчайзи, относят отмену требования о первой личной встрече. Теперь франчайзер может направить UFOC, по крайней мере, за 14 календарных дней до момента подписания франчайзи договора франчайзинга или уплаты последним каких-либо платежей в соответствии с этим договором. Ранее Правила требовали предоставления информации о раскрытии либо при первой личной встрече, либо за 10 рабочих дней до получения франчайзером каких-либо франчайзинговых платежей или заключения каких-либо договоров, относящихся к договору франчайзинга.

Также отменена норма о предоставлении франчайзи окончательной версии договора франчайзинга за 5 дней до его подписания. Отмена этой нормы значительно облегчила жизнь франчайзерам, осуществлявшим продажу франшизы через брокеров. Однако франчайзер должен предоставить окончательную версию договора, как минимум, за 7 рабочих дней до его подписания, если франчайзер вносил в договор какие-либо изменения или правки в одностороннем порядке. В случае внесения изменений в договор франчайзинга обеими сторонами во время процесса переговоров (т.е. в ситуации, когда франчайзи известны внесенные исправления), Правила не устанавливают каких-либо ограничений по времени подписания такого измененного договора.

Развитие информационных технологий нашло свое отражение в новых Правилах, которые разрешили франчайзеру предоставлять информацию о франшизе различными способами, включая электронный или через сайт франчайзера, или путем предоставления электронного сообщения, или на CD-ROM. Франчайзи должен иметь возможность хранить, загружать, печатать или иным образом поддерживать документ. Информация, предоставляемая в электронном виде, должна содержать данные об адресе электронной почты и сайте франчайзера.

Договор франчайзинга будет считаться заключенным, если он скреплен физическими подписями сторон, или с помощью кодов безопасности, паролей,

электронными подписями или иным способом, который позволит идентифицировать подписавшееся лицо.

К числу изменений, относящихся к содержанию раскрываемой информации можно отнести:

1. Обязательство франчайзера предоставить информацию обо всех судебных процессах против франчайзи. В соответствии с ранее существовавшими требованиями, франчайзер предоставлял информацию только по тем судебным процессам, в которых франчайзи подали встречные иски. Такая информация включает все судебные процессы, касающиеся франчайзинговых правоотношений и начатые в течение прошедшего финансового года, франчайзером или против него, материнской компанией франчайзера или против нее, если она вела обязательство гарантировать надлежащее исполнение франчайзером, или аффилированной компанией франчайзера или против нее, если она продавала франшизы под торговой маркой франчайзера или гарантировала.

2. В течение 60 дней по окончании финансового года франчайзера информирует франчайзи об имеющихся ассоциациях торговых марок, если такие ассоциации спонсируются, созданы или учреждены франчайзером.

3. Если франчайзи в течение последних трех лет подписывали оговорки о конфиденциальности, в соответствии с которыми существующим франчайзи запрещено раскрывать какую-либо информацию потенциальным франчайзи, франчайзер должен указать количество таких подписантов и описать обстоятельства, при которых такие оговорки были подписаны.

4. Франчайзеры теперь не обязаны раскрывать информацию о брокерах, продающих франшизы.

5. Требования по раскрытию информации об используемом программном обеспечении стали намного мягче. Ранее необходимо было представить много технических подробностей.

6. Значительно меньше информации подлежит раскрытию по материнским компаниям, если они не предоставляют гарантий надлежащего исполнения по обязательствам франчайзера или пост-продажных услуг.

7. Если франчайзер не предоставляет исключительных прав на территорию, он должен включить специальную оговорку в договор, в которой указать отсутствие исключительности и возможность конкуренции от иных каналов сбыта продукции.

8. Обязательство франчайзера по описанию своей политики продления договора франчайзинга, включая указание на необходимость заключения нового и возможно совершенно иного договора франчайзинга.

9. Франчайзер должен представить полную информацию обо всех франчайзинговых предприятиях, включая его собственные, вновь открытые и закрытые, и динамику их развития в течение последних 3 финансовых лет. Если франчайзер продает франчайзинговое предприятие, ранее принадлежавшее франчайзи, а теперь находящееся под его контролем, он обязан предоставить покупателю телефон каждого из предыдущих собственников этого предприятия за 5 последних лет, а также указать причину каждой из продаж этого предприятия;

10. Если какое-либо должностное лицо франчайзера имеет материальный интерес у одобренного поставщика, такая информация подлежит раскрытию.

11. Изменения к информации о раскрытии предоставляются в течение 120 дней, вместо ранее установленных 90, по окончании финансового года.

12. Франчайзер должен раскрыть информацию обо все платежах, осуществляемых поставщиками, аффилированными с франчайзером, в фонды по рекламе или ассоциации франчайзи по торговым маркам. Это требование не распространяется на платежи, уплачиваемые независимым рекламным агентствам.

13. Франчайзер должен предоставить франчайзи на изучение либо содержание операционного пособия, либо предоставить франчайзи возможность ознакомиться с таким операционным пособием о подписания договора франчайзинга. Как правило, франчайзер перед таким ознакомлением просит франчайзи подписать договор о сохранении конфиденциальности. Подписание такого договора не подпадает под правило 14 дней.

## 6. КАНАДА

В Канаде, в отличие от Соединенных Штатов, отсутствует регулирование франчайзинга на федеральном уровне. Более того, из десяти провинций Канады только провинции Альберта, Онтарио и Острова принца Эдварда имеют специальное франчайзинговое законодательство. Нью Брунсуик находится в процесс разработки франчайзингового законодательства. Провинция Квебек не имеет специального франчайзингового законодательства, однако ГК Квебека содержит положения общего применения, которые по природе схожи с требованиями франчайзингового законодательства.

Закон о предложении франшизы в провинции Онтарио (Franchise Disclosure Act<sup>30</sup>) был принят в 1999г., то законодательство провинции Альберта было принято 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.

Акт о франчайзинге провинции Острова Принца Эдварда был подписан королевским указом 7 июня 2005г., и вступил в силу 1 июля 2006г. В целом он соответствует Закону о предложении франшизы в провинции Онтарио.

Проект акта о франчайзинге провинции Нью Брунсвик прошел первое чтение в конце 2005 года, однако законодательный процесс не получил своего завершения и в этой провинции все еще не вступил в силу специальный акт о франчайзинге. Его отличие от законов Онтарио и Альберты заключается в наличии специальных положений по арбитражному разрешению споров между франчайзером и франчайзи.

Указанные акты определяют франшизу как право вступить в бизнес франчайзера, где франчайзи должен уплатить один или несколько платежей франчайзеру в ходе ведения бизнеса или как условие приобретения франшизы или начала операций. Франчайзи получает либо: право продавать товары или услуги, которые в значительной степени ассоциируются с торговой маркой франчайзера, если франчайзер или ассоциированные с ним предприятия имеют значительный контроль или предлагают значительную помощь в ведении франчайзи его предпринимательской деятельности; или презентационные или дистрибьюторские права продавать товары или услуги, поставляемые франчайзером или назначенными им поставщиками, если франчайзер (или иное назначенное им лицо) предоставляет услуги по размещению франчайзи.

В основу определения франшизы в Акте Альберты положено понятие “права участия франчайзи в определенных видах деятельности франчайзера”. Указанный подход при определении франчайзинга близок к подходу, который в США назван как “общность интересов” франчайзера и франчайзи. 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 франчайзи обязан уплатить прямо или косвенно франчайзинговый платеж в обмен на:

а) право участвовать в предпринимательской деятельности по предложению, продаже или сбыту товаров, произведенных, обработанных или сбываемых, или услуг, организованных и направляемых франчайзером, или

<sup>30</sup> Текст закона может быть найден в интернете на сайте: [www.ontla.on.ca/Documents/documents/index.htm](http://www.ontla.on.ca/Documents/documents/index.htm)

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

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

г) право участвовать в предпринимательской деятельности, в которой франчайзи полагается на франчайзера в поставке товаров или услуг, или

д) право набора новых франчайзи или субфранчайзеров, но за исключением контрактов, договоров или соглашений между производителями, или если франчайзером является Королева, королевское агентство или муниципальная корпорация”<sup>31</sup>.

Указанные выше законодательные акты устанавливают определенные требования в отношении регулирования франчайзинговых правоотношений. К основным из них относятся:

- обязательство добросовестного исполнения (fair dealing), налагаемое на обе стороны при исполнении ими договора франчайзинга;
- право франчайзи объединяться между собой в ассоциации;
- обязательство франчайзера раскрыть существенную, предписанную законом информацию о предлагаемой франшизе.

Обязательство исполнять договор добросовестно установлено в Гражданском кодексе провинции Квебек:

Стороны должны вести себя добросовестно как во время заключения сделки, так и во время ее исполнения или прекращения

Следует отметить, что законодательство других провинций несколько иначе трактует временные рамки осуществления принципа добросовестности сторонами. Так, в деле *Personal Service Coffee Corp v Beer* (2005) апелляционный суд Онтарио постановил, что обязательство добросовестного исполнения существует только во время исполнения договоров франчайзинга и не возникает до момента письменного оформления договора.

Хотя ГК провинции Квебек не содержит специальных норм, регулирующих франчайзинговые правоотношения, он содержит ряд норм, в соответствии с которыми

<sup>31</sup> Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT. Study LXVIII.–Rome.–April 1994. Franchises Act of Alberta, Canada. –P. 105.



франчайзер должен раскрывать информацию о предлагаемой франшизе и стороны должны исполнять свои обязательства в соответствии с договором добросовестно.

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

- 1) информация об опыте франчайзера, наименования директоров, основных партнеров и должностных лицах, управляющих компанией франчайзера;
- 2) данные обо всех судебных процессах, участником которых был франчайзер и которые имели хоть какое-то отношение к франшизе;
- 3) данные об имевших место судебных приговорах в отношении должностных лиц франчайзера;
- 4) информация об имевших место процедурах несостоятельности и/или банкротства франчайзера;
- 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 франчайзи, чтобы оно приобрело необходимое единообразие с франчайзинговой сетью;
- 8) данные о методах и размерах возможного финансирования со стороны франчайзера;
- 9) указание об ограничениях, возлагаемых на франчайзи в отношении продажи определенного вида товаров;
- 10) требования к франчайзи;
- 11) данные об уже имеющихся франчайзи;
- 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 франчайзером.

Франчайзер должен представить указанную информацию потенциальному франчайзи не позднее 14 дней до: подписания договора франчайзинга или любого иного договора, связанного с франшизой; или уплаты каких-либо платежей франчайзеру или ассоциированным с ним лицам.

Акты провинций Альберта, Нью Брунсуик и Острова принца Эдварда, в отличие от акта провинции Онтарио, исключают договоры о сохранении конфиденциальности и выборе местоположения предприятия из понятия франчайзинговый договор. Таким образом, подписание этих договоров не влияет на обязательство и сроки предоставления франчайзером информации о раскрытии.

В случае каких-либо существенных изменений в представленной информации франчайзер обязан предоставить потенциальному франчайзи как можно быстрее и в любом случае либо до подписания договора франчайзинга, либо до уплаты каких-либо платежей в соответствии с ним. Под существенным изменением понимается любое изменение в предпринимательской деятельности, операциях, уставном фонде или составе акционеров франчайзера или ассоциированных с ним предприятиях, франчайзинговой системе, которое может негативно повлиять на цену франшизы или решение, принимаемое потенциальным франчайзи по покупке франшизы.

Хотя законодательство Квебека и не содержит специальных требований по раскрытию информации, обязательство о добросовестном исполнении рассматривается судами как основание для возникновения обязательства у лица, владеющего определенной информацией, раскрыть существенные составляющие такой информации для принятия контрагентом решения о целесообразности заключения договора.

В случае несоблюдения франчайзером своей обязанности по предварительному раскрытию информации о франшизе, франчайзи имеет право подать на него иск за невыполнение требований законодательства, включая требование по расторжению договора и компенсации убытков.

Так, акты Нью Брунсвика, Онтарио и Острова принца Эдварда предоставляют франчайзи право расторгнуть договор без каких-либо негативных для него последствий, в случае: несвоевременного раскрытия информации, включая несвоевременное или неполное раскрытие информации по существенным изменениям; отсутствия представления информации о раскрытии. Если в первом случае нарушения закон устанавливает срок исковой давности в 60 дней, то во втором случае срок исковой давности составляет 2 года после подписания договора франчайзинга.

Если франчайзи воспользовался правом, предоставленным ему законом и расторг договор франчайзер должен в течение 60 дней выкупить у франчайзи инвентарь, поставки товаров и оборудования, закупленные в соответствии с франчайзинговым

договором по цене, уплаченной франчайзи, а также возратить денежные платежи, уплаченные франчайзи и компенсировать франчайзи разницу между убытками, понесенными франчайзи, и суммами, возвращенными франчайзером.

Хотя акт провинции Альберта имеет схожие положения по праву франчайзи расторгнуть договор, у франчайзера возникает не обязательство по выкупу инвентаря и оборудования, поставленного франчайзи, а обязательство компенсировать франчайзи понесенные последним убытки при приобретении оборудования и вхождении во франчайзинговый бизнес.

Так, например, в деле *Payne Environmental Inc v Lord and Partners Ltd* истец франчайзи инициировал иск против франчайзера через 23 месяца после заключения договора франчайзинга. *Payne Environmental Inc* указал, что франчайзер не предоставил информации о раскрытии в соответствии с законодательством провинции Онтарио и отказал ему в его праве расторгнуть договор франчайзинга, хотя это право предусмотрено действующим законодательством. Суд удовлетворил требования франчайзи и расторг договор франчайзинга и обязал франчайзера соблюсти все требования законодательства по выкупу инвентаря и компенсации убытков.

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

Включение в договор франчайзинга положений о предоставлении исключительных прав на территорию или заключения договоров с назначенными поставщиками подлежит корректировке в соответствии с Актом о конкуренции Канады, который запрещает значительное уменьшение конкуренции или использование монопольного положения. Положения договоров франчайзинга о предоставлении франчайзи права работать только с потребителями с определенной территории рассматриваются как противоречащие законодательству о конкуренции и, вследствие этого, недействительные.

Установление или диктат франчайзером цен при перепродаже его товаров или услуг франчайзи запрещены. Франчайзер лишь может рекомендовать минимальные розничные цены, указывая их на упаковке товаров. Однако франчайзер может устанавливать максимальные цены продажи, если это прямо указано в договоре франчайзинга.

Акт о конкуренции устанавливает запрет для франчайзеров дискриминировать франчайзи посредством ценовой политики. Другими словами, скидки, устанавливаемые франчайзером, должны быть доступными всем франчайзи в его франчайзинговой сети.

Оговорки о запрете конкуренции, как правило, признаются судом недействительными.

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.)

## 7. ЕВРОПЕЙСКИЙ СОЮЗ

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 Союзе. Можно сказать, что до 1978 года в Европейском Сообществе такой феномен как франчайзинг вообще не принимался во внимание. Доказательством тому является одно из положений отчета Европейской Комиссии<sup>32</sup>:

“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

---

<sup>32</sup> 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 над 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<sup>33</sup>.

Так как поводом для начала регулирования франчайзинга в рамках ЕС явилась угроза нарушения именно антимонопольного законодательства, то было бы целесообразно более подробно становиться на рассмотрении норм этого законодательства. Это тем более интересно, что в основе установленного регулирования франчайзинга в Украине лежат именно нормы, взятые из антимонопольного законодательства ЕС. Стремление Украины гармонизировать свое законодательство с законодательством ЕС вытекает из ее обязанностей по Договору о партнерстве и сотрудничестве между Европейским сообществом, его странами членами и Украиной<sup>34</sup>.

Статья 85<sup>35</sup> Договора об учреждении Европейского Экономического Сообщества, вступившего в силу в 1958г., широко известного как Римский договор, является одной из основополагающих статей антимонопольного законодательства ЕС. Данная статья, ссылаясь на которую сейчас указывают ее номер 81, 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.

*Постановление  
17/62*

<sup>33</sup> Studies Series. Series Commerce and Distribution. –No. 5.– Brussels. –March, 1978.

<sup>34</sup> 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 обуславливает 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 обязанности по такому постепенному сближению. Часть 2 статьи 51 Договора выделяет приоритетные для сближения области, среди которых важное место занимает антимонопольное законодательство.

<sup>35</sup> 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.

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 81 Римского Договора был предусмотрен в Постановлении Совета<sup>36</sup> № 17 от 6 февраля 1962 года<sup>37</sup>, далее Постановление № 17/62. Данное Постановление установило определенную процедуру проверки договоров между субъектами предпринимательской деятельности на предмет нарушения ими положений статей 81 или 82 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 81(3). Если в результате прохождения такими субъектами специальной процедуры, Комиссия приходит к выводу, что 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 81(1), но имеют также преимущества, предусмотренные статьей 81(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<sup>38</sup>.

Постановление № 17/62 не только устанавливает специальные процедуры исследования сбытовых договоров на предмет нарушения ими норм антимонопольного

---

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Постановление было дополнено в 1987 г.

<sup>38</sup> Процедура получения “индивидуального освобождения” и подачи необходимых для этого документов подробно регламентируется Постановлением Комиссии № 3385/94 от 21 декабря 1994 г., которое заменило собой Постановление Комиссии № 27 от 3 мая 1962 г. Право предоставления индивидуального освобождения от действия статьи 85(1) предоставлено исключительно Европейской Комиссии, решение которой может быть пересмотрено только Судом Справедливости Сообщества.

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;

в) 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 81(1) или наличие оснований, которые разрешают распространить на заявленное соглашение положения статьи 81(3).

Огромное количество уведомлений, направляемых в рамках Постановления № 17/62<sup>39</sup> стало причиной принятия Постановления Совета № 19 от 2 марта 1965 года, в дальнейшем, Постановление № 19/65 о применении статьи 81(3) Договора к определенным категориям договоров.

<sup>39</sup> С момента вступления в силу Постановления 17/62 до момента принятия Постановления 19/65 поступило более 30 000 уведомлений.



Постановлением № 19/65 Совет уполномочил Европейскую Комиссию освобождать некоторые виды договоров от действия статьи 81(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;
- 2) одна сторона обязывается покупать определенные товары для перепродажи только у другой стороны;
- 3) две стороны договариваются о выполнении обязанностей, 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).

*Уведомление  
Комиссии о  
соглашениях  
второстепенного  
значения*

Для реализации положений Постановления № 17/62 важную роль сыграло также Уведомление Комиссии о соглашениях второстепенного значения<sup>40</sup>. 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 соглашения 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

*Постановление  
17/65*

<sup>40</sup> Уведомление было издано Комиссией 27.05.70 г. Позже оно дополнялось в 1977 г., 1986 г. и 1997г.

2) соглашение заключено между малыми и средними предприятиями. Малое и среднее предприятие определено как предприятие, количество занятых на котором не превышает 250 человек, балансовая стоимость которого не превышает 27 млн. евро или годовой оборот которого составляет менее 40 млн. евро.

*Отношение  
Комиссии к  
франчайзингу*

Соглашения, отвечающие критериям de minimis, не подпадают под действие положений статьи 81(1) Договора и не нуждаются в прохождении 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<sup>41</sup> 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 81 Договора, спрашивающийся интересовался у Комиссии не пришло ли время «положить конец правовой неопределенности, преобладающей в этой области, путем опубликования четкой политики»<sup>42</sup>.

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 (франчайзером), и одной или несколькими фирмами, которые становятся пользователями франшизы. Это позволяет им пользоваться торговым наименованием франчайзера, его торговой маркой, другими отличительными символами, а также ноу-хау, что дает им возможность 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Письменный вопрос 1694/79, заданный г-ном Бомором (Mr. Beumer) (11 февраля 1980 г.).

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 81(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».<sup>43</sup>

Второй вопрос гласил:

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

б) 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?

в) были ли предприняты какие-либо усилия или сейчас рассматривается вопрос гармонизации существующего национального законодательства путем внесения Постановления Комиссии или кодекса поведения международного франчайзинга?»<sup>44</sup>

Отвечая на это вопрос, Комиссия указала, что исследование, которое упоминается Уважаемым Членом, было подготовлено подгруппой о кооперации между фирмами рабочей группы по торговле и сбыту, которое было сделано

<sup>43</sup> J.H.Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999.

<sup>44</sup> Письменный вопрос 231/80, заданный г-жой Флеш (Mrs. Fleisch) (11 апреля 1980 г.)

правительственными экспертами из различных министерских департаментов, связанных с торговлей в государствах-членах.

Дело  
*Pronuptia*

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 1979г. Впоследствии Президент Европейской франчайзинговой федерации подтвердил Комиссии, что Кодекс был официально одобрен всеми национальными ассоциациями членами 29 февраля 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”<sup>45</sup>.

Несмотря на эти два ответа никакого решения Комиссии в отношении франчайзинговых договоров принято не было. Ситуацию изменило решение Суда справедливости<sup>46</sup> по делу *Pronuptia*<sup>47</sup>. Так как это дело приводится в качестве примера во многих монографиях, посвященных франчайзингу<sup>48</sup>, 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 франчайзи, г-же Шилгалис (*Schillgalis*) на три отдельных 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, франчайзи основывал свою позицию на том, что

<sup>45</sup> J.H.Pratt. *Franchising. Law and Practice*. Sweet & Maxwell. –London. 1999

<sup>46</sup> 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.

<sup>47</sup> Выдержки по делу приведены в Приложении 3

<sup>48</sup> L. Peters, M. Schneider. *The franchising contract*. *Uniform Law Review*. UNIDROIT, 1985, Vol 1; J. Goyder. *EC Distribution Law*. John Wiley & Sons. 2<sup>nd</sup> ed., 1996; J.H.Pratt. *Franchising. Law and Practice*. Sweet & Maxwell. London. 1999.

франчайзинговый договор является недействительным и не подлежащим исполнению в связи с нарушением статьи 81(1) Римского договора.

Договор предоставлял франчайзи право пользования торговой маркой франчайзера на определенных территориях, а также право получения постоянной помощи и рекомендаций по всевозможным аспектам ведения предпринимательской деятельности. Франчайзер взял на себя обязанности не открывать своих магазинов на закрепленных за франчайзи территориях и не использовать на этих территориях других способов поставки товаров третьим лицам. Указанные обязанности включали в себя запрет для франчайзера предоставлять право пользования торговой маркой на этих территориях другим лицам.

Франчайзи со своей стороны обязался:

- 1) уплачивать франчайзеру 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 франчайзера;
- 4) приобретать минимум 80% продаваемого товара у франчайзера, а оставшуюся разницу у поставщиков, одобренных франчайзером;
- 5) сотрудничать с франчайзером по вопросам рекламы;
- 6) не конкурировать с франчайзером 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 франчайзера.

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.<sup>49</sup>

Федеральный Верховный суд поставил перед Судом справедливости три вопроса:

1. Применяется ли статья 81(1) Договора о создании ЕЭС к франчайзинговым соглашениям?
2. Применяется ли блоковое освобождение по соглашениям об исключительном дилерстве к франчайзинговым соглашениям?

---

<sup>49</sup> Римский договор предполагает возможность для судей национальных судов запрашивать Суд справедливости о предварительном судебном решении по интерпретации или действительности законодательства Сообщества.

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 франчайзера 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 81(1), указав при этом, что: 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 франчайзера. Такая система, позволяющая франчайзеру получать прибыль от достигнутого им успеха, не может повредить конкуренции<sup>50</sup>.

Подытоживая свое исследование франчайзинговых отношений, Суд справедливости вынес решение, что статья 81(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<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> J.H.Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999. Европейский Суд справедливости.—Дело. 161/84.— 28 января 1986 г.—Параграф 15.

<sup>51</sup> J.H.Pratt. Franchising. Law and Practice. Sweet & Maxwell. London. 1999. Европейский Суд справедливости.—Дело. 161/84.— 28 января 1986 г.—Параграф 13.

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 франчайзи предлагает услуги под знаками и торговым наименованием или даже торговой маркой франчайзера и следует указаниям франчайзера; производственные франчайзинговые соглашения, по которым франчайзи самостоятельно производит товары в соответствии с инструкциями франчайзера, продает эти товары под торговой маркой франчайзера; и, наконец, дистрибьюторские франчайзинговые соглашения, по которым франчайзи ограничивает себя продажей товаров в магазинах, носящих марку франчайзера<sup>52</sup>.

В деле Pronuptia Суд имел дело именно с дистрибьюторским франчайзинговым соглашением. Суд указал на два аспекта, свойственных франчайзинговым соглашениям, которые не нарушают статью 81(1) Римского договора.

Первый аспект - это защита ноу-хау франчайзера: во-первых, франчайзер должен иметь возможность передать свое ноу-хау франчайзи, 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<sup>53</sup>.

Суд указал на два вида положений, необходимых для защиты ноу-хау франчайзера. Первый, запрет франчайзи 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, обязанностей франчайзи не продавать свой магазин без предварительного согласия франчайзера.

Второй аспект – это сохранение репутации и схожести сбытовой сети франчайзера. Франчайзер должен иметь возможность предпринять необходимые меры для сохранения схожести и репутации сбытовой сети, которая символизируется с определенной торговой маркой<sup>54</sup>.

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

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

<sup>52</sup> Там же.

<sup>53</sup> Там же. – Параграф 16.

<sup>54</sup> Там же. – Параграф 17.



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

в) специфические требования в отношении места нахождения магазина;

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

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

е) получение франчайзи предварительного одобрения франчайзера 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 81(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 франчайзером и франчайзи или между самими франчайзи, что может предотвращать конкуренцию между ними. В частности, Суд обратил внимание на положение, которое обязывало франчайзи 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 франчайзером и франчайзи 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 франчайзи исключительную территорию и обязывающие его торговать только из определенных

точек, представляют собой “закрытую” систему и, таким образом, нарушают статью 81(1). С другой стороны, Суд также понимал, что потенциальный франчайзи 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 франчайзера или других франчайзи. Вследствие этого, оговорки, предоставляющие территориальную защиту и нарушающие статью 81(1) должны также рассматриваться и с точки зрения статьи 81(3). В деле Pronuptia Суд не рассматривал франчайзинговое соглашение с точки зрения статьи 81(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<sup>55</sup> по франчайзинговым соглашениям. Это были решения по Yves Rocher<sup>56</sup>, Pronuptia<sup>57</sup>, Computerland<sup>58</sup>, Service Master<sup>59</sup> и Charles Jourdan<sup>60</sup>.

Принимая во внимание все большее развитие франчайзинговых отношений, а также руководствуясь правом, предоставленным ей Постановлением 19/65, Европейская Комиссия приняла Постановление<sup>61</sup> № 4087/88<sup>62</sup> 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 в Модельном гражданском кодексе для стран СНГ и, как следствие, в гражданских кодексах России, Белоруссии и Украины, остановимся более детально на его изучении.

*Постановление  
4087/88*

<sup>55</sup> Решения Европейской Комиссии являются обязательными только для стороны, которой они адресованы.

<sup>56</sup> 87/14/ЕЕС от 17.12.1986 [1987] Official Journal (O.J.) L8/49.

<sup>57</sup> 87/17/ЕЕС от 17.12.1986 [1987] Official Journal (O.J.) L13/39.

<sup>58</sup> 87/407/ЕЕС от 13.07.1987 [1987] Official Journal (O.J.) L222/12.

<sup>59</sup> 88/604/ЕЕС от 20.08.1988 [1987] Official Journal (O.J.) L332/38.

<sup>60</sup> 89/94/ЕЕС от 2.12.1988 [1987] Official Journal (O.J.) L35/31.

<sup>61</sup> Любое Постановление, одобренное Комиссией или Советом, прямо применяется в Государствах Членах ЕЭС. Постановления являются частью национального законодательства и автоматически являются обязательными для Государств Членов, 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.

<sup>62</sup> O.J. L359/46, [1988].

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 франчайзера и франчайзи между собой в отношении предоставления в пользование франшизы. Вследствие этого в Постановлении отсутствуют нормы, направленные на раскрытие франчайзером информации о предлагаемой франшизе. Фактически, эта обязанность франчайзера 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 ЕС, или работающими на рынке ЕС, 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:

“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, франчайзер, предоставляет другому, франчайзи, в обмен на прямое или косвенное финансовое вознаграждение, право эксплуатировать франшизу для целей сбыта определенных товаров и/или услуг. Оно включает, по крайней мере, обязанности, касающиеся:

- использования общего наименования или магазинного символа и единообразную презентацию контрактных помещений и/или транспортных средств;
- передачу франчайзером франчайзи ноу-хау;
- постоянное предоставление франчайзером франчайзи 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 франчайзи запрещено было получать товары, эквивалентные по качеству товарам франчайзера, от других лиц, входящих в сбытовую сеть франчайзера;

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

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

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

6) в котором франчайзи 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 франчайзи;

- признание таких прав действительными только на территории, определенной франчайзером;
- запрет продажи для франчайзи товаров или предоставления услуг, конкурирующих с товарами или услугами франчайзера;
- разрешение франчайзи получать товары только у франчайзера или членов его сбытовых сетей.

Под предоставлением исключительных прав франчайзи на определенной территории Постановление понимало исключительное право франчайзи продавать товары или услуги на определенной сторонами территории. Право исключительности состояло в том, что ему противостояла обязанность третьих лиц и франчайзера не продавать аналогичные товары под той же самой маркой на предоставленной франчайзи территории. Как уже было отмечено выше, предоставление исключительных прав создавало франчайзи более благоприятные условия ведения бизнеса с точки зрения конкуренции. Вместе с тем, франчайзи 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<sup>63</sup> франчайзинговые соглашения, т.е. генеральному франчайзи запрещено было заключать франчайзинговые соглашения с третьими лицами вне договорной территории.

Исключительные права франчайзи были действительны только в пределах территории, определенной сторонами в франчайзинговом соглашении. Размер такой территории мог включать как административные территории определенной страны-члена ЕС, территории нескольких стран-членов ЕС, так и определенные категории потребителей.

Запрет франчайзи продавать товары или предоставлять услуги, конкурирующие с товарами или услугами франчайзера, с точки зрения Постановления был направлен на защиту прав промышленной или интеллектуальной собственности франчайзера. Отсутствие у франчайзера 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,

<sup>63</sup> В международной терминологии такие соглашения принято называть мастер франчайзинговыми соглашениями

запасные части или дополнительные услуги для товаров или услуг, являющихся предметом франшизы.

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

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

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

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 обязанностей франчайзи использовать обычное наименование или логотип франчайзера и оформлять договорные помещения и/или транспортные средства в соответствии с единообразными стандартами, установленными франчайзером;
- обязанностей франчайзера передать франчайзи ноу-хау;
- обязанностей франчайзера предоставлять франчайзи 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 франчайзи исполнял функции франчайзера.

Постановление разрешало сторонам франчайзингового соглашения ограничивать право франчайзи по выбору местонахождения помещения, из которого будет эксплуатироваться франшиза, т.е. стороны уже в самом франчайзинговом соглашении указывали адрес такого помещения. Такое помещение называется договорным. В случае необходимости сменить договорные помещения, франчайзи обязан получить у франчайзера специальное разрешение на это. Изменение места нахождения договорных помещений без разрешения франчайзера 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 франчайзера были выделены:

- всесторонняя охрана исключительных прав франчайзи. Такая охрана подразумевала запрет для франчайзера 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 франчайзи от посягательств третьих лиц;

- всемерное способствование франчайзи в эксплуатации предмета франшизы. Эта обязанность франчайзера предполагала постоянное проведение семинаров или технических тренингов для персонала франчайзи, 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 франчайзера, он обязан был предоставить франчайзи разрешение перенести такие договорные помещения в новое согласованное место;

- если финансовое положение или сложившиеся обстоятельства вынуждали франчайзи 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 франчайзера, на единообразие и репутацию франчайзинговой сети и третье лицо удовлетворяло требованиям франчайзера, то последний обязан был предоставить свое согласие на переуступку прав и обязанностей франчайзи третьему лицу.

К числу прав франчайзера Постановление 4087 относило:

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

- получение от франчайзи 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) франчайзи цену реализуемых товаров или услуг. Указанное право подразумевало возможность для франчайзи не следовать рекомендациям франчайзера относительно цены реализуемых товаров или услуг.

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

1. Обязанность эксплуатировать франшизу только в договорных помещениях. Эта обязанность обусловлена, во-первых, договоренностями сторон, а во-вторых, необходимостью для франчайзера 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 франчайзера, 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 франчайзи у других лиц.

4. Всемерная защита прав промышленной или интеллектуальной собственности франчайзера. Если франчайзи становилось известно о нарушении этих прав франчайзера, он обязан был немедленно уведомить последнего об этом, а также предпринять юридические действия против нарушителей или способствовать франчайзеру в проведении им таких юридических действий против нарушителей.

5. Обязанность поддерживать единообразие и репутацию франчайзинговой сети. Указанное обязанностей включало в себя целый ряд дополнительных обязанностей и, в частности:

- продавать или использовать в ходе предоставления услуг только товары, соответствующие минимальным объективным критериям, установленным франчайзером;

- продавать или использовать в ходе предоставления услуг товары, которые произведены исключительно франчайзером 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 франчайзера.

- запрет для франчайзи конкурировать с членами франчайзинговой сети, включая франчайзера, после прекращения франчайзингового соглашения на договорной территории в течение не менее одного года. Установление сторонами франчайзингового соглашения более длительных сроков запрета конкуренции могли повлечь за собой нарушение антимонопольного законодательства ЕЭС;

- не приобретать долей такого размера в капитале конкурирующих компаний, которые предоставили бы возможность франчайзи влиять на экономическое поведение такого предприятия;

- информирование потребителей, что франчайзи является независимым от франчайзера юридическим лицом, что, однако, не должно нарушать установленного единообразия франчайзинговой сбытовой сети;

6. Продавать товары, являющиеся предметом франшизы, только конечным потребителям, другим франчайзи и другим сбытовикам из других сбытовых сетей франчайзера. Эта обязанность франчайзи в соответствии с Постановлением 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<sup>64</sup> товарооборота товаров или услуг франчайзера, планировать свои заказы товаров у франчайзера заранее, хранить минимум товаров на складе для проведения обмена некачественных товаров, предоставлять текущий и гарантийный ремонт продаваемым товарам. Если франчайзи по условиям соглашения обязан был предоставлять гарантийное и потребительское обслуживание товаров франчайзера, такое гарантийное и потребительское обслуживание должно было предоставляться также и на товары, получаемые франчайзи от других членов сбытовой сети франчайзера.

8. Уплачивать франчайзеру оговоренную часть расходов на рекламу и самостоятельно рекламировать товар. При самостоятельном рекламировании товара франчайзи обязан был получить согласие и одобрение франчайзера на такую рекламу.

9. Не раскрывать третьим лицам ноу-хау, предоставленное франчайзером. Данное обязательство должно было соблюдаться франчайзи даже после прекращения франчайзингового соглашения. Стороны были вправе оговорить, что

---

<sup>64</sup> Стороны вправе согласовать с соглашением нижнюю и/или верхнюю границы желательного товарооборота.

конфиденциальность ноу-хау может быть срочной (стороны согласовывают конкретный срок) или бессрочной.

10. Информировать франчайзера о практическом опыте, приобретенном при эксплуатации франшизы, и предоставлять ему и другим франчайзи неисключительную лицензию на ноу-хау, являющееся результатом такого практического опыта.

11. Посещать курсы, проводимые франчайзером.

12. Применять коммерческие методы, разработанные франчайзером, включая последующую модификацию таких методов.

13. Следовать стандартам франчайзера в отношении оборудования и оформления договорных помещений и/или транспортных средств.

14. Предоставлять возможность франчайзеру совершать проверки договорных помещений, продаваемых товаров или предоставляемых услуг, включая проверку бухгалтерской и инвентарной отчетности франчайзи.

15. Не изменять без разрешения франчайзера место нахождения договорных помещений.

16. Не уступать своих прав и обязанностей по франчайзинговому соглашению третьим лицам без согласия франчайзера.

Перечень прав франчайзи, 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 франчайзером франшизы, является 2 года;

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

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

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

Постановление также не оговаривало формы и размера выплаты компенсации франчайзеру 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 франчайзи и франчайзер, 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<sup>65</sup> № 2790/1999 от 22 декабря 1999 года “О применении статьи 81(3) Договора к вертикальным договорам и договоренностям”<sup>66</sup>. 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 накладываться 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

*Постановление  
2790/1999*

потолок не могут определять точную или минимальную цену, по которой сбытовик будет в дальнейшем перепродавать товары или услуги. Новацией в этом положении Постановления является разрешение для поставщика устанавливать ценовой потолок. По Постановлению 4087 франчайзер 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

<sup>65</sup> Следует отметить, что это Постановление заменило также ряд других постановлений, касающихся сбытовых договоров. Это касается Постановлений 1983/1983. Постановления 1984/1983 и др.

<sup>66</sup> <http://www.eur.com>.

положение не касается права поставщика включить 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.

## 8. ФРАНЦИЯ

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<sup>67</sup>. 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 преддоговорным отношениям сторон, которые предусматривают передачу одной стороной другой стороне исключительного 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, франчайзер<sup>68</sup> обязан представить потенциальному франчайзи специальную информацию о франшизе, как минимум, за 20 дней до подписания франчайзингового соглашения, а во-вторых, эта информация должна содержать такие исчерпывающие данные о предложенной франшизе, которые позволили бы другой стороне принять осмысленное решение.

<sup>67</sup> Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc.–New York, 1997. –P. IV.IV.38.

<sup>68</sup> В настоящей книге мы используем термины франчайзер/франчайзи, хотя, в законе речь идет о лицах, которые, с одной стороны, передают, а с другой принимают право пользования знаками, наименованиями и т.п.

Не предоставление необходимой информации потенциальному франчайзи в предусмотренные сроки влечет за собой административную (наложение на франчайзера 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<sup>69</sup>.

## 9. ИСПАНИЯ

В Испании при заключении франчайзинговых соглашений стороны руководствуются законом 7/1996 от 15 января 1996 “Положение о розничной торговле” и Постановлением “О создании реестра франчайзеров” от 13 ноября 1998, которое было утверждено королевским указом 2485/1998, позднее дополненным указом 419/2006.

Постановление “О создании реестра франчайзеров” содержит нормы не только касающиеся регистрации франчайзеров и определяющие органы, осуществляющие такую регистрацию, а также определяет объем информации, которую должен получить франчайзи 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<sup>70</sup>.

Новая редакция постановления “О реестре франчайзеров” была утверждена королевским указом 419/2006, который вступил в силу 17 мая 2006. Новое постановление содержало ряд дополнительных требований по предоставлению информации, а также внесло некоторые изменения в определение договора франчайзинга.

<sup>69</sup> 10 февраля 1998 г. Верховным судом Франции по делу ED Le Maraicher было принято решение, противоположное позиции автоматической недействительности франчайзингового договора в случае не представления 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.

<sup>70</sup> Gonzallo de Ulloa. Spain: New Register of Franchisors. International Journal of Franchising and Distribution Law.– Vol.– 1, 1999.– Issue 2. – P. 169-171.

Предпринимательской деятельностью во франчайзинге считается любая деятельность, осуществляемая в соответствии с договором, по которому компания (франчайзер) передает другой компании (франчайзи) в пределах территории определенного рынка в обмен на финансовую компенсацию (прямую, опосредованную или и ту и другую) право использовать франшизу для предпринимательской или коммерческой деятельности, которую уже осуществляет франчайзер, имеющий достаточный опыт и успех, и сбывать определенные товары и услуги. Франчайзи могут принимать участие в:

- использовании общего наименования и символов или других объектов права интеллектуальной и промышленной собственности, а также одинаковом оформлении помещений и транспортных средств в соответствии с договором;
- получении от франчайзеров технических знаний и ноу-хау, которые должны быть существенными, ценными и уникальными;
- получении от франчайзера коммерческой и технической поддержки в течение срок действия договора.

Постановление четко определяет перечень договоров, не относящихся к числу франчайзинговых. Это договоры:

1) коммерческой концессии или исключительные дистрибьюторские договоры, по которым компания приобретает брендированные товары на основании определенных условий у другой компании. Перепродает эти товары на определенных условиях и предоставляет пост-продажное обслуживание конечным потребителям;

2) производственной лицензии;

3) права использовать торговыми марками на определенной территории, знаками и коммерческими символами;

4) передачи технологий.

Для регистрации в реестре франчайзер в обязательном порядке предоставляет:

- полные данные о себе, включая адрес, номер регистрации в реестре компаний и организаций, номер регистрации в налоговых органах;

- вид прав интеллектуальной и промышленной собственности, передаваемых по договору франчайзинга, включая данные о номере свидетельства или патента на такие объекты интеллектуальной собственности и сроки действия свидетельств и патентов, наличие судебных процессов в отношении указанных объектов;

- описание франчайзинговой деятельности, включая данные о количестве франчайзи в сети, регионах, опыте и сроках эксплуатации франшизы, количестве и наименовании франчайзи, которые прекратили свое участие во франчайзинговой сети;



- права и обязанности сторон договора франчайзинга, условия прекращения и продления договора, а также положения, ограничивающие права сторон договора.

В процессе регистрации франчайзер может предоставить дополнительную информацию. Хотя ее примерный перечень описан в постановлении, он не является исчерпывающим.

Зарегистрированные франчайзеры обязаны уведомлять реестр:

- о любых изменениях, произошедших в наименовании или адресе, виде объектов интеллектуальной собственности в течение 3 месяцев с момента таких изменений;
- прекращении договоров франчайзинга немедленно после их прекращения;
- ежегодно в январе о количестве созданных или прекращенных в прошедшем году франчайзинговых предприятий, как контролируемых франчайзером, так и франчайзи;
- ежегодно в январе заявление о соответствии данных, содержащихся в реестре реальной ситуации во франчайзинговой сети.

В Испании, как и в других странах ЕС, франчайзинговые договоры регулируются антимонопольным законодательством, включая Постановление 2790 и королевский указ 378/2003 о блоковых изъятиях от 16 апреля 2003г.

Указ рассматривает как такие, которые не нарушают антимонопольного законодательства, договоры между двумя и более компаниями, работающими на разных производственных и сбытовых уровнях сети, в соответствии с которыми стороны могут приобретать, продавать или перепродавать определенные товары и услуги, если такие договоры на местном рынке не нарушают положений Постановления 2790. Как правило, к таким договорам относятся и франчайзинговые.

## 10. ИТАЛИЯ

Франчайзинговые правоотношения в Италии регулируются законом “О франчайзинге” 129/2004, который вступил в силу 25 мая 2004 г.

В соответствии с законом:

франчайзинг представляет собой особый вид договорных отношений между двумя независимыми субъектами, в соответствии с которыми франчайзер в обмен на вознаграждение предоставляет франчайзи пакет промышленной и интеллектуальной собственности, включая торговые марки, торговое наименование, символы для магазинов, промышленные модели, дизайн, авторские права, ноу-хау, патенты и техническое и коммерческое содействие и консультирование.

Закон устанавливает императивные требования к форме и содержанию договоров франчайзинга. Договор франчайзинга должен иметь письменную форму, иначе он будет признан недействительным в связи с пороком формы.

Если договор заключается на определенный срок, такой срок должен составлять не менее 3 лет, что позволит франчайзи в течение этого срока амортизировать его инвестиции во франчайзинговое предприятие.

К числу положений, подлежащих обязательному освещению в договоре относятся:

- сроки внесения и размер расходов франчайзи в свое предприятие для приобретения им необходимого единообразия с франчайзинговой сетью;
- размер, порядок и сроки уплаты роялти, а также минимальный товарооборот франчайзи;
- наличие исключительных прав на территорию;
- описание ноу-хау франчайзера и возможности для франчайзи улучшить такое ноу-хау;
- описание услуг, предоставляемых франчайзером как техническое и коммерческое содействие франчайзи, предоставление обучающих курсов;
- условия продления, прекращения и уступки договора.

Статья 6 закона указывает на обязанность франчайзера действовать добросовестно и лояльно по отношению к франчайзи на преддоговорной стадии. Эта норма повторяет ГК Италии, обязывающий стороны договоров действовать по отношению друг другу добросовестно. Франчайзер, как минимум, за 30 дней до подписания франчайзи договора должен предоставить ему информацию такого характера:

- полную информацию о себе, включая данные об акционерах или учредителях, а также по просьбе франчайзи финансовую отчетность за последние три года;
- документы, подтверждающие наличие торговых марок и их регистрацию, а также количество выданных на них лицензий;
- описание существенных характеристик франчайзинговой системы;
- список всех членов франчайзинговой сети, включая предприятия франчайзи и самого франчайзера;
- изменение в составе франчайзи и месте нахождения франчайзинговых предприятий за последние три года ли с начала франчайзинговой активности, если сеть существует менее трех лет;

- описание всех судебных процессов инициированных за последние три года против франчайзера членами франчайзинговой сети, третьими лицами или государственными органами.

Если информация раскрывается иностранным франчайзером, указанная выше информация, подлежащая раскрытию, должна сортироваться по страновому принципу.

Если франчайзер не выполнил обязательства по раскрытию информации, франчайзи может требовать прекращения договора франчайзинга и компенсации понесенных им убытков.

## II. СТРАНЫ ЛАТИНСКОЙ АМЕРИКИ

В Бразилии<sup>71</sup> 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.

*Бразилия*

Закон № 8955 определяет понятие франшизы, требования относительно раскрытия информации о франшизе, а также устанавливает следующее: франчайзер 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 франчайзи не позднее 10 дней до подписания франчайзингового соглашения или перечисления каких бы то ни было денежных сумм по такому соглашению. Если франчайзером 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.

*Мексика*

Франчайзинговые правоотношения в Мексике регулируются федеральным и национальными законами. Федеральный закон, играющий значительную роль в регулировании предпринимательской деятельности “О продвижении и защите

<sup>71</sup> Andrea Paula Orricchio. Franchising in Brazil: the legal view point. International Business Lawyer.— Vol. 23.—№5, 1995.—P. 236-237.

промышленной собственности” в статье 142 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”<sup>72</sup>.

Закон “О продвижении и защите промышленной собственности” был изменен 25 января 2006г. Эти изменения касались не столько определения франчайзинговых правоотношений, сколько установления императивных требований по раскрытию информации и форме договора. Франчайзи также получил право расторгать франчайзинговый договор в случае несвоевременного предоставления ему информации о раскрытии.

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 Джона 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) франчайзи предоставляется право принимать участие в предложении, продаже и сбыте товаров и услуг по маркетинговому плану или системе, определенной в значительной степени франчайзером; 2) функционирование франчайзингового бизнеса в соответствии с таким планом или системой в значительной мере ассоциируется с торговой маркой или маркой на услуги, наименованием, логотипом, рекламированием и другими коммерческими символами франчайзера или его филиала; 3) франчайзи должен прямо или опосредствованно уплатить франчайзинговое вознаграждение”<sup>73</sup>.

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

Требование о предоставлении франчайзером информации о предлагаемой франшизе установлено в специальной инструкции к федеральному закону. Принимая во

<sup>72</sup> Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA.– 1999.–P. 28-29.

<sup>73</sup> John B. McKnight. Agency, Distribution and Franchise Agreements in the United States and Mexico. A paper presented at the IBA 25<sup>th</sup> Biennial Conference. – Melbourne. – 9-14 October 1994.–P. 10-11.

внимание, что федеральный закон распространяет свое действие на все штаты, инструкция также действует во всех штатах Мексики. А. Конигсберг определяет информацию, определенную для раскрытия в инструкции, как “минимальную”<sup>74</sup>. В соответствии с законом информация должна быть представлена франчайзи не менее чем за 30 дней до подписания договора.

Если информация представлена не в полном объеме или не соответствует реальному состоянию франчайзера, франчайзи впоследствии имеет право требовать досрочного расторжения договора и компенсации понесенных убытков. Срок исковой давности по требованиям о компенсации убытков составляет 1 год с момента заключения договора франчайзинга. Информация раскрывается только потенциальному франчайзи и не подлежит регистрации в специальном органе, хотя сам франчайзинговый договор обязательно должен быть зарегистрирован в Мексиканском Институте промышленной собственности. Процедура регистрации специально разработана Институтом: франчайзер или франчайзи 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 франчайзи и франчайзера, если они являются мексиканскими юридическими лицами.

Закон устанавливает, что договор франчайзинга должен содержать положения, касающиеся права франчайзи эксплуатировать франшизу на определенной территории, заключать договоры субфранчайзинга, методы определения комиссионных франчайзи, права сторон на изменение договора.

## 12. АЗИАТСКИЕ СТРАНЫ И ЯПОНИЯ

*Kumai*

В Китае франчайзинг регулировался Циркуляром министерства внутренней торговли о мероприятиях по администрированию франчайзинговых операций, № 124 от 14 ноября 1997 г. Указанный циркуляр определял франчайзинговый бизнес как систему, в которой франчайзер путем подписания договора, уполномочивает франчайзи использовать торговую марку, торговое наименование, предпринимательскую модель и другие операционные ресурсы, которыми он может оперировать и предоставлять другим.

<sup>74</sup> Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc.– New York. –1997. –P. IV.V.41.

Франчайзи осуществляют свою предпринимательскую деятельность в соответствии с единообразной предпринимательской системой в соответствии с договорными предписаниями<sup>75</sup>.

Как указывал 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<sup>76</sup>.

Циркуляр предусматривал следующие обязательные действия сторон франчайзингового договора:

- регистрацию франчайзингового договора в Китайской Ассоциации единообразных предприятий (China Chain Enterprises Association),
- регистрацию франчайзингового 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<sup>77</sup> отмечали неблагоприятную ситуацию для развития франчайзинга в Китае, которая была обусловлена как нечеткостью норм Циркуляра, с одной стороны, так и многочисленностью других нормативных актов, которые не просто касались франчайзинговых и других операций, но и предусматривали административную ответственность за невыполнение их требований. 1 февраля 2005 года ситуация несколько изменилась в связи с принятием положения “О мерах по администрированию коммерческого франчайзинга”. О кардинальных изменениях в лучшую сторону эксперты стали говорить в связи с принятием нового постановления “Об администрировании франчайзинга”, которое вступило в силу 1 мая 2007г.

Новое постановление определило франчайзинговые правоотношения как такие, по которым предприятие, владеющее зарегистрированной торговой маркой, логотипом, патентами, ноу-хау или иными предпринимательскими ресурсами, франчайзер, передает указанные предпринимательские ресурсы другому предпринимателю, франчайзи, путем подписания договора и франчайзи ведет операции в соответствии с

<sup>75</sup> Getting the Deal Through/ Franchise in 28 jurisdictions worldwide/ Contributing editor: P.F. Zeidman.–P.29.

<sup>76</sup> Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. – 1999.–P. 21.

<sup>77</sup> 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.

единообразной бизнесовой моделью способом, указанным в договоре, и уплачивает франчайзинговые платежи франчайзеру. Такое определение предполагает, что заключать франчайзинговые договоры могут только предприниматели. Постановление установило определенные требования к франчайзеру:

- 1) владение определенными объектами права интеллектуальной собственности;
- 2) возможность установить с франчайзи длительные правоотношения и предоставить услуги по обучению персонала;
- 3) владение, как минимум, двумя собственными франчайзинговыми предприятиями, которые бы проработали не менее 1 года. Речь идет не только о предприятиях, работающих на территории Китая;
- 4) наличие стабильной системы поставки качественных товаров и постпродажного обслуживания;
- 5) деловая репутация, гарантирующая отсутствие недобросовестных или мошеннических действий во франчайзинговой деятельности.

Китай, как и развитые страны, обязывает франчайзера предоставить франчайзи информацию о франшизе. Такая информация предоставляется за 20 дней до подписания договора и должна содержать:

- 1) данные о франчайзере, его представителях и лицах, уполномоченных на подписание юридически обязательных документов, зарегистрированном капитале и базовой информации о франчайзинговых операциях;
- 2) данные о зарегистрированных объектах права интеллектуальной собственности, которые используются во франчайзинговой системе;
- 3) данные о франчайзинговых платежах, первоначальных инвестициях во франчайзинговое предприятие;
- 4) финансовую отчетность за последние два года, сопровождаемую выводами аудиторской фирмы;
- 5) данные о правах и обязанностях сторон, поставках товаров и курсах обучения.

Договор франчайзинга должен заключаться в письменной форме. Поскольку постановление содержит минимальные требования к содержанию договора, он должен отражать:

- 1) наименования, адреса и местонахождение сторон;
- 2) права и обязанности сторон;
- 3) типы, размер и процедуру уплаты франчайзинговых платежей;
- 4) подробную процедуру предоставления франчайзером франчайзи технической поддержки, консультаций, обучения и других специфичных услуг;
- 5) требования к качеству и стандартам продукции или предоставляемых услуг;



- б) условия по продвижению и рекламе товаров или услуг;
- 7) условия по защите прав конечных потребителей;
- 8) условия продления, расторжения и прекращения договора;
- 9) ответственность сторон за нарушение обязательств;
- 10) оговорка о механизмах разрешения возникших споров.

Индонезия

Подписанный договор франчайзинга должен быть подан на регистрацию в течение 15 дней с момента подписания в соответствующий местный орган исполнительной власти с одновременным предоставлением не только самого текста договора, но также и пособия по франчайзинговым операциям, маркетингового плана и письменной гарантии, что франчайзер соответствует требованиям, предъявляемым к франчайзерам. Поданные документы должны быть зарегистрированы в течение 10 дней.

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<sup>78</sup>, в то же время на местном уровне они воспринимаются как защищающие индонезийских розничных торговцев и потребителей и предоставляющие приоритет местным товарам и материалам<sup>79</sup>. Хотя, в целом, и местные и международные эксперты<sup>80</sup> считают принятые нормативные акты 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/Кер/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.

<sup>78</sup> Lena Peters. Franchising in International Organizations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 3. – P. 262.

<sup>79</sup> Raini Alfiida. Indonesia’s Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 77.

<sup>80</sup> 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.

Указ № 259/MPP/Кер/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 франчайзер должен предоставить франчайзи информацию о франшизе, данные о себе, своей деятельности и финансовой отчетности, описать природу франчайзингового продукта и остановиться на других аспектах, о которых “франчайзи должен знать”<sup>81</sup>. Также франчайзер должен представить документ, подтверждающий факт его регистрации в своей стране в случае, если франчайзер является иностранной компанией, или торговую и прочие лицензии, которые выдаются соответствующими местными министерствами Индонезии, если франчайзер индонезийская компания.

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

- 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”<sup>82</sup>. За пределами больших городов “при постепенном развитии франчайзинга необходимо принимать во внимание баланс между предпринимательской необходимостью и социально-экономическим ростом”<sup>83</sup>. К сожалению, суть процитированного является настолько нечеткой, что предоставляет возможность значительного государственного вмешательства в предпринимательскую деятельность сторон франчайзингового договора;

<sup>81</sup> Raini Alfida. Indonesia’s Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1.– 1999.– Issue 1. – P. 80.

<sup>82</sup> Raini Alfida. Indonesia’s Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1.– 1999.– Issue 1. – P.IV.VIII. 50.

<sup>83</sup> Там же.– P. IV.VIII.51.

- в случае прекращения франчайзингового договора до истечения срока его действия, франчайзер может заключить новый франчайзинговый договор с новым местным франчайзи лишь в случае предоставления ему предыдущим франчайзи письма, которое подтверждает, что все спорные вопросы между сторонами прекращенного договора были урегулированы;

- от сторон франчайзингового договора требуется использование в первую очередь местного потенциала Индонезии (включая наем местного персонала и использование местного сырья и продуктов, если они имеют надлежащее качество);

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

- каждые 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 исполнения франчайзингового договора в Индонезии необходимо не только предоставить франчайзи информацию о франшизе, использовать местный персонал и местное сырье, но и пройти несколько регистраций франчайзингового договора.

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, выпущенное 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,

*Южная Корея*

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.

145

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 франчайзер предоставляет франчайзи право вести предпринимательскую деятельность, такую как торговля потребительскими товарами или предоставление услуг, таким же способом, как и франчайзер, с использованием торгового знака, торгового наименования, знака обслуживания франчайзера, а также предоставляет франчайзи помощь, контролирует его деятельность. В обмен за это франчайзи выплачивает франчайзеру определенное вознаграждение как компенсацию за предоставленные франчайзером права и помощь”<sup>84</sup>.

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 относятся:

- непредставление информации о франшизе потенциальному франчайзи до подписания франчайзингового договора, если потенциальный франчайзи 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 франчайзи имел достаточно времени для принятия обоснованного решения;

- запрет приобретения инвентаря, товаров ил сырья у третьих лиц. Франчайзеру запрещено принуждать франчайзи закупать инвентарь, товары или сырье у него или других указанных им лиц, если инвентарь, товары или сырье, закупаемые у третьих лиц,

<sup>84</sup> Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA.– 1999.– P. 31.

отвечают качественным характеристикам и не нарушают однообразия франчайзинговой сети;

- ограничение предпринимательской деятельности франчайзи больше, чем это требуется “целыми франшизами”<sup>85</sup>. 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 франчайзеру рекомендовать франчайзи определенную продажную цену, а также настаивать на определенных рекламных затратах. Не является нарушением антимонопольного законодательства наложение на франчайзи территориальных ограничений;

- отказ предоставить франчайзи помощь;
- наложение на франчайзи финансовых обязанностей вопреки желаниям последнего;

- запрет конкурировать по истечении срока действия франчайзингового договора.
- корейское законодательство не требует регистрации франчайзингового договора, однако, при перечислении франчайзинговых платежей иностранному франчайзеру корейский франчайзи должен получить специальное разрешение согласно законодательству о валютном регулировании<sup>86</sup>.

В соответствии с законодательством Японии к франчайзинговой деятельности применяется несколько законодательных актов. В первую очередь, Акт о продвижении малых и средних розничных предприятий № 110 от 1973г., который определяет сетевое предпринимательство как коммерческую деятельность, в соответствии с которой по договору с единообразными положениями осуществляется постоянная продажа товаров и предоставляется руководство по управлению малыми и средними предприятиями. Специфичный сетевой бизнес определен как любой сетевой бизнес, который предполагает использовать его членам определенные торговые марки, торговые наименования и другие символы, собирать совместные платежи, депозиты или иные денежные средства за право стать членом такой сети.

Руководство по франчайзингу, принятое в соответствии с актом, запрещающим монополизацию и недобросовестную конкуренцию, № 54, предусматривает? Что существует множество определений франчайзинговой системы. Однако, в целом, это

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> Michael G. Brennan. Franchising and Licensing: Their Relevance to Corporate Counsel. Barcelona Conference Papers. IBA. – 1999.– P. 31.

предпринимательский формат, в котором головной офис предоставляет своим членам право использовать торговые марки, торговые наименования и т.п., контролирует, предоставляет руководство и поддержку в продаже товаров, предоставлении услуг или иного бизнеса и управления, единообразным образом, а члены платят взамен этого соответствующую компенсацию”.

Акт о продвижении малых и средних розничных предприятий предусматривает процедуру предложения франшиза и обязательство франчайзера о раскрытии информации, которая должна в себя включать:

1) наименование и адрес франчайзера, количество служащих, работающих полный рабочий день, фамилии и должности ключевого персонала;

2) размер уставного капитала, наименование основных акционеров (доля акций более 10%), если франчайзер ведет иную предпринимательскую деятельность, описание такой деятельности;

3) баланс и финансовую отчетность по прибылям и убыткам за последних три года;

4) дата, с которой франчайзер начал вести сетевой бизнес;

5) описание судебной истории (перечень исков против франчайзера и/или франчайзи, связанных с оперированием франчайзинговой системы) за последние пять лет;

6) указание рабочих часов франчайзингового предприятия, обычных праздничных дней;

7) наличие территориальной исключительности в предоставленной франшизе;

8) оговорке о запрете конкурировать;

9) размер, процедура и сроки уплаты франчайзинговых платежей;

10) наличие кредитных программ для франчайзи и процентные ставки та таким кредитам;

11) наличие обязательств по приведению своего предприятия к определенному единообразному интерьеру и экстерьеру;

12) полная информация о суммах, выплачиваемых франчайзеру, включая размеры, процедуры и сроки;

13) описание товаров, продаваемых в системе;

14) описание объектов права интеллектуальной собственности, используемых в системе, включая предоставление их регистрационных данных;

15) условия о продлении, расторжении и прекращении договора франчайзинга.

В случае представления франчайзером неправдивой информации, франчайзи имеет право расторгнуть договор.

### 13. ДОБРОВОЛЬНЫЕ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫЕ АССОЦИАЦИИ

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 франчайзи, франчайзеров или тех и других. Такие франчайзинговые ассоциации разрабатывают, так называемые, Кодексы поведения, в которых, как правило, дается определение франчайзинга, а также в той или иной мере определяются права и обязанности франчайзеров и франчайзи, определяется перечень информации о франшизе, которую франчайзер раскрывает до подписания франчайзингового 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 франчайзеров в США, дает такое определение: франчайзинговая операция – это договорное правоотношение между франчайзером и франчайзи, в котором франчайзер предлагает или принимает на себя обязанности поддерживать длящуюся заинтересованность в предпринимательской деятельности франчайзи в таких областях как ноу-хау и обучение; в то время как франчайзи работает под общим торговым наименованием, форматом и/или процедурой, которой владеет или которую контролирует франчайзер, и, по которой франчайзи внес или внесет значительные денежные инвестиции в свое собственное предприятие из своих собственных источников<sup>87</sup>.

Британская франчайзинговая ассоциация дает более широкое определение франчайзингу: логорная лицензия, предоставленная одним лицом (франчайзером) другому лицу (франчайзи), которая:

а) позволяет или требует от франчайзи вести в течение срока действия франшизы определенный вид предпринимательской деятельности под или с использованием специфического наименования, принадлежащего или ассоциирующегося с франчайзером;

<sup>87</sup> Uniform Law Review. UNIDROIT. – 1985. – Vol. 1. – P. 199.



б) дает право франчайзеру осуществлять постоянный контроль в течение срока действия франшизы за способом, посредством которого франчайзи ведет свою предпринимательскую деятельность, являющуюся предметом франшизы;

в) обязывает франчайзера предоставлять франчайзи помощь в ведении его предпринимательской деятельности, являющейся предметом франшизы (в отношении организации бизнеса франчайзи, обучения его персонала, управления, и т.п.);

г) обязывает франчайзи периодически в течение срока действия франшизы уплачивать франчайзеру денежные средства за предоставление франшизы или за товары или услуги, предоставленные франчайзером франчайзи; и

д) 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<sup>88</sup>.

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 франчайзера – это франчайзинговый пакет; он состоит из покупательной, продажной и организационной концепции, использования защищенных прав, обучения франчайзи и длящейся эффективной помощи франчайзера франчайзи.

Франчайзи 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 франчайзера<sup>89</sup>.

Европейская франчайзинговая федерация, являющаяся федерацией национальных франчайзинговых ассоциаций, учрежденных, практически, во всех европейских странах, приняла общий Кодекс этического поведения, который, в той или иной степени, используется всеми национальными ассоциациями. Указанный Кодекс определяет, что: франчайзинг – это система сбыта товаров и/или услуг и/или технологии, которая основана на тесном и длящемся сотрудничестве между юридически

<sup>88</sup> Там же.– С. 199-201

<sup>89</sup> Там же.– С. 203

и финансово независимыми предпринимателями, франчайзером и индивидуальным франчайзи, в которой франчайзер предоставляет индивидуальному франчайзи право и налагает обязанность вести предпринимательскую деятельность в соответствии с концепцией франчайзера. Право уполномочивает и обязывает индивидуального франчайзи, 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 технической 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 франчайзера, 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 франчайзер 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 франчайзи и таким, которое на дату заключения договора, улучшит конкурентоспособность франчайзи, в частности, улучшит возможности презентабельности франчайзи 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<sup>90</sup>.

Мы считаем, что определение Европейской франчайзинговой федерации наиболее полно отражает суть такого правового явления как франчайзинг.

<sup>90</sup> Collection of materials relating to franchising. UNIDROIT.— Study LXVIII. Rome. April 1994. European Franchise Federation. European Code of Ethics for Franchising. – P. 134

Вопрос о подлежащей раскрытию информации о франшизе и франчайзере разрешается каждой ассоциацией по-разному. Как правило, Кодексы поведения франчайзинговых ассоциаций не содержат детальной 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, что для того чтобы потенциальный индивидуальный франчайзи 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 должна быть предоставлена в течение разумного срока до подписания обязывающих документов. Если франчайзер обязывает потенциального франчайзи подписать договор о намерениях, следующие принципы должны быть соблюдены:

- до подписания какого-либо договора о намерениях, кандидату во франчайзи должна быть предоставлена письменная информация о целях договора, а также размерах вознаграждения, которое он должен будет уплатить франчайзеру для покрытия его действительных расходов, понесенных при подготовке договора о намерениях. Если франчайзинговый договор подписан, указанное вознаграждение должно быть компенсировано франчайзером или зачтено в счет возможного вступительного взноса, который подлежит обязательной оплате франчайзи;
- договор о намерениях должен определять условия и включать оговорку о прекращении;
- франчайзер имеет право включать оговорки о запрете конкуренции и разглашении коммерческой информации для защиты своего ноу-хау и репутации<sup>91</sup>

<sup>91</sup> Там же.– С. 135.

## ГЛАВА 3. ФРАНШИЗА

### 1. СОСТАВЛЯЮЩИЕ ФРАНШИЗЫ

Поскольку франчайзер и франчайзи вступают в правоотношения по поводу использования результатов интеллектуальной деятельности, необходимо выяснить, что собственно является таким результатом.

Статьи 1115-1116 ГК Украины устанавливают, что франчайзер передает в пользование франчайзи комплекс прав, в состав которого входят право на использование торговых марок, промышленных образцов, изобретений, произведений, коммерческих тайн и т.п. Таким образом, значительная часть франшизы представляет собой совокупность объектов права интеллектуальной собственности франчайзера. Конституция Украины в ст. 54 декларирует: “Каждый гражданин имеет право на результаты своей интеллектуальной, творческой деятельности; никто не может использовать или распространять их без его согласия”<sup>92</sup>. Поэтому для франчайзера очень важно защитить эти объекты, а, соответственно, и свои права на них от посягательства третьих лиц. Франчайзи, становящийся членом франчайзинговой сети, также заинтересован в защите прав франчайзера на объекты права интеллектуальной собственности. Любое нарушение прав франчайзера будет негативным образом сказываться и на его предпринимательской деятельности. С другой стороны, приобретая франшизу и оплачивая ее, франчайзи должен быть уверен, что франчайзер выполнил все требования закона, направленные на защиту своих интеллектуальных прав, что поможет ему их защитить в случае нарушения. Следует отметить, что законодательство практически всех стран, как и международные конвенции, связывают возникновение права на защиту объекта права интеллектуальной собственности с моментом регистрации такого объекта (или подачи заявления на такую регистрацию) в соответствующем ведомстве, за исключением прав на фирменные наименования. Если объект не зарегистрирован, то франчайзеру (или франчайзи как его представителю на определенной территории) будет трудно защищать права на него.

И франчайзер и франчайзи, а также их консультанты, должны знать возникновение каких прав и обязанностей связано с использованием объектов права интеллектуальной собственности.

<sup>92</sup> Конституция Украины.

Принимая во внимание, что франчайзинг применяется и в международных правоотношениях, когда франчайзер хочет расширить свою предпринимательскую деятельность на другие страны, практическая возможность защиты его прав на объекты интеллектуальной собственности в других странах становится особенно актуальной.

Защита изобретений, промышленных образцов и торговых знаков выражается в предоставлении собственнику изобретения, промышленного образца, знака некоего свидетельства или патента, удостоверяющего его права. Права на изобретения, промышленные образцы и товарные знаки, оформленные патентами или свидетельствами, принято называть промышленными, а сам патент или свидетельство промышленной собственностью.

Термин “промышленный” указывает на возможную область применения патента или свидетельства, хотя, безусловно, патенты и свидетельства также употребляются в сельском хозяйстве, торговле и сфере услуг.

Сам факт создания изобретения или промышленного образца не обозначает автоматической выдачи изобретателю патента или свидетельства. Для получения патента или свидетельства изобретатель или собственник изобретения должны подготовить документы, описывающие изобретение, промышленный образец, товарный знак и подать эти документы в регистрирующий орган. Регистрирующий орган, которым выступает национальное либо международное патентное ведомство, изучает представленные документы и в том случае, если представленные документы отвечают установленным критериям, выдают собственнику изобретения, промышленного образца или товарного знака патент или свидетельство.

Критериями, в соответствии с которыми на объекты промышленной собственности, выдается патент или свидетельство, являются:

1) новизна – представленный объект промышленной собственности должен быть новым, то есть не использовавшимся ранее ни в одной из стран мира (мировая, абсолютная новизна) и, данные о котором не стали общедоступными. Вследствие этого публикация, предшествующая заявке на изобретение, раскрывающая сущность изобретения, открытое применение изобретения являются обстоятельствами, порочащими новизну изобретения и тем самым исключающими выдачу патента или свидетельства. Из понятия новизна вытекает понятие “дата приоритета”, т.е. дата, на которую была подана самая первая заявка на объект промышленной собственности;

2) иметь изобретательский уровень, то есть изобретение или промышленный образец не должно относиться к существующему техническому уровню (состоянию) техники, который включает все, что стало общедоступным вследствие письменного или устного описания, фактического применения или иного способа информирования до

даты подачи заявки. Предложения, не имеющие технического характера (например, финансовые или кредитные планы, открытия, научные теории, методы лечения людей) не подлежат патентованию;

3) быть промышленно применимым. Промышленная применимость не обозначает применение только в промышленности, понятие промышленной применимости является очень широким и предполагает применение изобретения или промышленного образца не только в промышленных предприятиях, но и в сельском хозяйстве и торговле. Отсутствие промышленной применимости является основанием для отказа в выдаче патента на изобретение или промышленный образец.

В Украине существует развитое законодательство, направленное на защиту прав промышленной собственности<sup>93</sup>. Законы устанавливают общие и специальные принципы защиты объектов промышленной собственности на Украине. Так, в соответствии с этими законами всем заявителям, включая иностранцев и лиц без гражданства, предоставлены равные с лицами Украины права при защите объектов промышленной собственности. При защите объектов промышленной собственности заявители (создатели объектов) могут готовить и подавать соответствующие документы, как самостоятельно (за исключением иностранцев и лиц без гражданства), так и посредством правовой помощи поверенных. Безусловно, целесообразнее осуществлять подготовку и подачу документов с помощью патентных поверенных<sup>94</sup>. Именно они смогут помочь франчайзеру определиться, будет ли

---

<sup>93</sup> Закон Украины “Об охране прав на изобретения и полезные модели” //Ведомости ВС Украины, № 7, 1994, ст. 32; Закон Украины “Об охране прав на промышленные образцы”//Ведомости ВС Украины, № 7, 1994, ст. 34; Закон Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг”, //Ведомости ВС Украины, № 7, 1994, ст. 36.

<sup>94</sup> В соответствии с “Положением о представителях в делах интеллектуальной собственности (патентных поверенных)”, далее Положение, разработанным в соответствии с вышеуказанными Законами Украины и принятым в новой редакции 27.08.1997г., патентный поверенный - это лицо, которое предоставляет гражданам, предприятиям, их объединениям, учреждениям и организациям помощь и услуги, связанные с охраной прав на интеллектуальную собственность, представляет их интересы в Государственном комитете Украины по вопросам интеллектуальной собственности, далее Укрпатенте, судебных органах, в отношениях с другими юридическими и физическими лицами, а также осуществляет другие права и обязанности, предоставленные ему действующим законодательством Украины и, в частности, Положением.

Положение регулирует права и обязанности патентных поверенных, условия сдачи квалификационных экзаменов и получения, приостановки и отмены свидетельства на право заниматься деятельностью патентного поверенного. Среди основных требований, предъявляемых к патентным поверенным следует отметить:

1. Гражданство Украины и постоянное проживание в Украине.
2. Высшее и специальное образование в области охраны интеллектуальной собственности.

созданному им (или его служащим) объекту промышленной собственности предоставлена необходимая охрана.

Важным для франчайзера является понимание, кто же является автором объекта, если такой объект создан трудом служащего или специализированной организацией, получившей вознаграждение за созданный объект (например, торговый знак или логотип разработан специально нанятым для этих целей художником; внутренний дизайн магазина или ресторана создан специализированной организацией или служащим и т.п.). Право на получение патента на объект промышленной собственности имеет работодатель, если такой объект создан в связи с исполнением служебных обязанностей или выполнением поручения работодателя, при условии, что трудовым договором или договором на предоставление услуг не предусмотрено иное.

Франчайзер должен заключить письменный договор с автором (изобретателем) или специализированной организацией и согласно его условиям выплатить исполнителю вознаграждение. Споры между работодателем и автором об условиях получения вознаграждения и его размере разрешаются в судебном порядке. Автор или изобретатель объекта промышленной собственности, являющиеся служащими работодателя, должны подать ему в письменном виде уведомление о созданном объекте. Если работодатель в течение 4 месяцев со дня получения уведомления не подаст заявку в Укрпатент, то право получения патента переходит к автору или изобретателю. Такие же условия могут быть предусмотрены и в договоре на исполнение поручения со специализированной организацией.

Зачастую, торговый знак или промышленный образец создается друзьями или партнерами по бизнесу как начало создания определенной концепции предпринимательской деятельности. Эти друзья или партнеры (т.е. лица, создавшие объект, подлежащий правовой охране, совместным трудом) имеют равные права на получение патента или свидетельства на объект, если иное не предусмотрено соглашением между ними. В случае пересмотра условий соглашения относительно состава таких лиц, Укрпатент по совместному ходатайству лиц, указанных в заявке в

---

3. Не менее чем 5-летний опыт практической работы в сфере охраны интеллектуальной собственности.

4. Сдача квалификационных экзаменов и получение свидетельства о праве заниматься деятельностью патентного поверенного.

Укрпатент Украины ведет Государственный реестр представителей в делах интеллектуальной собственности и обеспечивает публикацию сведений о них в своем официальном бюллетене “Промышленная собственность”.

Лица, не зарегистрированные в Государственном реестре, не могут представлять интересы доверителей как патентные поверенные, а также именовать себя таковыми.



качестве авторов или изобретателей, вносит изменения в соответствующие документы в специально предусмотренном порядке.

Выданный патент или свидетельство предоставляет его владельцу (владельцам) исключительное право использования и распоряжения объектом промышленной собственности со всеми правовыми последствиями, вытекающими из этого. В случае нарушения прав владельца свидетельства или патента, по его требованию такое нарушение должно быть прекращено, а нарушитель обязан возместить владельцу патента или свидетельства причиненные убытки. Требовать восстановления нарушенных прав может также лицо, которое приобрело (франчайзи) право пользования такими исключительными правами.

Принимая во внимание, что объекты интеллектуальной собственности являются важной составляющей франчайзинга, и франчайзер и франчайзи должны не только знать, но и понимать природу защиты объектов права интеллектуальной собственности. Если франчайзер и франчайзи работают в одной и той же стране, например, Украине, важным является знание украинского законодательства. Если франчайзи работает по франчайзинговому договору с иностранным франчайзером, он должен знать не только украинское законодательство, но также и соответствующие международные конвенции, участницей которых является Украина. Если украинский франчайзер решил расширить свой бизнес на другие страны, ему необходимо знать с помощью каких международных документов он сможет защитить свою интеллектуальную собственность.

С целью предоставления защиты объектам промышленной собственности был подписан ряд международных договоров:

- Парижская конвенция по охране промышленной собственности (1883г.);
- Мадридское соглашение по пресечению ложных и вводящих в заблуждение указаний о месте происхождения товаров (1891г.);
- Найробский договор об охране олимпийского символа (1981г.);
- Вашингтонский договор об интеллектуальной собственности в отношении интегральных схем (1989г.);
- Договор о законах о товарных знаках (1994г.);
- Договор о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Treaty on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS)<sup>95</sup>.

Ряд международных договоров направлен на облегчение процедуры получения защиты объектам промышленной собственности одновременно в нескольких странах:

<sup>95</sup> Смотри: Результати Уругвайського раунду багатосторонніх торговельних переговорів. Тексти офіційних документів. – К.: Поліграфцентр Київського університету ім. Тараса Шевченка.

- 1) в сфере патентования:
  - Договор о патентной кооперации (1970г.);
  - Будапештский договор о международном признании депонирования микроорганизмов для целей патентной процедуры (1977г.);
- 2) в сфере защиты закон для товаров и услуг:
  - Мадридское соглашение о международной регистрации знаков (1891г.);
  - Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков (1989г.);
- 3) в сфере места происхождения:
  - Лиссабонское соглашение об охране наименования места происхождения и его международной регистрации (1958г.);
- 4) в сфере промышленных образцов:
  - Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов (1925г.).

Для реализации некоторых международных договоров и упрощения процедуры указания сферы применения объектов промышленной собственности был подписан ряд международных договоров, учреждающих международные классификации:

- Страсбургское соглашение о международной патентной классификации (1971г.);
- Ницкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для целей регистрации знаков (1957г.);
- Венское соглашение, учреждающее международную классификацию изобразительных элементов знаков (1973г.);
- Соглашение Локарно, учреждающее международную классификацию промышленных образцов (1968г.).

Впервые на международном уровне проблема охраны объектов промышленной собственности была урегулирована в Парижской конвенции по охране объектов промышленной собственности 1883г.<sup>96</sup> Парижская конвенция отнесла к числу объектов промышленной собственности:

*Международные конвенции*

- 1) изобретения;
- 2) полезные модели, промышленные образцы;

<sup>96</sup> Парижская конвенция была дополнена в Брюсселе в 1990 г., пересмотрена в Вашингтоне в 1911 г., в Гааге в 1925 г., в Лондоне в 1934 г., в Лиссабоне в 1958 г. и в Стокгольме в 1967 г.

3) указание происхождения (indication of source) и наименование места происхождения (appellations of origin) товара;

*Принцип  
национального  
режима*

4) фабричные или торговые знаки, знаки обслуживания;

5) фирменные наименования;

6) мероприятия по прекращению недобросовестной конкуренции.

Договор о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Treaty on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights - TRIPS), далее Договор ТРИПС, к числу объектов промышленной собственности, нуждающихся в защите, относит:

*Парижская  
конвенция*

1) товарные знаки;

2) географические указания<sup>97</sup>;

3) промышленные образцы; патенты; топографии интегральных схем;

4) коммерческую информацию;

5) контроль над практикой антиконкурентных действий в договорных лицензиях.

Субъектами права на охраняемые патентом или свидетельством объекты промышленной собственности могут быть:

1) автор/соавтор объекта промышленной собственности;

2) лицо, к которому в силу закона или договора переходит право автора на получение патента или свидетельства. К таким лицам относятся наследники и работодатели.

Следует отметить, что Парижская конвенция по охране объектов промышленной собственности явилась фундаментом, на котором были приняты не только иные международные конвенции, направленные на защиту отдельных объектов промышленной собственности, но также и национальное законодательство большинства стран. Сто стран мира, включая Украину и Россию, являются участницами Конвенции.

Страны-участницы Парижской конвенции образуют Союз по охране промышленной собственности, который имеет постоянное Международное бюро в Берне. Несмотря на создание такого Союза, страны-участницы Парижской конвенции в статье 19 оставили за собой право заключать между собой специальные соглашения по охране промышленной собственности, торговых знаков и фирменных наименований. Это положение Конвенции явилось основой для последующего создания и

<sup>97</sup> Более емкое определение понятий “указание происхождения” и “наименование места происхождения”.

функционирования различных специальных и региональных союзов по охране промышленной собственности, а также подписанию других международных документов, направленных на охрану промышленной собственности.

Основная цель Парижской конвенции - создание благоприятных условий для иностранцев при патентовании разработанных ими изобретений, патентов, торговых знаков за рубежом. Парижская конвенция не содержит требований к своим участникам унифицировать законодательство в соответствии с требованиями Конвенции. Наоборот, Конвенция указывает, что положения национальных законов стран-участниц Конвенции, судебной и административной процедуры в части получения патентов, требования к выбору и назначению поверенного должны строго соблюдаться. Конвенция не предполагает получения единого международного патента в ее рамках. В рамках Конвенции лицо, разработавшее изобретение или полезную модель, становится собственником множества патентов, выданных в различных странах - участницах Конвенции. Патенты, полученные в странах Союза, независимы от патентов, полученных на то же изобретение в других странах, входящих или не входящих в Союз.

*Принцип  
установления  
приоритета*

Хотя Парижская Конвенция не унифицирует национальное законодательство в части получения патентов, она устанавливает ряд принципов, которые должны соблюдаться во всех странах-участницах. Основным принципом, установленным в Конвенции, является “принцип национального режима”. Благодаря этому принципу заявитель, гражданин одной из стран Союза, пользуется в других странах Союза теми же преимуществами при охране промышленной собственности, которые предоставлены страной Союза своим гражданам. При подаче заявки на регистрацию патента в любой стране Союза место жительства или регистрации заявителя не имеет никакого значения. К гражданам стран Союза приравниваются граждане, проживающие в одной из стран Союза, или имеющие в одной из стран Союза промышленные или торговые предприятия.

Вторым основным принципом, устанавливаемым Парижской конвенцией, является принцип “установления приоритета”. Приоритет, право первенства, может реализоваться путем подачи заявки в соответствующее ведомство страны Союза или при экспонировании изобретения, полезного образца, промышленного рисунка или модели на официальных или официально установленных международных выставках, организованных на территории одной из стран Союза. В соответствии с этим принципом лицо, подавшее надлежащую заявку на патент на экспонировавшееся изобретение, полезный образец или модель, фабричный или товарный знак в одной из стран Союза,

пользуется в других странах Союза правом приоритета в течение 12 месяцев в отношении изобретений и полезных моделей и шести месяцев в отношении промышленных рисунков или моделей, фабричных или торговых знаков. Течение этих сроков начинается со дня следующего после подачи первой заявки или со дня размещения изделия на выставке<sup>98</sup>.

Основанием возникновения права приоритета является правильно оформленная и поданная заявка в соответствии с правом страны-участницы Союза, в которой впервые испрашивается защита. Если после подачи заявки будет обнаружено, что заявка на патент является комплексной, то заявитель имеет право разделить эту заявку на некоторое количество отдельных заявок, сохраняя в качестве даты каждой из них дату первоначальной заявки и, соответственно, право приоритета. При разделении комплексной заявки подлежат применению правила национального законодательства. Принцип возможности разделения комплексной заявки на некоторое число отдельных заявок с сохранением в качестве даты каждой из них даты первоначальной заявки является одним из процедурных принципов, используемых как в других международных договорах, так и в национальном законодательстве многих стран.

Ни одна страна Союза не может отклонить приоритет. Однако страны Союза могут требовать от лица, подающего заявление о приоритете, предоставление копии ранее поданной заявки и ее перевода на национальный язык страны. Копия ранее поданной заявки должна быть

*Принцип пресечения злоупотреблений*

соответствующим образом заверена учреждением, принявшим заявку, и подана в течение трех месяцев. Конвенция предоставляет право странам-участницам устанавливать последствия несоблюдения указанного требования. Украина воспользовалась таким правом. Требование в части подачи первоначальной заявки в течение трех месяцев в Укрпатент Украины используется в законодательстве Украины. В случае пропуска установленного трехмесячного срока, право на приоритет заявки в Украине считается утраченным.

Третьим принципом, установленным Парижской конвенцией, является принцип пресечения злоупотреблений, связанных с осуществлением исключительного права собственника объекта промышленной собственности. Указанный принцип реализуется

<sup>98</sup> Если последний день срока приходится на праздничный или выходной день, срок продлевается до первого последующего рабочего дня.

в праве любой страны Союза принять соответствующие законодательные акты, предусматривающие выдачу принудительных лицензий. При этом указывается, что принудительная лицензия не может быть потребована по причине не использования или недостаточного использования патента до истечения четырех лет со дня подачи заявки на патент или трех лет со дня выдачи патента, причем должен применяться срок, который истекает позднее<sup>99</sup>.

*Фабричные или  
товарные знаки*

Значительное место в Парижской конвенции уделено регистрации фабричных или товарных знаков. В соответствии с Парижской конвенцией правовая охрана предоставляется всем знакам, за исключением знаков:

<sup>99</sup> Указанные основополагающие конвенционные принципы полностью отражены в законодательстве Украины. Однако, предусмотрены несколько иные параметры исчисления сроков для выдачи принудительных лицензий: принудительная лицензия на использование промышленного образца, изобретения или полезной модели, знака для товаров или услуг может быть затребована через судебные органы Украины любым заинтересованным лицом по истечении трех лет, начиная со дня публикации сведений о выдаче патента или с даты, когда использование промышленного образца или изобретения было прекращено. Обращение в суд возможно лишь в том случае, если собственник патента отказался заключить с заинтересованным лицом лицензионный договор. Если собственник патента на изобретение (полезную модель) не докажет, что факт не использования или недостаточного использования обусловлен уважительными причинами, суд в своем решении должен указать о необходимости выдачи разрешения на использование объекта промышленной собственности заинтересованному лицу, определить объем его использования, срок действия разрешения, размер и порядок выплаты вознаграждения владельцу патента. Также действующее законодательство Украины предусматривает возможность принудительного отчуждения права использования запатентованного изобретения (полезной модели) без согласия владельца патента, но с выплатой ему соответствующей компенсации. Право принудительного отчуждения прав патентообладателя предоставлено Кабинету Министров Украины. Оно может быть им реализовано только в общественных интересах и интересах национальной безопасности Украины. Процедура принудительного отчуждения прав разработана в «Порядке предоставления Кабинетом Министров Украины разрешения на использование запатентованного изобретения (полезной модели) или зарегистрированной топографии интегральной микросхемы», № 8 от 14.01.2004 г. В случае несогласия собственника патента с условиями выдачи разрешения, выплатой и размером компенсации, он может обратиться за защитой своих прав в судебные органы Украины. Указанный Порядок, в отличие от Парижской конвенции, не предусматривает каких-либо ограничительных сроков в течение которых, Кабинет Министров Украины не имеет права принудительного отчуждения прав на патент. Парижская же конвенция предусматривает возможность лишения прав на патент только лишь в том случае, если выдача принудительной лицензии окажется недостаточной для предотвращения злоупотреблений патентообладателя. Лишение прав на патент не может произойти ранее двух лет с момента выдачи первой принудительной лицензии. Принимая во внимание, что действующие международные договоры являются частью национального законодательства Украины и имеют преимущественную силу над национальными нормами, очевидно, что Кабинет Министров Украины будет иметь право выдать разрешение на использование запатентованного изобретения (полезной модели) без согласия собственника патента лишь через два года с момента выдачи первой принудительной лицензии.

1) затрагивающих права, приобретенные третьими лицами в стране, где испрашивается охрана;

2) лишенных каких-либо отличительных признаков или составленных исключительно из символов или указаний, могущих служить в торговом обороте для обозначения рода, качества, количества, назначения, стоимости, места происхождения изделий или времени их изготовления, либо ставшими общепринятыми в обиходном языке или в добросовестных и устоявшихся торговых обычаях страны;

3) противоречащих морали или публичному порядку;

4) могущих ввести в заблуждение потребителей.

В соответствии с Парижской конвенцией требования к регистрации фабричных или торговых знаков устанавливаются национальным законодательством. Однако Конвенция содержит ряд ограничительных норм, касающихся регистрации знаков. Так, страны Союза обязуются не регистрировать или признать недействительной регистрацию фабричного или торгового знака, если поданный на регистрацию знак:

1) воспроизводит или имитирует другой знак, уже являющийся общеизвестным в стране регистрации; или используется для изделий тождественных или подобных;

2) воспроизводит или содержит в качестве элементов гербы, флаги, государственные эмблемы стран Союза, международных межправительственных организаций официальные знаки или клейма контроля и гарантии, а также элементы подражающие им с точки зрения геральдики. Запрещение применения официальных знаков и клейм контроля и гарантии действует только в том случае, когда знаки, содержащие их, предназначаются для использования на товарах того же рода или подобных им<sup>100</sup>.

Парижская конвенция предоставляет право странам Союза предусматривать в национальном законодательстве запрет на передачу права использования товарного знака, если такая передача может явиться причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара и услуги или в отношении лица, изготовляющего товар или оказывающего услугу<sup>101</sup>.

В соответствии с Парижской конвенцией знаки обслуживания, коллективные знаки и фирменное наименование не подлежат специальной регистрации, тем не менее, охраняются. Коллективные знаки определены как знаки, принадлежащие коллективам, существование которых не противоречит закону страны их происхождения, даже если

<sup>100</sup> Ограничительные нормы Конвенции полностью имплементированы в Закон Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг” и содержатся в ст.6.

<sup>101</sup> Украиной этот запрет предусмотрен в ст. 16 Закона Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг”.



эти коллективы не являются владельцами промышленного или торгового предприятия. Нарушение прав собственников торгового или фабричного знака и фирменного наименования строго наказывается (Статья 9 Парижской конвенции):

*Акт недобросовестной конкуренции*

- изделие, снабженное торговым знаком или фирменным наименованием может быть арестовано в любой стране Союза, в которой знак или фирменное наименование имеет право на защиту;

- изделие, снабженное торговым знаком или фирменным наименованием может быть арестовано в стране нанесения незаконной маркировки.

Наложение ареста на изделия осуществляется в соответствии с национальным законодательством страны Союза, где знак или фирменное наименование имеют право на защиту. Если национальное законодательство не предусматривает возможности наложения ареста или запрета на ввоз изделий с незаконной маркировкой, до внесения соответствующих изменений в такое национальное законодательство, применяются те меры и средства, которыми закон страны обеспечил бы права собственника знака на защиту<sup>102</sup>. В соответствии с Парижской конвенцией также могут быть арестованы изделия, в документах которых указано их ложное место происхождения или ложное наименование изготовителя. Требовать ареста таких изделий имеет право лицо, занимающееся производством, изготовлением или торговлей данного изделия, т.е. право требования имеет не только франчайзер, но также и франчайзи<sup>103</sup>.

Парижская конвенция предоставляет защиту не только правам промышленной собственности, но также обеспечивает юридическим и физическим лицам стран Союза эффективную защиту от недобросовестной конкуренции. В соответствии с Парижской конвенцией: «Актом недобросовестной конкуренции считается всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. Особенно подлежат запрету:

<sup>102</sup> Закон Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг” (статья 20) предусматривает право собственника знака (или лица, приобретшего право на пользование знаком) требовать прекращения нарушения, а также возмещения причиненных таким образом убытков.

<sup>103</sup> Закон Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг” не предусматривает возможности для заинтересованного лица (изготовителя или торговца) требовать ареста изделий с ложной информацией о происхождении. Однако, принимая во внимание ст. 9 Конституции Украины, любое заинтересованное лицо в случае необходимости может напрямую применить положения Конвенции о возможности ареста изделий с ложной информацией, обратившись с соответствующим иском заявлением в судебные органы.

1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смещение в отношении предприятий, изделий или промышленной или торговой деятельности конкурента;

2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, изделия или промышленную или торговую деятельность конкурента;

3) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести потребителей в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению и количества товаров»<sup>104</sup>.

## 2. 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 франчайзера останавливалось, как только вся территория его страны была покрытая этой сетью предприятий. С экономической точки зрения, для дальнейшего возрастания доходов франчайзер 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.

<sup>104</sup> Закон Украины “О защите от недобросовестной конкуренции” (Ведомости Верховного Совета. 1996. № 36. Ст. 164) взял за основу определение недобросовестной конкуренции Парижской конвенции: “Недобросовестной конкуренцией являются любые действия, противоречащие правилам, торговым и другим честным обычаям в предпринимательской деятельности”. К таким недобросовестным действиям закон относит: неправомерное использование чужих обозначений, рекламных материалов, упаковки; неправомерное использование товара другого производителя; копирование внешнего вида изделия; сравнительная реклама; дискредитация хозяйствующего субъекта; купля-продажа товаров, исполнение работ, предоставление услуг с принудительным ассортиментом; склонение к бойкоту хозяйствующего субъекта; склонение поставщика к дискриминации покупателя; склонение хозяйствующего субъекта к расторжению договора с конкурентом; подкуп служащего поставщика; подкуп служащего покупателя; достижение неправомерных преимуществ в конкуренции; неправомерный сбор коммерческой информации; разглашение и склонение к разглашению коммерческой информации; неправомерное использование коммерческой информации.

Органом, ответственным в Украине за пресечение недобросовестной конкуренции, является Антимонопольный комитет.

Экспансия в новые страны требовала от франчайзера 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 франчайзер осуществляет такое расширение за счет средств другого лица - франчайзи и при этом еще и получает от этого доход. Таким образом, для стимулирования франчайзи к значительным капиталовложениям франчайзер должен был ему предложить что-то привлекательное. Этим привлекательным было предоставление франчайзи определенной территории, на которой только он мог открывать франчайзинговые предприятия, в которых эксплуатировалась франшиза. Такая франшиза получила название территориальной.

Проведенный анализ законодательства стран, позволяет определить территориальную франшизу как соглашение, по которому одна сторона, франчайзер, предоставляет право другой стороне, франчайзи, открывать на определенной территории более одного предприятия, в котором эксплуатируется франшиза. Территориальная франшиза, как правило, предусматривает обязанность франчайзи быть собственником всех открытых на закрепленной за ним территории франчайзинговых предприятий. Автор считает, что такая обязанность обусловлена необходимостью сохранения конфиденциальной информации о франшизы.

*Территориальная франшиза*

Принимая во внимание, что вступление франчайзи во франчайзинговую сеть предусматривает уплату вступительного взноса, можно говорить, что, фактически, франчайзи платит за право открывать франчайзинговые предприятия. По территориальной франшизе франчайзи получает право открыть более одного предприятия и потому его вступительный взнос составляет сумму, кратную количеству запланированных к открытию предприятий.

*Генеральная франшиза*

Открытие на предоставленной территории определенного количества франчайзинговых предприятий требует от франчайзи значительного инвестирования. Тем не менее, франчайзи не всегда имеет достаточно денежных средств или возможностей для заимствования для открытия на закрепленной за ним территории необходимого для франчайзера 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 франчайзер в новой стране назначает франчайзи, который, фактически, выполняет функции франчайзера. То есть этот “главный” (master) франчайзи учит других франчайзи методам ведения предпринимательской деятельности франчайзера, контролирует их деятельность, дает рекомендации по улучшению деятельности и тому подобное. Принимая во внимание, что генеральная франшиза базируется на территориальной, главный франчайзи всегда получает определенную территорию для своей деятельности. Таким образом, генеральная франшиза, которую также определяют как мастер франшизу, представляет собой соглашение между одной стороной, франчайзером, и другой стороной, генеральным франчайзи, которого иногда определяют как субфранчайзера, по которому субфранчайзеру предоставлено право не только самостоятельной эксплуатации франшизы, а и дальнейшей продажи франшизы от имени или в интересах франчайзера.

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 ГК Украины не выделяют видов франшизы и, соответственно, их понятий. В то же время в ГК Украины применяется понятие субфранчайзинга. Таким образом, можно утверждать, что действующий ГК Украины выделяет как обычную, так и генеральную франшизы.

*Исключительная франшиза*

В случае классификаций франшизы по правовому режиму использования объектов права интеллектуальной собственности можно выделить обычную, исключительную и единоличную франшизы.

*Единоличная франшиза*

Исключительной франшизой автор называет франшизу, по которой франчайзи получает исключительное право на эксплуатацию франшизы на определенной территории. Можно сказать, что территориальная и генеральная франшиза всегда бывают исключительными. Исключительная франшиза предоставляется одному франчайзи и исключает право франчайзера как использовать ее на территории, предоставленной франчайзи, так и выдавать подобные франшизы иным франчайзи.

Единоличной автор определяет франшизу, по которой не только франчайзи, но и сам франчайзер, но не третьи лица, уполномоченные последним, имеет право эксплуатации франшизы на определенной, предоставленной франчайзи территории.

Неисключительная франшиза предполагает возможность франчайзи, франчайзера и третьих лиц, уполномоченных франчайзером, т.е. иных франчайзи, на использование франшизы на одной и той же территории в определенной сфере предпринимательской деятельности. Подобную классификацию и определения можно дать по аналогии со статьей 1108 ГК Украины.

### 3. КОММЕРЧЕСКОЕ (ФИРМЕННОЕ) НАИМЕНОВАНИЕ

Коммерческое (фирменное) наименование является одним из средств индивидуализации предприятия, отличия этого предприятия от других участников гражданского и хозяйственного оборота. Фирменное наименование, также как и торговый знак или знак обслуживания, исполняет различительную функцию. Статья 420 ЦК Украины относит коммерческое (фирменное) наименование к числу объектов права интеллектуальной собственности. Глава 43 ГК Украины устанавливает специальное регулирование защиты и пользования коммерческими наименованиями. Могут ли быть фирменные наименования составляющей франшизы и передаваться в пользование франчайзи?

В первую очередь, необходимо отметить, что, несмотря на предоставление украинским законодательством защиты коммерческим (фирменным) наименования, предложенное регулирование является противоречивым, а многие важные аспекты регулирования неясными.

Начать с того, что действующий Гражданский и Хозяйственный кодексы не дают определения коммерческого (фирменного) наименования. Они определяют, что правовая защита предоставляется коммерческому наименованию, если оно дает возможность отличить одно лицо от другого, т.е. в качестве основного критерия предоставления правовой охраны коммерческому наименованию выделяется отличительность. Хотя, по мнению Ю.М. Капицы<sup>105</sup>, основанному на законодательстве европейских стран и нормах Парижской конвенции, такой критерий не характерен в целом для фирменных наименований.

*Неисключительная франшиза*

<sup>105</sup> Капіца Ю.М. Питання адаптації законодавства України у сфері охорони фірмових найменувань до законодавства Європейських країн // Окремі проблеми законодавчого регулювання договору комерційної концесії в Україні // Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії та практики. За заг.ред. Ю.С. Шемшученко. Ю.Л. Бошицького. К.: – Юридична думка, 2000.– С. 218.

Кузнецова Н.С. и Кохановская Е.В.<sup>106</sup> считают, что словесное обозначение, которое может стать фирменным наименованием, составляется в соответствии с определенными правилами: основная часть фирменного наименования именуется корпусом, остальная – дополнением. Корпус фирменного наименования является обязательной частью фирмы и содержит указание на организационно-правовую форму предприятия, его тип и предмет деятельности, другие характеристики. Дополнение содержит обязательные и факультативные элементы. Обязательный элемент представляет собой специальное название предприятия – это его номер или иное обозначение. По мнению Ю.М. Капицы обязательная часть фирменного наименования включает отличительный элемент – специальное название, которое может представлять собой оригинальные слова, имена физических лиц, географические названия и т.п.<sup>107</sup>. К факультативным относятся те названия, которые могут включаться в фирменное наименование по желанию предпринимателя. В качестве примера таких факультативных элементов Ю.Л. Бошицкий приводит такие указания как “центральный”, “специализированный”<sup>108</sup>. Ими могут быть сокращенное наименование фирмы или аббревиатура. К сожалению, не приводится примеров как может выглядеть фирменное наименование в соответствии с таким его описанием, ведь, с нашей точки зрения оно полностью совпадает с требованиями законодателя, предъявляемыми к наименованию предприятия. Статья 90 ГК Украины указывает, что юридическое лицо должно иметь свое наименование, содержащее информацию о его организационно-правовой форме и характере деятельности. При этом Кузнецова Н.С. и Кохановская Е.В. указывают, что коммерческое наименование является дополнением к наименованию предприятия и не может с ним совпадать<sup>109</sup>. Красовская А.Г. более категорична и считает, что официальное наименование юридического лица и его фирменное наименование отличаются друг от друга принципиально<sup>110</sup>.

Ю.М. Капица<sup>111</sup> считает открытым вопрос наличия связи или тождества наименования и фирменного наименования. По его мнению, наиболее полное определение содержания фирменного наименования содержалось в Постановлении

<sup>106</sup> Кузнецова Н.С. Кохановська О.В. Найменування юридичної особи і комерційне (фірмове) найменування: проблема співвідношення, регулювання і захисту. – С. 449 – 451.

<sup>107</sup> Кузнецова Н.С. Кохановська О.В. Найменування юридичної особи і комерційне (фірмове) найменування: проблема співвідношення, регулювання і захисту. – С. 219

<sup>108</sup> Бошицкий Ю.Л. Сучасні проблеми правової охорони комерційних позначень в Україні. – С. 31.

<sup>109</sup> Кузнецова Н.С. Кохановська О.В. Найменування юридичної особи і комерційне (фірмове) найменування: проблема співвідношення, регулювання і захисту. – С. 449 – 451.

<sup>110</sup> Красовська А.Г. Законодавчі основи охорони прав на комерційні найменування в Україні. Реальність та перспектива. – С. 481.

<sup>111</sup> Капица Ю.М. Питання адаптації законодавства України у сфері охорони фірмових найменувань до законодавства Європейських країн. – С. – 218.

ЦИК СССР и Совета Народных комиссаров “О введении в действие положения о фирме” от 22.06.1927г., которое достаточно подробно расписывало требования к фирменным наименованиям в зависимости от организационно-правовой формы предприятия. Постановление Верховной Рады Украины от 12.09.91г. “О порядке временного действия на территории Украины отдельных актов законодательства Союза ССР”, устанавливает, что нормы законов Союза ССР применяются на территории Украины до момента принятия украинских актов, регулирующих те же правоотношения. Высший хозяйственный суд Украины в своем письме № 05-3/31 от 14.01.2004г высказал мнение, что Гражданский и Хозяйственный кодекс как раз и являются теми актами, которые урегулировали на территории Украины вопросы защиты и использования коммерческих (фирменных) наименований и, таким образом, Постановление ЦИК СССР и Совета Народных комиссаров “О введении в действие положения о фирме” от 22.06.1927г. утратило свою силу 1 января 2004г. Ю.М. Капица не согласен с таким выводом и считает возможным применение Постановления ЦИК СССР и Совета Народных комиссаров “О введении в действие положения о фирме”.

Существует полемика тождественны ли понятия коммерческого и фирменного наименований. Так, Палладий Н.В. считает, “коммерческое наименование” по содержанию, изложенному в Гражданском и Хозяйственном кодексах Украины шире, нежели такая правовая категория, как “фирменное наименование”<sup>112</sup>. Автор, как и другие ученые, считает, что эти понятия тождественны.

Почему таким важным является определение понятия коммерческого (фирменного) наименования? Во-первых, на практике предприниматели часто ссылаются на наличие у них фирменного наименования, а во-вторых, закон предоставляет имущественные права интеллектуальной собственности на коммерческое наименование, включая право препятствовать другим лицам неправомерно использовать коммерческое наименование, в том числе запрещать такое использование, и передавать имущественные права интеллектуальной собственности на коммерческое наименование другому лицу лишь вместе с целостным имущественным комплексом лица, которому эти права принадлежат, или его соответствующей частью. Так как по договору франчайзинга франчайзер не передает франчайзи возможности использовать его целостный имущественный комплект, можно говорить о том, что действующее

<sup>112</sup> Паладій М.В. Право інтелектуальної власності на комерційне найменування // Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії та практики./ За заг. ред. Ю.С. Шемшученко. Ю.Л. Бошицького. К.: – Юридична думка, 2006. – С. - 371.



украинское законодательство запрещает передавать коммерческое (фирменное) наименование в пользование франчайзи.

*Общие требования*

Исходя из вышеизложенного, при желании украинского франчайзера использовать свое фирменное наименование во франчайзинговой деятельности, он должен зарегистрировать его в качестве торгового знака. Такая регистрация позволит обойти запретительную норму о передаче фирменного наименования, с одной стороны, и позволит избежать всех неясностей и проблем, связанных с фирменными наименованиями, с другой.

*Общие требования*

#### 4. ТОРГОВЫЕ МАРКИ (ЗНАКИ ДЛЯ ТОВАРОВ И УСЛУГ)

Можно сказать, что любой предприниматель, имеющий прибыльный бизнес, потенциально может стать франчайзером. Хорошим дополнением к прибыльно работающему предприятию является его знак, который поможет потенциальному потребителю легко отличить товары или услуги этого предприятия от схожих товаров или услуг других предприятий. Наличие разработанного и узнаваемого знака существенно облегчает рекламные компании и, соответственно, если предприятие имеет все основания агрессивно расширять свой сектор на потребительском рынке, у него должен быть свой товарный знак.

Закон Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг” определяет знак как “обозначение, в соответствии с которым товары и услуги одних лиц отличаются от однородных товаров и услуг других лиц, объектом которого могут быть словесные, изобразительные, объемные и прочие обозначения или их комбинации, выполненные в любом цвете или объединении цветов”.

Проект ГК Украины<sup>113</sup> (в статье 526) в качестве элементов знака предусматривал использование “звука и прочих обозначений, или их комбинаций”. К сожалению, вступивший в силу ГК Украины уже не содержал в себе таких нововведений.

Для распознавания товаров или услуг одного предприятия от другого используются отдельные элементы или их комбинации: слова; буквы; цифры; цвета<sup>114</sup>. Указанные

<sup>113</sup> Українське право. –1996.– № 2(4). Українська правнича фундація.

<sup>114</sup> Больше о цвете в качестве знака для товаров и услуг смотри: Дубинський М.І. Деякі теоретичні та практичні аспекти захисту кольорів в якості торговельних марок // Правова охорона

элементы могут иметь различную форму и объем (двухмерные, одномерные, трехмерные знаки). Законодательство некоторых стран позволяет в качестве элементов знака использовать также звук (например, применение определенной музыкальной мелодии или других определенных звуков)<sup>115</sup> и запах<sup>116</sup>.

В принципе, действующий сейчас закон Украины не ограничивает типы комбинаций элементов, хотя как объект знака закон не упоминает звук или запах. Таким образом, можно сделать вывод, что в Украине регистрации подлежит знак, который состоит из любой комбинации указанных выше элементов, за исключением звука и запаха.

Для того, чтобы знак был зарегистрирован в Украине он должен, во-первых, отличать товары или услуги одного предприятия от товаров или услуг другого предприятия (различительная функция), и, во-вторых, не противоречить морали и публичному порядку (этическая функция). Этих два основных требования присущи законодательству, практически, всех стран, а также международным конвенциям, которые регулируют международную защиту торговых знаков. В соответствии с принятой практикой правовой защиты знаков считается, что знак, в целом, может нести информацию о свойствах и достоинствах товаров, но только не непосредственно, а в иносказательном смысле путем использования аналогий, создающих образы определенных потребительских свойств товаров<sup>117</sup>. Для того, чтобы заявляемое в качестве товарного знака обозначение обладало различительной способностью, оно не должно быть ни обозначением, прямо или непосредственно обозначающим сущность и вид товаров, ни обозначением, выражающим характеристики товаров (их свойства, качество, ценность, назначение, место и время производства и т.п.)

Если знак не обладает различительной функцией, он не подлежит регистрации, и, соответственно, не может служить в качестве торгового знака. Так, например, не подлежат регистрации родовые понятия или термины. К таким родовым терминам можно отнести слова “мебель”, “кофе”, “растворимый кофе”, “пивной бар” и т.п. Знаки, обозначающие вид, качество, стоимость, время производства и тому подобное, также

---

комерційних позначень в Україні: проблеми теорії та практики. За загальною редакцією Ю.С. Шемшученко. Ю.Л. Бошицького. – К.: – Юридична думка, 2006. – С. - 148 – 179.

<sup>115</sup> В соответствии с данными В. Мельникова компания National Broadcasting Company Inc. Of New York (NBC) зарегистрировала свои позывные “Bing-Bong-Bing”, исполняемые во время перерывов между передачами для услуг “трансляция радио- и телевизионных программ” со следующим словесным объяснением: “The mark comprises the musical notes G.E.C played on chimes”, что переводится: знак, состоящий из музыкальных нот соль, до и си, воспроизводимых колоколами. В. Мельников. Защита обозначений: звук, запах и цвет. Интеллектуальная собственность.– 1997.– № 5-6. – С. 18.

<sup>116</sup> Там же. – С.19-21.

<sup>117</sup> Более подробно смотри: В. Мельников. Экспертиза обозначений, носящих описательный характер. Интеллектуальная собственность.– 1997. –№ 11-12.– С.47-52.

не подлежат регистрации в качестве товарных знаков. Использование букв алфавита, цифр или определенных геометрических форм без комбинирования с другими элементами, используемыми в знаках, может явиться причиной отказа в регистрации такого знака.

Нельзя зарегистрировать в качестве знака описывающие товар слова. Например, товарному знаку “Душистое мыло” будет отказано в регистрации, т.к. слово “душистое” описывает запах мыла.

Иногда в качестве элемента знака используются неологизмы (новые словообразования), например, “Желатиноль”, “Сокок”, “Sony” и т.п. Однако не каждый неологизм будет зарегистрирован в качестве знака<sup>118</sup>.

Имя или фамилия в качестве элемента знака могут быть зарегистрированы только в том случае, если они обладают различительной функцией. В качестве примера такой регистрации можно привести торговый знак украинского дизайнера Вероники Жанви, который воспроизводит ее имя и фамилию. Если же имя или фамилия являются широко распространенными (Иванов Иван, Сидоров Петр), такому знаку будет отказано в регистрации.

Товарный знак должен действительно отличать товары или услуги одного предприятия от другого. Если поданный на регистрацию товарный знак напоминает иной, даже не зарегистрированный, однако, хорошо известный товарный знак, что может ввести в заблуждение потребителя, такой товарный знак зарегистрирован не будет.

Зарегистрировав знак, франчайзер должен обращать внимание на языковую охрану зарегистрированного знака, ставшего популярным. Чем популярнее знак, тем больше опасность его перехода в число обще употребимых слов. Как известно, слова, ставшие нарицательными, теряют право на охрану (это произошло, например» с торговыми марками “целлофан”, “аспирин”, “термос”). По данным В. Мильгрота настоящую войну за товарный знак вела фирма Хегох, стремясь утвердить в сознании потребителя мысль, что Хегох – это не общеупотребимое слово, а торговая марка компании, производящей копировальные аппараты, а также понятие, что иные фирмы, выпускают аналогичную, т.е. копировальную, а не “ксерокопировальную” технику<sup>119</sup>. Следует отметить, что такая же компания проводилась в отношении торговой марки Jeep: еще совсем недавно внедорожник любого производителя назывался джипом.

<sup>118</sup> Смотри: С.С. Шмонина. Товарный знак в виде неологизма. Патенты и лицензии.– М.,1999. – № 4. –С.15-19.

<sup>119</sup> В. Мильгром. Позвольте не согласиться. Интеллектуальная собственность.– 1995.– №7-8.– С.12.

Все вышеуказанное говорит о том, что потенциальный франчайзер при разработке знака и его последующем обслуживании должен обратиться к помощи патентного поверенного, специализирующегося на знаках. В противном случае все инвестиции франчайзера в свой товарный знак могут оказаться напрасными.

При выборе слов, используемых в качестве элементов торгового знака, необходимо исследовать все возможные ассоциации, которые будут вызваны у потребителя таким знаком. Например, на рынке Украины работала сеть автомоек под торговым знаком “Помой-ка!”. Позволим себе сделать предположение, что это торговый знак, зарегистрированный в России и предоставленный в пользование по системе франчайзинга украинским малым и средним предпринимателям. С одной стороны, такой торговый знак может ассоциироваться у потребителя с побуждением его осуществить действия по мытью машины – помой-ка! Однако следует помнить, что в русском языке есть слово “помойка” - место, куда сбрасывают мусор и объедки, и которое ни при каких обстоятельствах не бывает чистым. При возникновении у потребителя таких ассоциаций, он никогда не поедет мыть машину на автомойку с таким торговым знаком. Необходимо отметить, что использование этого товарного знака было недолгим.

Другим примером торгового знака, который может рождать различные ассоциации у потребителя, является знак “Шара-Вара”, используемый в ресторанах быстрого питания. Очевидно, это тоже детище российской мысли. Можно предположить, что основная цель такого торгового знака указать на дешевизну и, соответственно, доступность продаваемых в таком ресторане продуктов питания. Следует при этом помнить, что у потребителя может возникнуть ассоциация с поговоркой “дешевый сыр только в мышеловке”, т.е. можно покушать дешево и потом иметь проблемы со здоровьем.

Сложно сказать, какие ассоциации будут преобладать над какими и какие ассоциации, в конце концов, победят. При этом франчайзер и франчайзи будут вкладывать деньги в рекламу торговой марки и товаров, продаваемых под ее маркировкой. Если же через определенное время выяснится необходимость менять торговую марку, можно будет констатировать бесполезность потраченных средств.

При принятии решения франчайзером о включении в состав торгового знака обозначения, которое содержит официальное название государства “Украина” им

должны приниматься во внимание специальные Правила, регулирующие такое включение<sup>120</sup>.

Указанные Правила определяют условия предоставления согласия, устанавливают порядок представления и рассмотрения ходатайств заявителей о внесении обозначения, которое содержит официальное название государства “Украина”, в знак для товаров и услуг.

Использованием официального названия государства “Украина” считается внесение обозначения в знак как элемент, который содержит:

- а) официальное название государства “Украина”, написанное буквами украинской и/или любой другой азбуки;
- б) международный код Украины “UA”, определенный согласно Стандарту Международной организации из стандартизации ISO 3166 по Стандарту Всемирной организации интеллектуальной собственности ST.3.

Согласие на внесение в знак обозначения, которое содержит официальное название государства “Украина”, предоставляется, если:

- 1) использование официального названия государства “Украина” как элемента знака не будет противоречить публичному порядку, принципам гуманности и морали, будет способствовать интересам государства и не будет вводить в заблуждение общественность относительно лица, которое производит товар или предоставляет услугу;
- 2) товары и услуга, относительно которых предусматривается использование такого знака, имеют промышленную, образовательную, научную, культурную или художественную ценность.

Ходатайство заявителя подлежит рассмотрению специально назначаемой комиссией<sup>121</sup>, которая при рассмотрении ходатайства о предоставлении согласия принимает во внимание такие факторы, как длительность деятельности заявителя, распространение его продукции или услуги, на территории Украины и за ее пределами, эстетичный вид обозначения и тому подобное.

*Официальное  
название  
государства  
"Украина" в знаке*

<sup>120</sup> См. Правила согласования вопросов о внесении обозначения, которое содержит официальное название государства “Украина”, к знаку для товаров и услуги, утвержденные приказом Министерства науки и образования Украины от 4 марта 2004 г. № 175.

<sup>121</sup> Компетенция комиссии обозначена Положением о Комиссии о согласовании вопросов о внесении обозначения, которое содержит официальное название государства “Украина” в знак для товаров и услуг, утвержденном приказом Министерства науки и образования Украины от 7 октября 2003 г. № 677.

Процедура подачи и рассмотрения ходатайства следующая:

1) заявитель уведомляет Укрпатент о своем намерении получить согласие Комиссии на включение официального названия государства "Украина" в знак.

2) заявитель подает в Комиссию ходатайство о включении официального названия государства "Украина" в знак. Ходатайство подается заявителем в адрес Госдепартамента. К ходатайству прилагаются:

а) копия уведомления Укрпатенту о необходимости получения согласия Комиссии на использование названия государства "Украина" в знаке с обязательным приложением библиографических данных, которые являются неотъемлемой частью сообщения;

б) копия свидетельства о государственной регистрации субъекта предпринимательской деятельности и его учредительных документов (если заявителем является юридическое лицо);

в) копия доверенности, удостоверяющей полномочия представителя на представление ходатайства (если ходатайство подается не заявителем);

г) письмо от соответствующего центрального органа исполнительной власти, которое содержит поддержку ходатайства по сути, а также информацию о деятельности заявителя;

д) иные материалы, которые заявитель считает целесообразным предоставить для получения согласия.

Рассмотрение ходатайства происходит на закрытом заседании Комиссии. По результатам рассмотрения ходатайства Комиссия принимает решение о предоставлении согласия, отказе в предоставлении согласия или о запросе дополнительных документов. Решение Комиссии направляется заявителю, а его копия - в Укрпатент не позже одного месяца от даты заседания, на котором это решение принято.

*Виды знаков*

Необходимо отметить практическую сложность получения согласия на включение официального названия государства "Украина" в знак.

Международные договоры выделяют такие виды знаков;

- 1) знаки для товаров (товарные знаки);
- 2) знаки для услуг (знаки обслуживания);
- 3) коллективные знаки;
- 4) сертификационные знаки;
- 5) гарантийные знаки.

Согласно Парижской Конвенции знаки обслуживания и коллективные знаки подлежат специальной регистрации и охраняются. Конвенция определяет коллективные

знаки как знаки, которые принадлежат коллективам, существование которых не противоречит законам страны их происхождения, даже если эти коллективы не являются собственниками промышленного или торгового предприятия. Закон Украины «Об охране прав на знаки для товаров и услуг» не содержит специального понятия «коллективные знаки»<sup>122</sup> и режима его функционирования, хотя и предусматривает возможность для объединения лиц быть собственником на знак. Также закон Украины не предусматривает возможности регистрации сертификационных или гарантийных знаков.

Закон Российской Федерации “О товарных знаках, знаках обслуживания и наименования мест происхождения товаров”<sup>123</sup> обозначает коллективный знак как “товарный знак союза, хозяйственной ассоциации или иного добровольного объединения предприятий (далее – объединение), предназначенный для обозначения выпускаемых и (или) реализуемых ими товаров, обладающих едиными качественными и иными общими характеристиками”. Закон РФ запрещает передачу права пользования коллективным знаком другим лицам, а также предусматривает аннулирование действия регистрации полностью или частично в случае использования коллективного знака на товарах, не обладающих едиными характеристиками.

Коллективный знак используется не только объединением лиц, но и членами этого объединения для указания на соответствие определенным качественным стандартам товаров, которые производятся этим объединением и его членами. Как правило, согласно с внутренними уставами объединений, несоблюдение качественных характеристик товара лишает члена этого объединения, который нарушил качественные стандарты, права использовать знак на его товарах, вплоть до устранения нарушений. Функция коллективного знака - информировать потребителя об определенных характеристиках обозначенного им товара или услуги. Как правило, во время регистрации коллективного знака регистрируется и положение, которое определяет требования к товару или услуге, чтобы они могли быть промаркированы коллективным знаком.<sup>124</sup> Коллективные знаки могли бы использоваться франчайзинговыми ассоциациями, как подтверждение соответствия качества товаров и услуг требованиям законов Украины, принятым стандартам и т.п.

<sup>122</sup> Для примера, Инструкция Совета ЕЭС № 40/94 от 29 декабря 1993 г. “О торговой марке Сообщества”( Official Journal 1994 L 11/1) определяет коллективный знак, как торговый знак Сообщества, который применяется и может отличить товары или услуги членов ассоциации, являющейся собственником этого знака, от знаков других лиц.

<sup>123</sup> Принят 23 сентября 1992 г. Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992. № 42. Ст. 2322.

<sup>124</sup> Такое правило предусмотрено в Инструкции Совета “О торговой марке Сообщества”, ст.65.



Гарантийные или сертификационные знаки используются согласно определенным стандартам. Основным отличием коллективных знаков от сертификационных является возможность использования коллективного знака точно определенным количеством лиц - объединением и его членами. Сертификационный знак может использоваться любым лицом, которое соблюдает установленные требования и сертифицировано определенным образом. Собственником коллективного знака является объединение, собственником сертификационного знака является орган, компетентный сертифицировать товар или услугу. Сертификационные и гарантийные знаки могут использоваться во франчайзинге как доказательство соответствия производимых товаров или услуг определенным нормам и стандартам, разработанным в стране. Примером таких знаков является знак качества, использовавшийся в СССР.

Разработанный и оформленный надлежащим образом знак подается на регистрацию. Его регистрация возможна только после проведения экспертизы заявки, которая состоит из трех этапов:

- 1) установление даты подачи заявки<sup>125</sup>;
- 2) проверка заявки на соответствие требованиям к ее оформлению - экспертиза по формальным признакам;
- 3) экспертиза заявки по сути.

Если по результатам экспертизы заявки будет определено, что знак соответствует условиям предоставления правовой охраны, заявителю высылается решение о регистрации знака<sup>126</sup>.

Право собственности на знак, зарегистрированный в Государственном реестре знаков, удостоверяет свидетельство на знак. Срок действия свидетельства на знак

<sup>125</sup> Для установления даты подачи заявки в Укрпатент должны поступить:

- ходатайство в произвольной форме о регистрации знака, изложенное на украинском языке;
- сведения о заявителе и его адресе, изложенные на украинском языке;
- изображение, внешне напоминающее обозначение, которое может быть знаком;
- сведения о перечне товаров и услуг, для которых заявляется знак. Перечень товаров и услуг оформляется в соответствии с Ниццкой классификацией, больше известной на Украине под названием Международной классификации товаров и услуг, далее МКТУ;
- документ об уплате сбора за подачу заявки. Сбор уплачивается в соответствии с Положением о сборах. Также в Положении о сборах установлен соответствующий размер сборов за внесение исправлений и уточнений в материалы заявки, за подачу возражений в Апелляционный совет (орган, в который заявитель может обжаловать любое решение Укрпатента Украины), за обновление пропущенных сроков и за другие действия, связанные с регистрацией знаков.

При наличии указанных материалов заявителю высылается решение об установлении даты подачи заявки, после чего проводится экспертиза заявки по формальным признакам и экспертиза заявленного обозначения на соответствие условиям предоставления правовой охраны.

<sup>126</sup> На протяжении двух месяцев со дня получения заявителем указанного решения в Укрпатент должен поступить документ об уплате сбора за выдачу свидетельства.

составляет 10 лет со дня подачи заявки и продолжается по ходатайству собственника каждый раз на 10 лет<sup>127</sup>.

Закон Украины, как и законы иных стран, не ограничивает круг лиц, которые могут быть собственниками знаков на товары или услуги кругом только тех лиц, которые производят товары или предоставляют услуги. Указанное положение как нельзя лучше подходит к франчайзингу: ведь, зачастую, франчайзер, разработавший прибыльную предпринимательскую концепцию, и зарегистрировавший на себя знак, не производит товары или услуги. Такие товары или услуги производятся третьими лицами, причем эти третьи лица не всегда являются членами франчайзинговой сети. По нашему мнению, отсутствие такого ограничения отражает современные тенденции развития института защиты объектов права интеллектуальной собственности, кооперации в промышленности и торговле<sup>128</sup>, включая международную, и является целесообразной.

*Виды лицензий на использование знаков*

Собственник знака имеет право предоставить исключительную, неисключительную или единичную лицензию на его использование на Украине.

Предоставление права использования знака может быть включено в качестве специальной оговорки в договор франчайзинга или же передаваться в специальном (лицензионном/договоре на использование знака) договоре.

Необходимо отметить, что в Украине с 1 января 2004г. отсутствует принудительная регистрация договоров о передаче права пользования торговым знаком в Укрпатенте. Однако при желании сторон или франчайзера такая регистрация может быть проведена добровольно.

Законом установлено единственное требование к содержанию лицензионного договора на пользование знаком:

- 1) франчайзер обязан контролировать качество товаров или услуг франчайзи; а

<sup>127</sup> Ходатайство на украинском языке от имени владельца свидетельства на знак о продолжении срока действия свидетельства подается в Укрпатент на протяжении последнего года действия свидетельства, относится к одному свидетельству и содержит:

- номер свидетельства;
- номер заявки;
- дату подачи заявки;
- дату завершения срока действия свидетельства;
- фамилию или наименование и адрес владельца свидетельства.

<sup>128</sup> Существует мнение о необходимости сужения круга лиц, которые могут подавать заявку на регистрацию знака, кругом производителей. В частности, см.: Матеріали симпозиуму з питань ТРІПС, що проходив 23-24 квітня 1999р. Торгові аспекти права інтелектуальної власності. Збірка вибраних міжнародних матеріалів. Том II. Підпригора О.А. ТРІПС і законодавство України про інтелектуальну власність.– Авторсько-правове товариство.– 1999. –С. 7-9

2) франчайзи обязан гарантировать производство товаров/предоставление услуг такого же качества, что и товары/услуги франчайзера.

Украина является участницей международных договоров по защите знаков. Это дает возможность франчайзерам-резидентам Украины регистрировать знак не только в Украине, а сразу же в нескольких странах, в которые франчайзер намерен распространить свой бизнес, а также предоставляет возможность франчайзерам-иностранным компаниям получить защиту своих знаков в Украине.

В развитие положений о регистрации и защите товарных знаков, а также на основании статьи 19 Парижской Конвенции о защите промышленной собственности, в 1891г. путем подписания Мадридского соглашения о международной регистрации знаков, далее Мадридское соглашение или Соглашение, был создан Мадридский союз для международной регистрации знаков. В последующем Мадридское соглашение несколько раз дополнялось<sup>129</sup>, а 28 июня 1989 г. был подписан Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков, далее Протокол, вступивший в силу 1 апреля 1996 г. Украина является участницей Мадридского соглашения. К Протоколу к Мадридскому соглашению Украина присоединилась 1 июня 2000 г, выполнив, таким образом, взятые на себя перед Европейским сообществом обязательства<sup>130</sup>.

По сравнению с Мадридским соглашением Протокол ввел весьма либеральные изменения, а именно:

1) заявитель может основывать заявление на международную регистрацию на заявлении, зарегистрированном в ведомстве происхождения. В соответствии с соглашением международная заявка на регистрацию знака должна основываться на регистрации в ведомстве происхождения;

2) каждое договаривающееся государство, в котором заявитель испрашивает защиту, может избрать период в 18 (именно такой период избран Украиной) и более месяцев, а не период в 12 месяцев, для представления декларации о невозможности предоставления защиты знака на его территории;

*Мадридский союз*

3) ведомство каждого договаривающегося государства может устанавливать более высокую пошлину, чем та, которая предусмотрена в Мадридском соглашении<sup>131</sup>;

<sup>130</sup> Смотри: Соглашение о партнерстве и сотрудничестве между Европейским сообществом и его государствами членами и Украиной от 16 июня 1994 г., Раздел VI.

<sup>131</sup> Украина воспользовалась этим правом, установив за международную регистрацию знака 500 долларов США, за каждый класс Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков более трех, для которых используется знак – 100 долларов США, за продолжение регистрации знака на каждые 10 лет – 600 долларов США.

4) международная регистрация, аннулированная по ходатайству ведомства происхождения (например, базовая заявка была отклонена или базовая регистрация была признана недействительной через 5 лет после международной регистрации), может быть трансформирована в национальную (или региональную), получающую дату приоритета со дня международной регистрации.

Для разъяснения понятий и введения единообразных процедур оформления заявки на международную регистрацию знака 1 января 1998 г. были введены в действие Общие правила Мадридского соглашения о международной регистрации знаков и Протокола, касающегося этого соглашения, далее Правила.

Таким образом, Мадридский союз международной регистрации знаков<sup>132</sup> подчинен действию Мадридского соглашения и Протокола к нему. Мадридское соглашение и Мадридский протокол являются независимыми, параллельными договорами. На сегодняшний день можно говорить о трех группах стран Мадридского союза:

- 1) страны - члены только Мадридского соглашения;
- 2) страны - члены только Мадридского протокола;
- 3) страны - члены и Мадридского соглашения и Мадридского протокола.

Во избежание возникновения коллизий, нормы какого международного договора имеют преимущественную силу, если государство является одновременно и стороной Соглашения и Протокола, в Протокол была введена статья 9 *sexies*, широко известная как “предохранительная оговорка” (*safeguard clause*). Она предусматривает, что в отношении конкретной международной заявки или регистрации, ведомство происхождения - это ведомство Договаривающегося государства, как Мадридского соглашения, так и Протокола, и эта международная заявка или регистрация будут рассматриваться исключительно в соответствии с положениями Соглашения.

Основным преимуществом Мадридского союза по сравнению с Парижским является возможность для заявителя подать международную заявку в национальное ведомство и его знак получает защиту во всех указанных им государствах-членах Мадридского Союза. Парижская Конвенция предусматривала необходимость подачи заявок во все национальные ведомства государств, в которых испрашивалась защита.

<sup>132</sup> Членами союза являются: Албания, Алжир, Армения, Австрия, Азербайджан, Беларусь, Босния и Герцеговина, Болгария, Китай, Хорватия, Куба, Чехия, Народная Демократическая Республика Корея, Дания, Египет, Эстония, Финляндия, Франция, Грузия, Германия, Венгрия, Исландия, Италия, Казахстан, Кения, Киргизстан, Латвия, Лесото, Либерия, Лихтенштейн, Литва, Люксембург, Монако, Монголия, Марокко, Мозамбик, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Республика Молдавия, Румыния, Российская Федерация Сан-Марино, Сьерра Леоне, Словакия, Словения, Испания, Судан, Свазиленд, Швеция, Швейцария, Таджикистан, Македония, Турция, Украина, Великобритания, Узбекистан, Вьетнам, Югославия.

К субъектам, которым разрешено использовать преимущества Мадридского союза, отнесены граждане и юридические лица, имеющие промышленное или коммерческое предприятие, или постоянно проживающие, или являющиеся гражданами страны-участницы либо Мадридского соглашения, либо Мадридского протокола, или которые имеют такое предприятие или постоянно проживают на территории, на которой находится межправительственная организация, являющаяся стороной Протокола, или является гражданином государства-члена такой организации. Ведомство договаривающегося государства, регистрирующее торговые знаки и знаки для услуг, в отношении которого гражданин или юридическое лицо удовлетворяет одному из перечисленных требований - национальное ведомство происхождения. Знак может получить международную регистрацию только после фазы национальной регистрации (в соответствии с Мадридским соглашением) или фазы подачи заявки на национальную регистрацию (в соответствии с Мадридским протоколом) в ведомство происхождения.

Объектом охраны Мадридского союза может быть любой знак: трехмерный, звуковой, нюхательный, цветной или черно-белый, коллективный, единоличный, гарантийный, сертификационный.

Мадридское соглашение и Протокол содержат специальные правила и процедуры по международной регистрации знаков. В соответствии со статьей 3 Мадридского Соглашения и статьей 3 Протокола заявка составляется в четко предписанной форме, которая должна соответствовать требованиям, изложенным в Правилах. Так, в соответствии с Правилom 6, международная заявка, подаваемая в соответствии с Соглашением, должна быть составлена только на французском языке. Международная заявка, составляемая в соответствии с требованиями Протокола или, и Протокола и Соглашения, может быть на английском или французском языках в зависимости от требований ведомства происхождения. В основном, требования к международной заявке сводятся к следующему:

1) заявка<sup>133</sup> подается в Международное бюро ВОИС через ведомство происхождения (т.е. ведомство место нахождения заявителя) в 1 экземпляре;

<sup>133</sup> Заявка должна содержать: данные о заявителе, его адрес, имя и адрес его представителя; требование приоритета предыдущей регистрации в соответствии с Парижской Конвенцией с указанием номера такой регистрации, наименованием ведомства такой регистрации. Требование должно содержать перечень товаров и услуг, на которые распространяется приоритет; воспроизведение знака, которое должно быть четким и соответствовать его цвету (черно-белый или цветной). Если изображение знака является трехмерным - это должно быть указано. Если знак является звуковым - это тоже должно быть указано. Также следует указать, является ли он коллективным, знаком сертификации или гарантийным знаком; наименование товаров и услуг, в отношении которых испрашивается международная защита, с указанием классов международной классификации.

2) международная заявка должна быть подписана ведомством происхождения, а также заявителем, если этого требует ведомство;

3) к заявке прилагается документ, подтверждающий уплату соответствующих сборов<sup>134</sup>.

В Мадридском союзе используются две международные классификации:

- 1) Венская классификация изобразительных элементов и
- 2) Ниццкая классификация товаров и услуг.

Венская классификация основана Венским соглашением, учреждающим международную классификацию изобразительных элементов знаков, подписанным в Вене в 1973г. и позднее дополненным в 1985г.<sup>135</sup> Соглашение учреждает классификацию знаков, состоящих или содержащих изобразительные элементы, а также Союз, членами которого являются государства-участники. В соответствии с условиями Соглашения комитет экспертов, представляющий Договаривающиеся государства, периодические пересматривает классификацию с тем, чтобы она отвечала современным требованиям. На сегодняшний момент действует пятая редакция классификации, вступившая в силу в 1 января 2008г. Эти изменения включены в новую (шестую) редакцию Международной классификации изобразительных элементов знаков. В соответствии с приказом № 136 от 11 ноября 2007 г. Госдепартамента интеллектуальной собственности эта редакция применяется на территории Украины. Классификация состоит из 29 категорий, 144 разделов и 1 569 подразделов, в соответствии с которыми и классифицируются знаки.

Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков было подписано 15 июня 1957 г., пересмотрено в Стокгольме 14

<sup>134</sup> При подаче международной заявки могут быть уплачены следующие сборы: базовый (basic); дополнительный (complementary) - за каждый класс международной классификации сверх трех классов товаров и услуг на которые испрашивается знак; добавочный (supplementary) - добавочная пошлина уплачивается, если Договаривающееся государство, в котором испрашивается защита, обязуется предоставить такую защиту только после прямого запроса о защите в заявке; индивидуальный (individual). Добавочный сбор уплачивается, если международная заявка подпадает под действие исключительно Протокола и Протокола и Соглашения. Индивидуальный сбор уплачивается, если заявка регулируется исключительно Протоколом и индивидуальный сбор уплачивается вместо дополнительного. Размер индивидуального сбора устанавливается каждым Договаривающимся государством. Подлежащие уплате сборы разбиваются на две равных части, из которых первая уплачивается сразу же и, таким образом, защита знака поддерживается первых 10 лет. Валютой платежа являются швейцарские франки. Размер базового сбора зависит от цвета воспроизведения марки: при черно-белом воспроизведении размер сбора составляет 653 швейцарских франков, при цветном - 903 швейцарских франков. Дополнительный сбор составляет 73 швейцарских франков за каждое указываемое государство, в котором испрашивается защита.

<sup>135</sup> Участниками Венского соглашения являются Куба, Франция, Гвинея, Киргизстан, Люксембург, Молдавия, Нидерланды, Польша, Румыния, Швеция, Тринидад и Тобаго, Тунис и Турция. De facto, классификация используется также и странами, не являющимися юридически участниками Соглашения.



июля 1967 г. и в Женеве 13 мая 1977 г.<sup>136</sup> Соглашение устанавливает классификацию товаров и услуг для целей регистрации торговых и марок обслуживания. Классификация состоит из перечня классов (34 класса для товаров и 8 классов для услуг) и алфавитного перечня товаров и услуг. Перечни время от времени изменяются и дополняются и на сегодняшний день действует седьмая версия Классификации, вступившая в силу 1 января 1997 г. Несмотря на то, что страны-участники соглашения образуют специальный Союз и принимают единую классификацию товаров и услуг, Мадридской соглашением разрешается каждой из стран Союза определять самостоятельно объем охраны знака, признаки знака обслуживания, а также использовать классификацию в качестве основной или вспомогательной системы. Украина признает Ниццкую классификацию в качестве основной и использует для национальной регистрации знаков для товаров и услуг.

Если международная заявка не соответствует каким-либо требованиям Мадридского Союза, ведомство происхождения предлагает заявителю внести необходимые изменения. Такие изменения должны быть внесены в течение трех месяцев со дня уведомления.

Если заявка составлена надлежащим образом и необходимые сборы уплачены, Международное бюро ВОИС регистрирует знак в Международном реестре, уведомляет об этом ведомства Договаривающихся государств, в которых испрашивается защита, а также ведомство происхождения и направляет заявителю соответствующий сертификат о международной регистрации. Сертификат содержит дату международной регистрации, ее номер, классификацию знака в соответствии с международной классификацией. Данные о зарегистрированной торговой марке публикуются в Официальной газете ВОИС о международных знаках.

Регистрация знака в Международном бюро производится на 20 лет и может быть продлена на последующие 20 лет в случае уплаты необходимых сборов.

Владелец знака может в любой момент отказаться от охраны в одной или нескольких Договаривающихся странах, уведомив об этом Международное бюро через ведомство происхождения.

---

<sup>136</sup> Участниками Ниццкого Соглашения являются Алжир, Австралия, Австрия, Барбадос, Беларусь, Бельгия, Бенин, Босния и Герцеговина, Китай, Хорватия, Куба, Чехия, Народная демократическая Республика Корея, Дания, Эстония, Финляндия, Германия, Греция, Гвинея, Венгрия, Исландия, Ирландия, Израиль, Италия, Киргизстан, Япония, Латвия, Ливан, Лихтенштейн, Литва, Люксембург, Малави, Монако, Марокко, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Республика Корея, Молдавия, Румыния, Российская Федерация, Сингапур, Словакия, Словения, Испания, Суринам, Швеция, Швейцария, Таджикистан, Македония, Тринидад и Тобаго, Тунис, Турция, Великобритания, США, Югославия. Украина стала участницей Соглашения с 1 июня 2000г.



Право пользования на знак, зарегистрированный в соответствии с Мадридским соглашением или Протоколом, передается и оформляется в соответствии с законодательством страны, в которой знак будет использоваться.

Зарегистрированный знак дает его собственнику исключительные права на использование, владение и распоряжение и права абсолютной защиты от посягательств на знак третьих лиц.

Парижская Конвенция в статье bбis предусматривает, что общеизвестная торговая марка подлежит защите, даже если она не зарегистрирована. Недостатком статьи bбis является ограничение защиты общеизвестной марки только в отношении идентичных или похожих товаров. На практике, всем известны случаи неправомерного использования общеизвестных торговых марок для товаров и услуг других, чем те, для использования которых эта торговая марка была зарегистрирована.

Закон Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуг” предоставляет охрану хорошо известным маркам со ссылкой на статью bбis Парижской конвенции. До определенного времени существовала полемика относительно терминологических проблем – конвенция указывает на общеизвестные, а украинский закон на хорошо известные знаки. На сегодня эта полемика закрыта и хорошо известный знак может получить свою охрану, как в административном, так и в судебном порядке.

Знак может быть признан хорошо известным как Апелляционной палатой Государственного департамента интеллектуальной собственности<sup>137</sup>, так и судом. Закон устанавливает, что знак может быть признан хорошо известным независимо от наличия его регистрации в Украине.

Лицо, которое считает свой знак хорошо известным в Украине, подает соответствующее заявление в Апелляционную палату.

Заявление должно касаться лишь одного знака и содержать:

1) полное наименование, местонахождение юридического лица - заявителя (фамилия, имя, отчество, место проживания физического лица - заявителя), вид и номер его средства связи;

2) адрес для переписки;

3) фамилию, имя, отчество представителя, если заявление подается таким представителем, вид и номер его средства связи;

*Хорошо известные  
знаки*

<sup>137</sup> См. Порядок признания знака хорошо известным в Украине Апелляционной палатой Государственного департамента интеллектуальной собственности, утвержденный приказом Министерства науки и образования Украины от 15 апреля 2005 г. № 228.

4) обоснование требований заявителя по признанию его знака хорошо известным в Украине;

5) дату, с которой заявитель считает свой знак хорошо известным в Украине относительно товаров и/или услуг, которые им производятся и/или предоставляются;

6) сведения о наличии правовой охраны знака на территории Украины. В случае, если заявление касается знака, заявка на который находится на рассмотрении в Укрпатенте, то об этом должно быть указано в заявлении с указанием номера заявки и даты ее представления;

7) перечень прилагаемых к заявлению документов:

а) изображение знака<sup>138</sup>;

б) документ об уплате сбора за представление заявления; доверенность на представителя,

в) документы, отмеченные в заявлении как доказательства изложенных в нем обстоятельств, содержащих фактические данные, подтверждающие наличие факторов, которые могут влиять на признание знака хорошо известным в Украине в отношении товаров и/или услуг, относительно которых он используется;

г) выписка из Государственного реестра свидетельств Украины на знаки для товаров и услуг или выписка из Международного реестра в соответствии со статьей 5-ter Мадридского соглашения или статьей 5-ter Протокола о сведениях о международной регистрации (если знак зарегистрирован в Украине или охраняется на основании международной регистрации).

При определении является ли знак хорошо известным принимаются во внимание такие факторы:

- Степень известности или знакомства со знаком в соответствующем секторе общества<sup>139</sup>;

<sup>138</sup> Изображение знака предоставляется в пяти экземплярах на плотной бумаге (фотография, печатный оттиск и тому подобное) форматом не меньше 8 x 8 см. Изображение должно иметь качественное графическое выполнение. Если знаком является этикетка, то как его изображение должна быть предоставлена сама этикетка. Если изображение является объемным (трехмерным), то предоставляется изображение общего вида знака, а также изображение всех необходимых проекций знака, которые дают исчерпывающее представление о нем. Изображение предоставляется в том цвете или соединении цветов, в котором заявитель просит признать его знак хорошо известным в Украине.

<sup>139</sup> Известность знака в определенном кругу потребителей может подтверждаться результатами опроса по вопросу о хорошей осведомленности о знаке в Украине, проведенного исследовательской организацией, которая специализируется в отрасли проведения социологических или маркетинговых исследований.

Опросом должно быть охвачено, по крайней мере, шесть населенных пунктов разных географических регионов Украины с количеством населения не меньше 500 тыс.

какое именно лицо, по их мнению, является владельцем знака или производителем товаров, маркирующих знаком, и/или предоставляет услуги, для которых знак применяется;

с какого времени им известный знак;

что для них является источником информации о знаке.

- Длительность<sup>140</sup>, объем<sup>141</sup> и географический район использования знака<sup>142</sup>;

При этом подавляющим является опрос в трех городах, таких как Киев, Харьков, Львов, Одесса, Днепропетровск, Луганск, Донецк, Севастополь. Другие населенные пункты определяются, исходя из характера деятельности владельца знака по производству товаров и/или предоставления услуг.

Количество опрашиваемых должно отвечать целям объективности опроса, в связи с чем их максимальное количество не ограничивается, а минимальное должна быть не меньше 500 опрашиваемых в каких-нибудь двух населенных пунктах и не меньше 125 - в каждом ином населенном пункте.

Опрос относительно хорошей осведомленности о знаке должен быть репрезентативным для населения всей Украины и проводиться с учетом “целевой аудитории”.

Опрос относительно хорошей осведомленности о знаке, предназначенном для продукции производственно-технического назначения, должен проводиться среди специалистов, которые являются потребителями продукции данного вида и принадлежат к производственным, торговым и другим деловым кругам.

Опрос относительно хорошей осведомленности о знаке, предназначенном для товаров народного потребления, должен проводиться среди так называемых средних потребителей по признакам возраста, пола, образования, социального и материального состояния, а также среди специалистов соответствующих отраслей промышленности, торговли.

Результаты опроса определенного круга респондентов - потребителей и специалистов должны давать ответы на такие, по крайней мере, вопросы:

известен ли им знак;

для каких товаров и/или услуг применяется знак;

<sup>140</sup> Длительность использования знака может подтверждаться сведениями о дате начала использования знака и о непрерывности его использования.

<sup>141</sup> Интенсивность использования знака на территории Украины может подтверждаться сведениями об объеме реализации товаров и/или услуг, к которым применяется знак; перечне регионов Украины с указанием населенных пунктов, в которых осуществлялась реализация таких товаров и/или услуг; среднем количестве потребителей товаров и/или услуг на дату, указанную в заявлении; о круге потребителей и их специфике в зависимости от характера товаров и/или услуг; положении производителя на рынке в соответствующем секторе экономики; объемах экспорта (импорта) товаров, к которым применяется знак.

<sup>142</sup> Использование или продвижение знака может подтверждаться сведениями о видах маркировки товаров и/или применения знака при предоставлении услуг; экспонировании товаров на выставках, ярмарках, в частности международных и/или национальных (при этом могут предоставляться сведения о количестве посетителей выставки, ярмарках, площадях выставочных павильонов и тому подобное); использовании знака в рекламе; коммерческом использовании знака в сети Интернет; мероприятиях по продвижению знака.

- Длительность, объем и географический район продвижения знака, включая рекламирование<sup>143</sup> или публикации и представления на ярмарках или выставках товаров и/или услуг, в отношении которых продвигается знак;
- Длительность, объем и географический район регистраций<sup>144</sup> и/или заявок на регистрацию знака, при условии, что знак используется<sup>145</sup> или является признанным;
- Доказательства успешной защиты прав на знак, в частности, территория, на которой знак признан хорошо известным компетентными органами<sup>146</sup>;
- Ценность<sup>147</sup>, ассоциируемая со знаком.

Утверждения заявителя о наличии факторов, подтверждающих, что знак является хорошо известным в Украине, должны базироваться на приложенных документах, т.е. не достаточно использовать голословные утверждения.

Полученное заявление<sup>148</sup> с приложенными документами рассматривается коллегией Апелляционной палаты на предмет соответствия требованиям закона и заявитель в течение десяти дней уведомляется принято ли заявления к производству или оставлено без движения до устранения в нем недостатков. Заявитель обязан устранить недостатки на протяжении месяца от даты получения уведомления.

По принятому заявлению назначается дата его рассмотрения, о чем уведомляется заявитель, который обязательно принимает участие в таком рассмотрении.

Назначенная к рассмотрению коллегия Апелляционной палаты при рассмотрении заявления должна непосредственно исследовать представленные доказательства, заслушать объяснение заявителя, выводы эксперта (если такой вовлечен при рассмотрении заявления), ознакомиться с письменными доказательствами.

При принятии решения коллегия решает вопрос о:

<sup>143</sup> Рекламирование знака может подтверждаться сведениями о способах рекламирования маркируемых товаров в разных средствах информации, включая Интернет; количестве потребителей такой рекламы; расходах на рекламирование, в частности финансовые документы (отчеты) относительно расходов на рекламу.

<sup>144</sup> Если знак зарегистрирован в других странах, то заявителем могут быть предоставлены сведения о количестве таких регистраций и сроках их действия.

<sup>145</sup> Если знак используется в других государствах, в частности в тех, которые имеют давние экономические и торговые связи с Украиной, то заявителем могут быть предоставлены сведения о факте такого использования.

<sup>146</sup> Если знак уже признан хорошо известным в других странах, то заявителем могут быть предоставлены сведения о решении относительно этого факта, принятые компетентными органами этих стран.

<sup>147</sup> Ценность (стоимость) знака в соответствии с данными годовых финансовых отчетов (при этом методика оценки знака определяется его владельцем).

<sup>148</sup> В случае, если заявление касается знака, на который заявителем подана заявка на выдачу свидетельства Украины на знак для товаров и услуг, и которая находится на рассмотрении в Укрпатенте, то при согласии заявителя делопроизводство по этой заявке останавливается до принятия соответствующего решения Апелляционной палатой.

а) наличии обстоятельств (фактов), которыми обосновывалось заявление и какими доказательствами они подтверждаются;

б) наличии иных фактических данных, которые имеют значение для рассмотрения заявления, а также доказательств об их подтверждении;

в) удовлетворении заявления или отказа в его удовлетворении.

Из практики, срок рассмотрения заявления с приложенными к нему документами – от 2 до 6 месяцев. Знак не может быть признан Апелляционной палатой хорошо известным в Украине, если коллегией установлено, что предоставленные заявителем материалы не подтверждают хорошую осведомленность о знаке на дату, указанную в заявлении. Неотъемлемым дополнением к решению о признании знака хорошо известным в Украине является изображение хорошо известного знака. Решение Апелляционной палаты, принятое по результатам рассмотрения заявления, вступает в силу с момента утверждения его приказом Госдепартамента. Утвержденное решение Апелляционной палаты посылается заявителю и Госдепартаменту не позже пяти дней после его утверждения.

Знак, признанный хорошо известным в Украине по решению Апелляционной палаты, заносится в Перечень знаков, признанных хорошо известными в Украине Апелляционной палатой Государственного департамента интеллектуальной собственности, который ведется Госдепартаментом.

*Правовая охрана,  
предоставляемая в  
Украине*

Сведения о знаке, который по решению Апелляционной палаты признан хорошо известным в Украине, публикуются в официальном бюллетене “Промышленная собственность”.

Решение Апелляционной палаты о признании знака хорошо известным в Украине может быть обжаловано в судебном порядке.

Товары или услуги, для которых используется торговая марка без разрешения собственника, называются сфальсифицированными (counterfeit)<sup>149</sup>. Товары, представляющие собой копии других товаров, называются пиратские.

## 5. ИЗОБРЕТЕНИЯ И ПОЛЕЗНЫЕ МОДЕЛИ

Зачастую, во франчайзинге используются запатентованные изобретения или полезные модели. Как правило, лицом, передающим право пользования такими

<sup>149</sup> В переводных изданиях встречается использование понятия “контрафактный”, что, фактически, является калькой английского термина.

патентами, является франчайзер. Тем не менее, встречаются случаи предоставления права пользования запатентованным изделием и франчайзи.

Принимая решение о патентовании изобретения или полезной модели, франчайзер/франчайзи должны изучить вопрос экономической целесообразности патентования. Окупятся ли расходы на патентование и последующее поддержание патента в силе (национального или международного), за счет использования запатентованного изобретения.

Только запатентованное изобретение (полезная модель) может являться предметом франшизы по использованию такого изобретения (полезной модели).

Закон Украины “Об охране прав на изобретения и полезные модели”<sup>150</sup> определяет изобретение (полезную модель) как “результат творческой деятельности человека в любой области технологии”. Таким образом, украинское законодательство, как законодательства большинства стран, не разделяет понятий “изобретение” и “полезная модель”<sup>151</sup>.

Правила рассмотрения заявки на изобретение и заявки на полезную модель определяют изобретение как технологическое (техническое) разрешение, отвечающее условиям патентоспособности, а полезную модель как новое и промышленно пригодное конструктивное исполнение устройства.

Срок действия патента на изобретение (полезную модель) составляет 20 лет со дня подачи заявки в Укрпатент.

Объем предоставляемой правовой охраны определяется формулой изобретения (полезной модели). Толкование формулы должно осуществляться в пределах описания изобретения (полезной модели) и соответствующих чертежей.

Для получения патента на изобретение (полезную модель) подается<sup>152</sup> соответствующая заявка на украинском языке, которая должна содержать:

- заявление о выдаче патента Украины на изобретение (полезную модель);
- описание изобретения (полезной модели);
- формулу изобретения (полезной модели);
- чертеж (если на него имеется ссылка в описании);
- реферат<sup>153</sup>.

<sup>150</sup> Ведомости Верховной Рады Украины. 1994, № 7. Ст. 32.

<sup>151</sup> Такое разделение существовало до 2003 г.

<sup>152</sup> Заявка подается франчайзером или франчайзи. Все материальные вопросы взаимоотношений франчайзера/франчайзи с автором изобретения регулируются в отдельном договоре (это может быть трудовой или иной договор). Право авторства (моральное право или личное неимущественное право) неотчуждаемо от автора изобретения.

<sup>153</sup> Министерство науки и образования Украины приняло ряд документов, регламентирующих правила подачи заявки и процедуру получения патента, а именно:

Рассмотрение заявки<sup>154</sup> о выдаче патента на изобретение (полезную модель) проходит в три этапа:

1. установление даты подачи заявки;
2. экспертиза по формальным признакам;
3. квалификационная экспертиза заявки.

В ходе квалификационной экспертизы заявки на изобретение Укрпатент имеет право запросить от заявителя дополнительные материалы, без которых проведение экспертизы невозможно, а также изменить формулу изобретения.

По истечении 18 месяцев со дня подачи заявки на изобретение, если заявлен приоритет, с даты ее приоритета, Укрпатент публикует в своем официальном бюллетене установленные им сведения о заявке при условии, что она не отклонена, не отозвана и не считается отозванной. По ходатайству заявителя Укрпатент публикует сведения о заявителе ранее указанного срока. По требованию изобретателя он не упоминается в публикуемых сведениях о заявке. После публикации сведений о заявке любое лицо вправе ознакомиться с материалами заявки, заплатив за это установленный сбор.

Опубликованные сведения о заявке на изобретения предоставляют заявителю временную правовую охрану в объеме формулы изобретения, с учетом которой они опубликованы. Действие временной правовой охраны заключается в том, что заявитель имеет право на получение компенсации за причиненные ему после публикации сведений о заявке убытки от лица, которое действительно знало или получило письменное уведомление на украинском языке с указанием номера заявки о том, что сведения о заявке на изобретение, которое используется им без разрешения заявителя, опубликованы. Действие временной правовой охраны прекращается со дня публикации в официальном бюллетене “Промышленная собственность” сведений о выдаче патента или уведомления о прекращении делопроизводства по заявке.

*Вашингтонский  
договор о патентной  
кооперации*

- Правила составления и подачи заявки на изобретение и заявки на полезную модель, утвержденные 22.01.2001 г., № 22;

- Правила рассмотрения заявки на изобретение и заявки на полезную модель, утвержденные 15.03.2002г., № 197.

<sup>154</sup> За рассмотрение заявки (одновременно с заявкой или в течение 2 месяцев с момента ее подачи) уплачивается сбор, предусмотренный постановлением Кабинета Министров Украины № 1716 от 23 декабря 2004 г. “Об утверждении Порядка уплаты сборов за действия, связанные с охраной прав на объекты интеллектуальной собственности”.



Одновременно с публикацией сведений о выдаче патента Укрпатент осуществляет государственную регистрацию патента на изобретение (полезную модель) для чего вносит в Государственный реестр соответствующие сведения.

Франчайзер или франчайзи, намеренные использовать свое изобретение за пределами Украины, в других странах должны обеспечить правовую охрану этому изобретению в этих странах.

Реализуя положения статьи 19 Парижской Конвенции, в 1970 г. в Вашингтоне был подписан Договор о патентной кооперации (Patent Cooperation Treaty широко известный как РСТ), основавший Международный союз патентной кооперации в рамках Парижского союза по охране промышленной собственности. В последующем Договор дважды дополнялся<sup>155</sup>. С 1 января 1985 г. была введена в действие новая редакция Специальных правил (Rules), которые детально описывают и разъясняют положения Договора, содержат инструкции по совершению необходимых действий и т.п. Правила являются не просто неотъемлемой частью Договора, они содержат практические механизмы его реализации. Договор вступил в силу в 1973 г. На сегодняшний момент его участниками являются 100 стран, в том числе и Украина.

Договор развил и усовершенствовал требования Парижской Конвенции в части регистрации изобретений. Договор направлен на упрощение процедуры одновременной регистрации заявки на изобретение в нескольких странах, однако, он не ограничивает свободы Договаривающихся сторон применять соответствующие меры, необходимые для защиты национальной безопасности или ограничивать права своих собственных граждан или лиц, постоянно проживающих на территории этого государства, регистрировать международные заявки, если такой запрет направлен на защиту общих экономических интересов государства. О популярности Договора среди заявителей свидетельствуют цифры: за период с 1997 по 1998 число поданных заявлений увеличилось на 23%; за период 1998-1999 было подано 123 000 заявлений, а за период 2000-2001 ожидалось поступление 172 000 заявлений<sup>156</sup>.

Положения Договора действительны только в случае оформления и подачи международной заявки и не могут трактоваться как обязательные при подаче национальной заявки.

Договор предусматривает возможность составления и подачи в национальное патентное ведомство международной заявки, если заявитель хочет обеспечить охрану

<sup>155</sup> 2 октября 1979 г. и 3 февраля 1984 г.

<sup>156</sup> WIPO members agree to cut patent fees, endorse digital agenda. Patent Trademark & Copyright. BNA Journal. Vol. 58, No. 1444.-P.647

своего изобретения в нескольких странах. Статья 3 Договора, а также Правила 4, 11, 35 содержат требования к международной заявке, которые сводятся к следующему:

1) заявка может быть подана в любом Договариваемом государстве;

2) заявка должна быть подана на языке, оговоренном принимающим патентным ведомством, которым может быть либо национальное ведомство, либо межправительственная организация, и который должен быть также языком, приемлемым для Международного поискового ведомства (МПВ)(International Searching Authority<sup>157</sup>), а также языком публикации. Если же заявка подана на языке, не приемлемом для МПВ, заявителю предоставляется возможность представить перевод на надлежащий язык в течение месяца со дня получения заявки ведомством. Подача перевода с нарушением этого требования влечет за собой уплату штрафа в размере 50% от размера регистрационной пошлины;

3) заявка должна соответствовать специальным требованиям, содержащимся в Правиле 11 (количество копий, размер страниц, их нумерация и т.п., так называемые “физические требования”) и сопровождаться уплатой международной пошлины, которая состоит из передаточной (transmittal), базовой (basic), поисковой (research) пошлины и платежа за просрочку в исполнении определенных действий. Отдельно уплачиваются указательная (designation), управляющая (handling) и подтверждающая (confirmation) пошлины<sup>158</sup>. Международное поисковое ведомство может требовать уплаты поисковой пошлины, которая используется для проведения международного поиска и осуществления других формальностей, возложенных на МПВ Договором и Правилами. Размер поисковой пошлины устанавливается генеральным директором ВОИС. Получающее ведомство может требовать уплаты передаточной пошлины за получение международной заявки, пересылку копий заявки в Международное поисковое бюро, а также за исполнение других формальностей получающего ведомства.

<sup>157</sup> Требования к международному поисковому ведомству (МПВ) изложены в статье 16 Договора и Правиле 35. МПВ назначается Союзом международной патентной кооперации. На 15 апреля 1999 г. такими ведомствами являлись национальные ведомства Австралии, Австрии, Китая, Японии, Российской Федерации, Испании, Швеции, США и Европейское патентное ведомство.

<sup>158</sup> Базовая пошлина составляет 650 швейцарских франков, если размер заявки не превышает 30 листов, в противном случае за каждую страницу заявки сверх 30-ти, заявитель должен уплатить дополнительно 15 швейцарских франков. Указательная пошлина составляет 140 швейцарских франков за каждое место назначения (страна, для целей получения национального патента, или группа стран для целей получения регионального патента). Управляющая пошлина составляет 233 швейцарских франков. Подтверждающая пошлина составляет 50% от суммы уплаченной указательной пошлины. Указанные пошлины уплачиваются заявителем в размере 75%, если он является гражданином или постоянно проживает в государстве, в котором национальный валовой доход на человека составляет менее 3 000 долларов США.

Правило 15 содержит сроки уплаты пошлин: *базовая пошлина* уплачивается в течение месяца с момента направления международной заявки; *указательная пошлина* - в течение одного года с даты приоритета или одного месяца с момента направления заявки, если этот месячный период истекает позже года с даты приоритета.

Размер пошлины фиксируется получающим ведомством и уплачивается в течение месяца со дня получения международной заявки.

В соответствии со статьей 3 Договора международная заявка должна содержать заявку, описание, требования, рисунки и резюме (реферат).

Требования к содержанию заявки сформулированы в статье 4 Договора РСТ:

1) ходатайство, что поданная международная заявка должна рассматриваться в соответствии с Договором;

2) наименование изобретения<sup>159</sup>;

2) данные о заявителе и/или его агенте, включающие полное имя, отчество, фамилию, полное наименование (если это юридическое лицо), полный почтовый адрес, номера телефонов и факсов. Заявитель должен указать свою национальность и место постоянного проживания;

3) страны, в которых испрашивается защита. Если в определенных странах вместо национального можно получить региональный патент, заявитель должен указать хочет ли он получить такой региональный патент;

4) данные об изобретателе, если национальное законодательство хотя бы одной из стран, в которых испрашивается защита, требует раскрытия такой информации;

5) требование приоритета должно содержать заявление о поданной ранее заявке и дате, на которую она была зарегистрирована, при условии, что регистрация была сделана в течение 12 месяцев до подачи международной заявки<sup>160</sup>;

6) ссылки на проводимые ранее международные или иные поиски с указанием страны, даты и номера проведенного поиска;

7) виды требуемой защиты. В отношении любого из выбранных государств, чье законодательство предусматривает предоставление сертификата изобретателя и сертификата полезности;

8) ссылка на материнскую заявку или материнский патент.

Для осуществления процедуры патентной регистрации используется международная патентная классификация, основанная Страсбургским соглашением 1971г.<sup>161</sup> и дополненная в 1979г. Для того, чтобы классификация отвечала современным

<sup>159</sup> Наименование должно быть кратким (предпочтительно от двух до семи слов на английском языке) и точным.

<sup>160</sup> Если ранее поданная заявка является региональной, необходимо указать орган уполномоченный предоставлять региональные патенты в соответствии с применимым региональным договором. В случае более ранней регистрации региональной или международной заявки, в требовании приоритета можно указать одну или более стран-участниц Парижской Конвенции, для которых такая заявка была зарегистрирована.

<sup>161</sup> На начало 2009 г. участниками Соглашения являются 59 стран, включая: Австралия, Австрия, Беларусь, Бельгия, Бразилия, Великобритания, Германия, Гвинея, Греция, Дания, Египет, Ирландия, Израиль, Испания, Италия, Канада, Китай, Куба, Люксембург, Малави, Молдавия,

требованиям, время от времени она пересматривается: на сегодня действует шестая редакция, вступившая в силу 1 января 1995г.<sup>162</sup>

Заявка должна быть подписана заявителем или заявителями.

Оформленная надлежащим образом заявка подается в получающее ведомство, которым может быть:

- 1) национальное ведомство заявителя; или
- 2) Международное бюро ВОИС.

Получающее ведомство должно зарегистрировать международную заявку датой ее получения, если она отвечает следующим требованиям:

- 1) заявитель имеет право подавать заявку в принимающее ведомство;
- 2) заявка сделана на предписанном языке;
- 3) заявка содержит, по крайней мере, следующие элементы:
  - а) указание, что она является международной;
  - б) указание, по крайней мере, одного Договаривающегося государства;
  - в) данные о заявителе в предписанной форме;
  - г) описание изобретения;
  - д) указание какая защита испрашивается.

Если же какие-либо из указанных требований не исполнены, то датой получения заявки будет считаться дата получения надлежащих изменений<sup>163</sup>.

Международное поисковое бюро исследует международную заявку на предмет новизны в соответствии с условиями Договора, Правилами и соглашением, заключенным этим бюро с Международным бюро ВОИС. При исследовании международной заявки Международное поисковое бюро должно приложить максимум усилий для исследования заявки на предмет новизны, включая:

(А) исследование “национальной патентной документации”, состоящей из:

(I) патентов, зарегистрированных в и после 1920 г. Францией, бывшем Федеральном патентном суде (Reichpatentamt) Германии, Японии, ведомстве бывшего СССР, Швейцарии (только на французском и немецком языках), Великобритании и США;

(II) патентов, зарегистрированных ФРГ и Российской Федерацией;

---

Монако, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Российская Федерация, Румыния, Словакия, Суринам, США, Таджикистан, Тринидад и Тобаго, Турция, Чехия, Финляндия, Франция, Швеция, Швейцария, Эстония, Япония. Украина не является участницей Соглашения.  
<sup>162</sup> Международная патентная классификация подразделяется на 8 разделов, которые содержат около 67000 подразделов. Каждый подраздел имеет символ, состоящий из арабских цифр и латинских букв.

<sup>163</sup> Такие изменения должны быть внесены не позднее 4-х месяцев со дня регистрации международной заявки (правило 30).

(III) рационализаторских предложений, зарегистрированных в бывшем СССР;  
(IV) сертификаты полезности и опубликованные заявки на сертификаты полезности во Франции;

(V) зарегистрированные патенты или опубликованные заявления на патенты в иных, чем указанные выше, странах на английском, французском, немецком или испанском языках, в которых не требовался приоритет, если национальное ведомство заинтересованной страны отсортировало эти документы и предоставило их в распоряжение каждого Международного Поискового бюро<sup>164</sup>.

(Б) Опубликованные международные (поданные в рамках Договора) заявки, опубликованные региональные заявки и рационализаторские сертификаты.

Международная заявка, отвечающая вышеуказанным требованиям, имеет силу обычной национальной заявки в каждом указанном заявителем государстве в том значении, как это предусматривает Парижская конвенция. Дата международной заявки должна рассматриваться как фактическая дата регистрации в каждом указанном государстве. В соответствии со статьей 12 Договора международная заявка подается в трех экземплярах:

- 1) 1 экземпляр остается в получающем ведомстве (национальный экземпляр);
- 2) в одном экземпляре заявка передается в Международное бюро по защите интеллектуальной собственности (архивный экземпляр). Именно архивный экземпляр и является истинной международной заявкой. Международная заявка считается отозванной, если архивный экземпляр не получен Международным бюро в предписанные сроки;
- 3) в одном экземпляре заявка передается в Международное поисковое бюро (поисковый экземпляр).

Если в соответствии с национальным законодательством международная заявка подается в меньшем количестве копий, получающее ведомство обязано подготовить необходимое количество копий. Понесенные при этом расходы компенсируются заявителем.

Результаты исследования заявки отражаются в Международном поисковом отчете (International Search Report), который направляется заявителю и в Международное бюро ВОИС и патентные ведомства стран, в которых испрашивается защита. Отчет должен быть направлен заявителю через три месяца с момента получения поискового

---

<sup>164</sup> Международное поисковое бюро, чьим официальным языком или одним из официальных языков которого не является японский, русский или испанский, не обязано включать в исследуемую документацию патентные документы Японии, Российской Федерации или бывшего СССР, а также документацию на испанском языке, если они не переведены на английский язык.

экземпляра или 9 месяцев с даты приоритета в зависимости от того, какой срок истекает ранее. В случае необходимости внесения в международную заявку изменений и невозможности ее регистрации в первоначальном виде, декларация об отказе в проведении поиска предоставляется заявителю в те же сроки.

Если национальный закон предусматривает уплату национальной пошлины, такая пошлина по международной заявке должна быть уплачена не позднее 20 месяцев с даты приоритета в национальное ведомство страны, в котором испрашивается защита.

Если заявка не отозвана или не считается отозванной в связи с техническими недочетами, она должна быть опубликована по истечении 18 месяцев с даты приоритета или ранее этого срока при наличии соответствующего ходатайства заявителя<sup>165</sup>.

Страны-участницы Договора не вправе вносить дополнительные требования к оформлению международной заявки. Странам-участницам Договора лишь разрешено требовать от заявителя - юридического лица данные о должностном лице, уполномоченном представлять такое юридическое лицо, а также представления документа, подтверждающего полномочия представителя или поверенного. В этом случае к оформлению документов на представителя применяется национальное законодательство о представительстве<sup>166</sup>.

Опубликованные сведения о международной заявке предоставляют заявителю временную правовую охрану в объеме формулы изобретения, с учетом которой они опубликованы. Действие временной правовой охраны заключается в том, что заявитель имеет право на получение компенсации за причиненный ему после публикации сведений о заявке ущерб, если изобретение используется без разрешения заявителя. Каждое государство-участник, названное в числе стран, в которых испрашивается защита, вправе требовать от заявителя для перехода в национальную фазу публикации материалов заявки на национальном языке.

Пройдя все необходимые процедуры в соответствии с Договором, заявитель является обладателем группы национальных и/или региональных патентов.

Договор РСТ не только предусматривает специальные процедуры для подачи международной заявки, но также в статье 45 оговаривает возможность заключения Договаривающимися сторонами региональных договоров, направленных на еще большее упрощение процедуры регистрации изобретений в определенных регионах. Некоторые страны воспользовались такой возможностью и заключили региональные договоры, направленные на получение региональных патентов:

---

<sup>165</sup> Статья 21 (2)(a) (b) Договора РСТ.

<sup>166</sup> Статья 27 Договора РСТ.

1) Евразийская патентная конвенция;

2) в 1973 г. в Мюнхене была подписана Конвенция о выдаче европейских патентов. Конвенция предусматривает выдачу европейского патента европейским патентным ведомством на основе унифицированных для этой цели правил. В каждой стране-участнице Конвенции, за исключением стран общего рынка, выданный патент должен действовать как национальный. В 1975 г. странами ЕЭС была подписана Люксембургская Конвенция о европейском патенте для стран Европейского Союза;

3) соглашение 1962 г. о создании Афро-Мальгашского ведомства промышленной собственности, установившее единый порядок охраны изобретений, регистрации товарных знаков, промышленных образцов для группы африканских стран, бывших ранее колониями Франции. В 1977 г. это соглашение было заменено договором о создании Африканской организации интеллектуальной собственности (African Intellectual Property Organization, OAPI)<sup>167</sup>;

4) в 1976 г. группой других африканских стран, бывших в прошлом колониями Великобритании, было заключено аналогичное соглашение о создании организации промышленной собственности англо-говорящей Африки (African Regional Industrial Property Organization, ARIPO)<sup>168</sup>.

Конвенция о выдаче европейских патентов, более известная как Европейская Патентная Конвенция (ЕПК), была подписана вне рамок Европейского Сообщества 5 октября 1973 года. В последующем она несколько раз пересматривалась, вступила в силу 13 декабря 2007 года и сегодня ее участниками являются все страны Европейского Союза плюс Австрия, Швейцария, Лихтенштейн, Монако и Швеция.

ЕПК не предполагает выдачу единого патента. Заявитель получает, фактически, пакет национальных патентов, который имеет силу в тех договаривающихся странах ЕПК, которые определены заявителем и по которым Европейским Патентным Офисом<sup>169</sup> были выданы патенты.

В соответствии со статьей 52 ЕПК, Европейский патент предоставляется для изобретений:

- применимых в промышленности;
- новых;

*Европейский патент*

<sup>167</sup> Участниками соглашения являются: Бенин, Буркина-Фасо, Камерун, Центральная Африканская Республика, Чад, Конго, Кот Д’Ивуар, Габон, Гвинея, Мали, Мавритания, Нигер, Сенегал, Того.

<sup>168</sup> Участниками соглашения являются Ботсвана, Гамбия, Гана, Кения, Лесото, Малави, Сьерра Леоне, Сомали, Судан, Свазиленд, Уганда, Объединенная республика Танзания, Замбия, Зимбабве.

<sup>169</sup> Штаб-квартира Европейского Патентного офиса расположена в Мюнхене и имеет отделения в Гааге и Берлине.



- имеющих изобретательский уровень.

ЕПК не определяет понятие “изобретение”, а указывает какие из объектов -

- нельзя отнести к изобретениям (к таким объектам относятся открытия, научные теории, математические методы, схемы, правила и методы для осуществления умственных процессов, игр или для ведения предпринимательской деятельности, компьютерных программ, предоставление информации);

- относятся к изобретениям, но не предполагают промышленного применения (к таким объектам относятся методы лечения человека или животных путём хирургического вмешательства или терапии, диагностические методы);

- прямо исключенным для предоставления правовой охраны (например, изобретения, которые противоречат общественному порядку и морали, вредят растениям и животным, или существенным образом влияют на биологические процессы производительности растений и животных).

Заявка на Европейский патент может быть подана в Европейский Патентный офис или, если закон Договаривающейся Стороны разрешает или предписывает, в центральное патентное ведомство этой Договаривающейся Стороны.

Заявка на выдачу Европейского патента должна содержать наименования стран, в которых испрашивается защита.

Заявка на выдачу Европейского патента подается на одном из официальных языков ЕПК (на английском, французском, или немецком языке) и выбранный язык становится в последующем языке процедуры. Если заявитель одного из Договаривающихся Государств подает заявку на своем языке, то не позднее чем через 3 месяца с момента подачи заявки и не позже, чем через 13 месяцев после даты приоритета, этот заявитель должен представить перевод своей заявки и прилагаемых к ней материалов на один из официальных языков ЕПК.

Одновременно с подачей заявки или не позднее 3 месяцев с момента подачи заявителем уплачиваются соответствующие пошлины<sup>170</sup>.

Процедура получения Европейского патента состоит из трех фаз. Первая фаза включает в себя экспертизу на соответствие поданных документов формальным требованиям, подготовку европейского поискового отчёта, публикацию заявки и поискового отчета. Вторая фаза состоит из экспертизы заявки по существу и предоставления патента. Исследование заявки по существу должно быть проведено в течение 6 месяцев со дня опубликования поискового отчета. Решение о выдаче Европейского патента вступает в силу со дня его публикации в Европейском патентном

<sup>170</sup> К таким пошлинам относятся регистрационная, поисковая и указательная.

бюллетене. С этого момента и при условии выполнения всех национальных требований (предоставление перевода, оплаты необходимых пошлин) Европейский патент трансформируется в пакет национальных патентов, каждый из которых независим. Третья фаза, фактически, представляет собой возможность для третьих лиц подать в Европейский патентный офис противопоставленные заявке патентные материалы.

*Евразийская  
патентная  
кооперация*

В среднем процедуры предоставления Европейского патента занимает 44 месяца<sup>171</sup>.

Срок действия Европейского патента - 20 лет со дня подачи заявки.

Реализовывая права стран-участниц Парижского союза на региональные объединения в рамках статьи 19 Парижской конвенции и статьи 45(1) Договора о патентной кооперации десятью странами СНГ в Москве 9 сентября 1994г. была подписана региональная Евразийская патентная конвенция. В соответствии со статьей 26 этой Конвенции она вступает в силу после ратификации первыми тремя государствами-участниками. Такими первыми государствами-участниками явились: республика Беларусь, республика Таджикистан и Российская Федерация. Таким образом, эта Конвенция положила начало созданию региональной патентной системы для стран СНГ.

Евразийская патентная конвенция разработана на основе принятых в международной практике норм и процедур. Она прошла международную экспертизу и была одобрена Международным бюро ВОИС, Европейской патентной организацией, Международной ассоциацией по охране промышленной собственности. Сохраняя независимость национальных патентных систем, она упрощает процедуру получения патента на изобретение во всех государствах-участниках одновременно и разрешает использовать единый патентный фонд для экспертизы заявки. В рамках Евразийской патентной конвенции заявитель получает единый евразийский патент, являющийся действительным на территории стран-участниц Конвенции.

Евразийская патентная конвенция не определяет конкретных субъектов, подпадающих под ее действие. В соответствии с Конвенцией:

- “заявитель считается имеющим право на получение Евразийского патента” (статья 7 (2));
- если заявитель не имеет постоянного места жительства или постоянного места нахождения на территории Договаривающегося государства, он должен быть

<sup>171</sup> G. Metaxas-Maranghidis. The European Dimension. Intellectual Property Laws of Europe. John Wiley & Sons. 1995.–P.18.

представлен патентным поверенным, имеющим такое место жительства или местопребывание в этом Договаривающемся государстве;

- заявитель, имеющий постоянное место жительства или постоянное место нахождения на территории Договаривающегося государства может быть представлен самостоятельно, патентным поверенным, а также любым иным представителем.

Срок действия Евразийского патента – 20 лет со дня подачи евразийской заявки, которая может быть подана либо непосредственно в Евразийское ведомство, расположенное в Москве, либо в национальное ведомство заявителя с последующей передачей в Евразийское ведомство.

При подаче евразийской заявки уплачиваются следующие виды пошлин:

- 1) единая процедурная пошлина за подачу заявки, поиск, публикацию и другие процедурные действия, если заявка подана в Евразийское ведомство; и

- 2) пошлина за проверку заявки на соответствие формальным признакам и пересылку, если заявка подана в национальное ведомство; и

- 3) пошлина за экспертизу заявки по существу, уплачиваемая в Евразийское ведомство, если заявитель подал соответствующее ходатайство до истечения 6 месяцев, со дня публикации отчета о поиске; и

- 4) пошлина за выдачу евразийского патента, уплачиваемая Евразийскому ведомству в течение 3 месяцев со дня получения уведомления, если ведомство приняло решение выдать евразийский патент.

Сроки проведения поиска, направление соответствующего отчета заявителю, публикация заявки соответствуют срокам, установленным в Договоре о патентной кооперации, и составляют 3 и 18 месяцев соответственно.

В том случае, если заявителю будет отказано в выдаче евразийского патента, Евразийская конвенция, также как и Договор о патентной кооперации, предусматривает возможность преобразования евразийской заявки в национальную<sup>172</sup>, если такое ходатайство представлено заявителем до истечения 6 месяцев после получения уведомления об отказе, а также уплачены необходимые национальные пошлины.

В случае расхождений между текстами Евразийской конвенции и Договора о патентной кооперации, преимущественную силу будут иметь положения Договора.

---

<sup>172</sup> Пошлина за подачу ходатайства о преобразовании евразийской заявки в национальную составляет 200 долларов США (для стран с ВНД свыше 3000 долларов США), 40 долларов США (для стран с ВНД менее 3000 долларов США), для стран-участниц Конвенции – 20 долларов США.

## 6. ПРОМЫШЛЕННЫЕ ОБРАЗЦЫ

Промышленные образцы являются результатом творчества при оформлении товаров массового производства. Промышленный образец или внешний вид изделия представляет сложное сочетание не только внешних качеств изделия, но и его внутреннего, функционального устройства и назначения. Целью такого творчества является внешнее эффектное оформление товара для привлечения наибольшего количества потенциальных покупателей. В качестве промышленного образца может быть зарегистрирована форма изделия, его упаковка и т.п.

Промышленные образцы применяются одновременно и в промышленности, и в искусстве. Следовательно, необходимо четко разграничивать промышленные образцы – объекты промышленной собственности, и промышленные образцы – произведения декоративно-прикладного искусства.

Юридическая наука на протяжении многих лет пытается разработать соответствующие критерии такого разграничения.

Н. Обухова<sup>173</sup> выделяет три основных доктрины разграничения:

1) доктрина “единства художественного творчества”, получившая свое воплощение во Франции, в соответствии с которой художественную ценность произведения искусства невозможно определить посредством специфических или специальных понятий, носящих объективный, а не субъективный характер. Вследствие такого подхода охрана должна быть предоставлена как произведениям “чистого искусства”, так и «промышленного искусства»;

2) доктрина “разделения”, законодательно закрепленная в Италии, предполагает, что промышленные образцы подлежат охране только в соответствии с патентным, а не авторским, правом. При оценке художественного достоинства промышленного образца должно приниматься во внимание лишь его эстетическое восприятие, получившее техническое применение, а не художественное достоинство как произведения искусства;

3) доктрина “частичной кумуляции”, существующая в Германии, в соответствии с которой промышленные образцы, имеющие коммерческую ценность, подлежат охране в соответствии с патентным правом и лишь некоторые высокохудожественные образцы подлежат охране как в соответствии с промышленным, так и в соответствии с авторским правом.

<sup>173</sup> Н. Обухова. Правовая охрана промышленных образцов в США. Интеллектуальная собственность.– 1995.– № 5-6.– С.40-44.

По мнению Обуховой, “располагаясь между авторской и патентной формами охраны, промышленные образцы образуют как бы “правовой гибрид”, о котором нельзя сказать, что либо это “изобретение”, либо “искусство”<sup>174</sup>.

В соответствии с украинским законодательством промышленный образец - это результат творческой деятельности человека в области художественного конструирования<sup>175</sup> - довольно сухое и абстрактное определение. Так, например, в соответствии с литовским законодательством промышленный образец – это

*Защита  
промышленных  
образцов в Украине*

“имеющий индивидуальные свойства эстетический вид изделия - в целом или частично, - сконструированный из специфических линий, контуров, цветов, форм и (или) материалов”<sup>176</sup>.

Право собственности на промышленный образец удостоверяется патентом, срок действия которого 10 лет (со дня подачи заявки в Укрпатент), который может быть продлен по ходатайству владельца патента, но не более чем на пять лет. Объем предоставляемой правовой охраны определяется совокупностью существенных признаков промышленного образца, изображенных на фотографиях изделия (его макета, рисунка). Толкование признаков должно производиться в пределах описания промышленного образца.

Заявка<sup>177</sup> должна относиться к одному промышленному образцу и может содержать его варианты. Она составляется на украинском языке и должна включать:

- заявление о выдаче патента;
- комплект фотографий с изображением изделия (его макета, рисунка), которые дают полное представление о внешнем виде изделия;
- описание промышленного образца;
- чертеж, схему, карту (если необходимо).

Одновременно с заявкой или в течение 2 месяцев с момента ее подачи уплачивается соответствующий сбор<sup>178</sup>.

<sup>174</sup> Н. Обухова. Правовая охрана промышленных образцов в США. Интеллектуальная собственность. – 1995.– № 5-6.– С.41-42.

<sup>175</sup> Статья 1 Закона Украины “Об охране прав на промышленные образцы”. Ведомости Верховной Рады Украины.– 1994, № 7. – С. 34

<sup>176</sup> П. Касперавичюс. Охрана внешнего вида изделий в Литве. Интеллектуальная собственность. –1996. – №7-8.–С. 43.

<sup>177</sup> Заявка должна составляться в соответствии с “Правилами составления и подачи заявки на промышленный образец”, которые вступили в силу 18 февраля 2002 г., приказ Министерства науки и образования № 110.

<sup>178</sup> См. постановление Кабинета Министров Украины “Об утверждении порядка уплаты сборов за действия, связанные с охраной прав на объекты интеллектуальной собственности”.

Экспертиза<sup>179</sup> производится на основании формальных признаков. Патент на промышленный образец выдается под ответственность его владельца без гарантии его действия. На основании решения о выдаче патента на промышленный образец и при наличии документа об уплате сбора за выдачу патента, Укрпатент публикует в своем официальном бюллетене установленные им сведения о выдаче патента. После публикации сведений о выдаче патента любое лицо вправе ознакомиться с материалами заявки в порядке, устанавливаемом Укрпатентом. Выдача патента производится Укрпатентом в месячный срок после государственной регистрации патента.

При необходимости использования промышленного образца за рубежом, его собственник имеет право на его патентование в иностранных государствах.

Для международной защиты промышленных образцов было подписано Гаагское соглашение о международном депонировании промышленных образцов (Hague Agreement Concerning the International Deposit of Industrial Designs)<sup>180</sup>.

Гаагское соглашение предоставляет возможность резиденту или лицу, постоянно проживающему или имеющему функционирующее промышленное или торговое предприятие, одного из государств-участников соглашения получить защиту своего промышленного образца в указанных им Договаривающихся государствах посредством единого депонирования образца в Международное бюро ВОИС.

*Международная  
защита  
промышленных  
образцов*

Международное депонирование осуществляется без предварительного национального депонирования путем подачи соответствующей заявки депонентом либо его представителем. Заявка подается на специальном формуляре, бесплатно предоставляемом бюро ВОИС. Заявка может быть направлена как непосредственно в бюро ВОИС, так и через национальное ведомство депонента. Соглашение предоставляет возможность государствам-участникам требовать, чтобы международное депонирование осуществлялось через ведомство происхождения, однако, если это требование не соблюдается депонентом, это не нарушает прав, вытекающих из международного депонирования.

Для международного депонирования заявка подается на французском или английском языках. Для осуществления международного депонирования депонент

<sup>179</sup> Экспертиза поданной заявки производится на основании “Правил рассмотрения заявки на промышленный образец”, утвержденных приказом Министерства науки и образования № 198 от 18 марта 2002 г.

<sup>180</sup> По состоянию на 31.12.2008 года участниками Соглашения являются 55 государств, включая Украину, которая присоединилась к Соглашению 28 августа 2002 г.

уплачивает сборы, которые состоят из международного сбора депонирования, международного сбора за публикацию, сбора, взимаемого национальным ведомством, сбора за исследование новизны, взимаемого национальным ведомством, сбора за отсрочку публикации, если отсрочка публикации испрашивается.

С момента включения данных о международном депонировании в Международный реестр, такое депонирование имеет такую же силу, как если бы оно было осуществлено в каждом из государств, в котором испрашивается защита. Тем не менее, любое из государств, в котором испрашивается защита и если такие нормы содержатся в его национальном законодательстве, может отказать в защите, если промышленный образец не отвечает требованиям, установленным законом или если третья сторона высказывает возражения. Отказ в предоставлении защиты должен быть мотивированным и направленным в Международное бюро ВОИС в течение 6 месяцев с момента осуществления публикации в реестре. Это дает возможность заявителю депонирования обжаловать отказ. Обжалование осуществляется в сроки, указанные в уведомлении об отказе, в органах, уполномоченных рассматривать такие обжалования в государстве, направившем отказ. Вплоть до окончательного урегулирования вопроса в компетентных органах отказавшего государства Международное бюро ВОИС не вправе высказать свое мнение.

Срок предоставления защиты международным промышленным образцам составляет 5 лет, который может быть продлен на еще дополнительных 5 лет. Если национальное законодательство государства, в котором испрашивалась защита, предоставляет защиту национальным образцам на срок более 10 лет, то в таком государстве защита может испрашиваться на дополнительный срок, не превышающий срока защиты, предоставляемого национальным образцам.

Для упрощения процедуры международного депонирования промышленных образцов в Локарно в 1968 году было подписано Соглашение об основании Международной классификации промышленных образцов<sup>181</sup>, участницей которого является и Украина.

*“Сфальсифицированные”  
или “пиратские” товары*

Законодательство Украины дает определение понятий “сфальсифицированные” или “пиратские” товары в законе Украины “Об авторских и смежных правах”.

Контрафактный экземпляр произведения, фонограмма, видеограмма – это экземпляр произведения, фонограмма или видеограмма, воспроизведенный,

<sup>181</sup> На 1.01.2009 года участниками соглашения были 49 стран.



опубликованный и (или) распространяемый с нарушением авторского права и (или) смежных прав, в том числе экземпляры защищенных в Украине произведений, фонограммы и видеogramмы, которые ввозятся на таможенную территорию Украины без согласия автора или другого субъекта авторского права и (или) смежных прав, в частности из страны, в которой эти произведения, фонограмма и видеogramма, никогда не охранялись или перестали охраняться. Таким образом, украинское законодательство к числу контрафактных относит только фонографическую продукцию.

В ЕС такие определения указаны в Инструкции ЕС 3295/94 от 22 декабря 1994 г., далее Инструкция 3295, устанавливающей механизм по запрету пропуска в свободное обращение, экспорт, реэкспорт или ввоз для процедуры приостановления сфальсифицированных или пиратских товаров (Council Regulation laying down measures to prohibit the release for free circulation, export, re-export or entry for a suspensive procedure of counterfeit and pirated goods), которая определяет:

Сфальсифицированные товары – это :

1) товары, включая их упаковку, которые имеют торговую марку, используемую без разрешения собственника и являющуюся идентичной торговой марке, правомерно зарегистрированной в отношении таких же самых товаров; если эту торговую марку невозможно по существенным признакам отличить за зарегистрированной торговой марки;

2) символ торговой марки (лого, этикетка, наклейка, брошюра, инструкция по применению или гарантийный документ), представленный в отдельности или вместе с товаром;

3) упаковочные материалы, которые носят торговую марку сфальсифицированных товаров;

пиратские товары - это:

1) товары, которые являются или воплощают в себе копии, сделанные без согласия собственника авторских или смежных прав, или собственника прав на промышленный образец, зарегистрированных или не зарегистрированных соответственно национальному законодательству;

2) товары, которые нарушают патент, выданный соответственно законодательству страны-члена, или сертификат дополнительной защиты.

К сфальсифицированным или пиратским товарам также относятся шаблон или матрица, благодаря которым изготавливаются товары, которые нарушают права собственников торговых знаков, патентов, промышленных образцов.

Так, сходное с приведенным выше понятием сфальсифицированных товаров определение, можно найти в законе Украины “О защите от недобросовестной

конкуренции”<sup>182</sup>, который устанавливает как неправомерное использование имени, коммерческого (фирменного) наименования, торговой марки (знака для товаров и услуги), рекламных материалов, оформления упаковки товаров и периодических изданий, других обозначений, без разрешения (согласия) субъекта предпринимательства, который раньше начал использовать их или похожие на них обозначения в хозяйственной деятельности, что привело или может привести к смешиванию с деятельностью этого субъекта предпринимательства.

Аналогией определения пиратских товаров в том же законе является копирование. Закон указывает: “копированием внешнего вида изделия является воспроизведение внешнего вида изделия другого субъекта предпринимательства и введение его в хозяйственный оборот без однозначного указания производителя копии, что может привести к смешиванию с деятельностью другого субъекта предпринимательства”<sup>183</sup>.

Таким образом, в случае неправомерного использования объектов права интеллектуальной собственности франчайзера, он или по его уполномочению франчайзи может воспользоваться способами защиты, предусмотренными специальными законами<sup>184</sup>, а также общими способами защиты права интеллектуальной собственности, определенными в статье 16 ГК Украины. К ним относятся:

- 1) признание права;
- 2) прекращение действия, которое нарушает право;
- 3) восстановление состояния, которое существовало до правонарушения;
- 4) компенсация убытков и другие способы компенсации имущественного вреда;
- 5) компенсация морального (неимущественного) вреда.

Приведенный перечень способов защиты не является исключительным и суд может применить иные меры, установленные договором или законом. В частности статья 432 ГК Украины предусматривает право суда:

- 1) применить немедленные мероприятия по предотвращению нарушения права интеллектуальной собственности и сохранения соответствующих доказательств;
- 2) остановить пропуск через таможенную границу Украины товаров, импорт, или экспорт которых осуществляется с нарушением права интеллектуальной собственности;

<sup>182</sup> Ведомости Верховной Рады Украины// 1996, № 36, С. 164.

<sup>183</sup> Там же, статья 6.

<sup>184</sup> В частности статьей 52 Закона Украины “Об авторском праве и смежных правах”, статьей 21 Закона Украины “Об охране прав на знаки для товаров и услуги”, статьей 27 Закона Украины “Об охране прав на промышленные образцы”, статьей 35 Закона Украины “Об охране прав на изобретения и полезную модель”, статьей 25 Закона Украины “Об охране прав на указание происхождения товаров”, статьей 53 Закона Украины “Об охране прав на сорта растений”, статьей 22 Закона Украины “Об охране прав на топографии интегральной микросхемы”.

3) исключить из гражданского оборота товары, изготовленные или введенные в гражданский оборот с нарушением права интеллектуальной собственности;

4) исключить из гражданского оборота материалы и орудия, которые использовались для изготовления товаров с нарушением права интеллектуальной собственности;

5) применить разовое денежное взыскание вместо возмещения убытков за неправомерное использование объекта права интеллектуальной собственности. Размер взыскания определяется в соответствии с законом с учетом вины лица и других обстоятельств, которые имеют существенное значение;

б) принять решение об опубликовании в средствах массовой информации сведений о нарушении права интеллектуальной собственности и содержания судебного решения относительно такого нарушения.

Общеизвестно, что в случае выявления нарушения третьими лицами прав франчайзера/франчайзи на объекты права интеллектуальной собственности они должны действовать очень быстро и действующее законодательство способствует им в этом. В частности, речь идет о мерах пресечения, направленных на предупреждение нарушений прав интеллектуальной собственности и сохранение доказательств такого нарушения, предусмотренных действующим Хозяйственным процессуальным кодексом Украины.

К мерам пресечения относятся:

- 1) истребование доказательств;
- 2) осмотр помещений, в которых происходят действия, связанные с нарушением прав;
- 3) наложение ареста на имущество, принадлежащее лицу, в отношении которого использованы меры пресечения, находящееся у этого лица или иных лиц.

В случае выявления нарушения прав (копирование торговой марки, интерьера помещений, рекламы, упаковки товаров и т.п.) франчайзер (или франчайзи при наличии у него доверенности на право инициирования судебного процесса по защите прав франчайзера на объекты права интеллектуальной собственности) подает заявление о наложении мер пресечения на нарушителя в хозяйственный суд, в районе деятельности которого надлежит провести эти процессуальные действия (т.е. в районе деятельности которого находятся соответственно доказательства, помещения или имущество, относительно которых надлежит провести определенные действия). Заявление не оплачивается судебной пошлиной.

Заявление о применении меры пресечения должно содержать сведения об обстоятельствах, которыми заявитель обосновывает необходимость употребления таких мер. К заявлению прилагаются документы (сведения о регистрации права (копии

свидетельств на знак, патентов на изобретение, промышленный образец), договор франчайзинга и т.п.), подтверждающие наличие у заявителя права требования.

Такое заявление рассматривается судом в течение 2 дней. В случае, если суд считает необходимым совершить во время рассмотрения заявления определенные процессуальные действия (например, вызвать представителей заявителя или заинтересованных лиц, вытребовать дополнительные доказательства и тому подобное), такие действия, должны происходить в пределах указанного срока.

Уведомление заинтересованных лиц о времени и месте рассмотрения заявления осуществляется хозяйственным судом путем вынесения соответствующего определения, а в случае необходимости - также путем отсылки телефонограммы, телетайпограммы, использования средств электронной связи.

Заявление может быть рассмотрено без участия лица, относительно которого просят применить такую меру, в частности, когда существует вероятность того, что любая задержка в употреблении меры пресечения нанесет непоправимый вред заявителю или существует риск того, что доказательства о нарушении права интеллектуальной собственности будут уничтожены или потеряны.

Решая вопрос о применении меры пресечения, хозяйственный суд осуществляет оценку обоснованности доводов заявителя на предмет:

- разумности, обоснованности и адекватности требований заявителя;
- наличия связи между конкретным видом меры пресечения и предметом соответствующего искового требования, которое заявитель в последующем должен подать в суд;
- вероятность наступления обстоятельств, которые сделают невозможным или затруднительным получение доказательств в последующем, или следствием которых станет нарушение интеллектуальных прав собственности заявителя;
- будет ли применение мер пресечения служить предотвращению нарушения прав и охраняемых законом интересов третьих лиц.

Хотя закон предусматривает как право, а не обязанность суда получить от заявителя обеспечение его требований залогом, на практике, суд устанавливает такой залог в виде денежных средств, которые вносятся на депозит хозяйственного суда. Сумма такого депозита определяется судом и должна быть соразмерной заявленному ущербу и разумно необходимой, учитывая недопустимость злоупотребления мерой пресечения, но в любом случае не может превышать размер заявленного вреда.

В том случае если предметом франчайзингового договора является перепродажа товаров франчайзера, которые импортируются в Украину, и существует высокая вероятность ввоза пиратских или сфальсифицированных товаров, франчайзер имеет

возможность осуществить действия по установлению запрета перемещения через таможенную границу товаров, которые нарушают его права интеллектуальной собственности путем подачи заявления о защите принадлежащих ему имущественных прав на объекты права интеллектуальной собственности. На основании заявления вносятся соответствующие сведения в таможенный реестр объектов права интеллектуальной собственности.

К заявлению прилагаются:

- выписка о регистрации в Украине права интеллектуальной собственности, которая удостоверяет действительность акта о такой регистрации на момент представления заявления (для торговой марки, которая имеет международную регистрацию - выписка из Международного реестра Международного бюро интеллектуальной собственности, к которой прилагается перевод на украинский язык, и информация Министерства науки и образования о действии в Украине этой международной регистрации). Для таких объектов, как объекты авторского права и смежных прав - сведения о документах, которые удостоверяют наличие отмеченных прав;

- подробное описание объекта права интеллектуальной собственности и товаров, которые содержат этот объект, который дает возможность таможенному органу идентифицировать объект и товары и определить код товаров согласно УКТВЭД;

- образцы товаров, которые содержат объект права интеллектуальной собственности, или их фотографическое изображение;

- нотариально удостоверенная копия франчайзингового (лицензионного) договора об использовании объекта.

Заявление рассматривается в течение 30 дней. Франчайзер или его представитель (франчайзи) по получении сообщения о возможности включения объекта в таможенный реестр должен внести залог в размере, эквивалентном 5 000 евро, или предоставить гарантию банка<sup>185</sup>. В случае невнесения в установленный срок залога или гарантии заявление и приложенные к нему материалы возвращаются франчайзеру или его представителю.

Объект интеллектуальной собственности, указанный в заявлении, регистрируется на срок 6 или 12 месяцев. Срок регистрации объекта может быть продолжен на шесть месяцев или на один год на основании письменного заявления, поданного франчайзером

---

<sup>185</sup> Порядок предоставления залога или эквивалентной гарантии по компенсации затрат, связанных с действиями таможенных органов Украины, чтобы способствовать защите прав интеллектуальной собственности утвержден приказом

или его представителем не позже чем за месяц до окончания срока предыдущей регистрации.

Необходимость наличия такой системы предусмотрена Разделом 4 “Специальные требования относительно мероприятий на границе” Соглашения ТРИПС. Такие мероприятия включают не только защиту прав собственников знаков, но также и прав собственников промышленных образцов и патентов. В соответствии с этим Разделом можно выделить такие основные принципы реализации прав собственников интеллектуальных прав:

1) возможность приостановления перемещения через границу (импорт или экспорт) товаров, которые по подозрению собственника интеллектуальных прав или таможенных органов нарушают интеллектуальные права;

2) осуществление приостановления лишь при наличии доказательств о нарушении прав собственника интеллектуальных прав;

3) гласность процедуры (основания приостановления должны быть сообщены импортеру/экспортеру товаров, таможенное оформление которых приостановлено; заявителя уведомляют о действиях таможенных органов и заявлениях импортера/экспортера товаров; информирование собственника интеллектуальных прав о наименовании и адресах отправителя сфальсифицированных или пиратских товаров, импортера и получателя груза, количество товара; и т. п.);

4) возмездность процедуры (собственник или импортер должны предоставить денежный залог или эквивалентную гарантию);

5) срочность процедуры (прекращение таможенного оформления осуществляется на точно определенный термин (10 дней), который может быть продлен еще на 10 дней лишь в исключительных случаях);

6) принцип компенсации причиненных убытков (при ошибке собственника интеллектуальных прав, относительно нарушения его прав, он должен возместить лицу вред, нанесенный процедурой приостановления таможенного оформления товара);

7) принцип адекватности наказания относительно осуществленного правонарушения (импорт *de minimis*<sup>186</sup> не подпадает под процедуру приостановления; применение эффективных способов, которые бы закладывали основы для предотвращения дальнейших нарушений).

<sup>186</sup> В незначительных количествах.

## 7. ПОСОБИЕ ВО ФРАНЧАЙЗИНГЕ

Термин “франчайзинг” перестал резать ухо украинским предпринимателям. Все больше и больше статей в периодических изданиях и Интернете посвящено франчайзингу и его юридическим аспектам. В Украине используются практически все виды франчайзинговых договоров, разработанные во франчайзинге. Но одной из “тайных” тем по-прежнему остается тема “пособий во франчайзинге”. Именно в связи с этим мы решили посвятить эту статью базовым аспектам, которые должны освещаться в пособии, а также указать на некоторые правовые аспекты передачи разработанного франчайзером пособия.

*Основные разделы  
пособия*

Прежде всего, необходимо отметить, что не существует правил или стандартов по количеству и наименованию разделов в пособии по франчайзингу.

Пособия по франчайзингу различных франчайзинговых сетей отличаются друг от друга. Это обусловлено, с нашей точки зрения, двумя основными причинами:

- Различием в ноу-хау, используемых во франчайзинговых сетях;
- Степенью зрелости франшизы – чем “моложе” франшиза, тем менее разработанное пособие предоставляется франчайзи.

Сегодня бытует мнение среди некоторых франчайзеров, что готовое пособие по франчайзингу можно купить у консультантов, в крайнем случае – консультанты могут за небольшую плату самостоятельно, без участия соответствующих менеджеров франчайзера, разработать такое пособие по заказу. Это мнение ошибочное. Если бы оно было правильным, то чем бы отличались различные сети друг от друга? В чем бы заключалось уникальное ноу-хау, которое привлекает потребителя именно к определенному бренду? С нашей точки зрения, уникальное пособие может быть разработано только соответствующими менеджерами франчайзера, которые знают суть и секреты ноу-хау, которым при разработке определенных разделов могут понадобиться профильные консультанты. Например, при работе над разделом, посвященным требованиям к изготовлению вывесок, необходимы консультации дизайнеров, при работе над разделом об использовании технического оборудования – соответствующих техников и т.п. Можно купить некое “базовое” пособие, которое потом должно быть доработано менеджерами франчайзера до состояния «уникальности».

В развитых странах существуют специализированные консультационные фирмы по франчайзингу, которые объединяют профильных консультантов, и которые



способны по заказу франчайзера разработать уникальное пособие. Консультационных фирм такого уровня в Украине нет, поскольку нет спроса на существование таких фирм. Подтверждением тому является недавно проведенная выставка по франчайзингу, в которой участвовало всего 22 участника.

Именно по указанным выше причинам, франчайзер при разработке пособия должен руководствоваться принципом: “хочешь сделать хорошо – сделай сам”.

*Стандарты*

Поскольку именно франчайзер разрабатывает франшизу и бренд и в последующем поддерживает, развивает и продвигает их, целесообразно поместить базовую информацию о франчайзере. Такая информация должна содержать как “официальную”, так и “неофициальную” части.

*Информация о франчайзере и франшизе*

К официальной части мы относим данные об организационно-правовой форме франчайзера, месте и дате его регистрации, данных о расположении головного и региональных (если есть) офисов, его телефонах и менеджерах, ответственных за то или иное направление при контактах с франчайзи.

Также целесообразно поместить в этом разделе финансовые данные о хозяйственной деятельности франчайзера за последние несколько лет. Такая открытость, как правило, добавляет плюсов к взаимоотношениям франчайзера и франчайзи.

К “неофициальной” информации, которую мы рассматриваем как основную в этом разделе, мы относим:

- Легенду о создании компании франчайзера;
- Легенду о создании франшизы;
- Идеологию бренда и франшизы; и
- Другую информацию, которая позволяет, в первую очередь, франчайзи любить франшизу и бренд, под которым они работают. Именно эта любовь позволит франчайзи в последующем успешно продвигать франшизу в своем регионе.

В каждой франчайзинговой сети есть свои уникальные для этой сети стандартные требования, которые называются стандартами, например, стандартные требования к помещениям. Если таких стандартных требований по одному направлению несколько, из них выделяют форматы (большой, средний, малый или уникальные для сети наименования форматов).

Поскольку основной целью пособия – является информационная и коммуникационная, стандарты должны быть тщательно описаны во всех их нюансах.

Отсутствие какого-либо нюанса в пособии может иметь следствием, как минимум, невыполнение этого требования франчайзи, как максимум, негативное отражение на всей франчайзинговой сети в целом.

Франчайзер должен определить для себя и описать в пособии все имеющиеся в сети стандарты: отчетности, помещений, продуктов, поведения персонала с потребителями, разбор жалоб потребителей, проведения рекламы на региональном уровне, контроля над деятельностью франчайзи и т.п.

Независимо от того будет ли сам франчайзер изготавливать вывески, ярлыки, прејскуранты и т.п. и продавать их франчайзи, или франчайзи будет их изготавливать самостоятельно, франчайзи должен знать требования к таким вывескам и ярлыкам. Поскольку это оборудование является составляющей корпоративного стиля, он должен быть подробно описан. Корпоративный стиль включает в себя не только описание корпоративных цветов, но также и требования к униформе, если таковая используется во франчайзинговой сети.

Следует отметить, что этот раздел может быть расположен в качестве подраздела Стандартов.

*Вывески и  
корпоративный  
стиль*

Успех работы любой торговой точки зависит от качества и квалификации персонала. Базовые требования к персоналу и его квалификации должны быть помещены в пособие. С нашей точки зрения, этот раздел должен содержать также базовые требования к поведению персонала при приеме товара, общении с потребителем, разборе жалоб, действиях персонала при возврате товара и т.п., в зависимости от специфики предпринимательской деятельности. Базовые требования предполагают не только формулирование идеологии франчайзера в этих вопросах, но конкретные примеры поведения конкретного работника, включая перечисление основных фраз, которые произносит работник в конкретной ситуации. Соблюдение этого требования особенно важно для франчайзеров, открывающих франчайзинговые предприятия в небольших городах Украины.

*Персонал*

Этот раздел также может содержать тексты должностных инструкций персонала и проекты трудовых договоров, если в сети установлена практика заключения трудовых договоров.

На сегодняшний момент каждый франчайзер обуславливает для франчайзи конкретное программное обеспечение, которое должно использовать последним. В этом разделе должно содержаться описание программного обеспечения, принципы его использования, исправления ошибок, если таковые возникли, а также контактная информация о лицах, к которым может обращаться франчайзи, если у него возникли трудности с использованием обеспечения. Такими лицами могут быть как служащие франчайзи, если программа разработана франчайзером, так и служащие разработчика программы.

*Программное обеспечение*

Хотя этот раздел может быть помещен в качестве подраздела в разделе Стандарты, франчайзер должен помнить, что речь идет о помещении не только стандартных бланков и форм отчетности, но и об описании принципов заполнения этих бланков и форм, времени их подачи (если это не оговорено в договоре франчайзинга), указание на контактное лицо при возникновении вопросов.

*Отчетность*

Вне зависимости от вида предпринимательской деятельности франчайзи использует определенный набор оборудования, рекомендованный франчайзером. В ресторанном бизнесе такой набор шире, в сфере продажи обуви или одежды уже. В любом случае целесообразно поместить перечень такого оборудования и его спецификации, краткое описание работы, перечень наиболее часто возникающих неисправностей и способы их устранения, перечень специализированных мастерских или контактное лицо у франчайзера, которые могут устранить более серьезные неисправности.

*Используемое оборудование*

Этот раздел актуален для сферы ресторанного бизнеса. В этом разделе содержится не только описание используемых продуктов, их хранения и обработки, но также требования к местам приобретения таких продуктов. В разделе могут содержаться технологические карты приготовления блюд.

И франчайзер и франчайзи должны помнить, что пособие может и должно постоянно меняться. Такие изменения обусловлены как изменениями в конъюнктуре рынка, так и дальнейшим совершенствованием франшизы. Необходимо предоставить франчайзи четкую инструкцию по замене отдельных страниц или разделов пособия, независимо от того происходит ли такая замена путем рассылки франчайзи таких новых страниц или

*Продукты и рецепты*

разделов, или путем получения такой новой информации франчайзи со специального сайта франчайзера.

В зависимости от вида предпринимательской деятельности, в которой работает франчайзинговая сеть пособие будет иметь другие разделы.

*Процедура обновления пособия*

В зависимости от инструкций франчайзера соответствующие разделы пособия будут использоваться соответствующими работниками франчайзи. Об этом важно помнить! На практике бывают случаи, когда в целях сохранения секретности пособия доступ к нему имеют только топ менеджеры.

Разработанное пособие, зафиксированное на определенном материальном носителе (киноплёнке, магнитной плёнке или магнитном диске, компакт-диске и т.п.) в виде серии последовательных кадров (изображений) или аналоговых или дискретных сигналов, которые отображают (кодируют) подвижные изображения (как со звуковым сопровождением, так и без него), и восприятие которого является возможным исключительно с помощью экрана (киноэкрана, телевизионного экрана и т.п.), на котором подвижные изображения визуально отображаются с помощью определенных технических средств относится к числу объектов авторского права и защищается в Украине законом “Об авторском праве и смежных правах”.

*Правовые аспекты передачи пособия*

Авторское право на пособие у франчайзера возникает в результате факта его создания. Для возникновения и осуществления авторского права не требуется регистрация пособия или какое-нибудь другое специальное его оформление, а также выполнение каких-нибудь других формальностей. Однако, франчайзер для засвидетельствования авторства (авторского права) на пособие на протяжении срока охраны авторского права (в течение срока жизни автора и 70 лет после его смерти) может зарегистрировать свое авторское право в соответствующих государственных реестрах. Каждый франчайзер должен принять для себя решение о необходимости такой регистрации, особенно в свете того, что пособие время от времени изменяется. Франчайзи должен помнить, что авторское право на пособие и право собственности на материальный объект, в котором воплощено пособие, не зависят друг от друга. Факт передачи пособия франчайзи не влияет на авторские права франчайзера на это пособие.

Передача пособия франчайзи должна сопровождаться или заключением отдельного авторского договора на использование этого пособия, или же договор франчайзинга должен содержать специальный раздел, касающийся такой передачи. Как правило, франчайзер передает франчайзи пособие на неисключительных правах. Обращаем

внимание, что передача пособия на неисключительных правах не связана с предоставлением франчайзером франчайзи каких-либо иных исключительных прав, например, исключительного права эксплуатации франшизы на определенной территории. Это обусловлено тем, что передача исключительного права на использование пособия повлечет за собой запрет для франчайзера и иных лиц использовать пособие на территории франчайзи.

Договор о передаче прав на использование пособия считается заключенным, если между сторонами достигнуто согласие относительно всех существенных условий, к которым относятся срока действия договора, способа использования пособия, территории, на которую распространяется передаваемое право, размера и порядка выплаты авторского вознаграждения. Авторское вознаграждение определяется в договоре в виде процентов от дохода или в виде фиксированной суммы или иным образом. При этом ставки авторского вознаграждения не могут быть ниже минимальных ставок, установленных Кабинетом Министров Украины в постановлении № 72 от 18.01.2003г.

## ГЛАВА 4. ФРАНЧАЙЗИНГОВЫЙ ДОГОВОР

### 1. ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ФРАНЧАЙЗИНГОВОГО ДОГОВОРА

Настоящая глава будет исследовать франчайзинговый и договор коммерческой концессии как аналогичные виды договоров, делая акцент, в целом, именно на договор франчайзинга как вид широко распространенный в международной практике, хотя некоторые ученые<sup>187</sup> считают невозможным отождествление договора коммерческой концессии и договора франчайзинга.

В Украине франчайзинг развивается как посредством развития украинских франшиз, так и через международный франчайзинг, где франчайзером выступает иностранная компания, которая, без сомнения, предпочитает использовать термин франчайзинг, а не коммерческая концессия. Право сторон использовать именно такую терминологию и именно такой вид договора предоставлена самим ГК Украине в статье 6.

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 франчайзером и франчайзи: в соответствии с франчайзинговым договором франчайзер имеет право контролировать работу франчайзи и давать указания по исправлению его деятельности. Тем не менее, контроль и коррегирование франчайзи направлены на достижение одной из целей франчайзингового договора - достижение франчайзинговым предприятием франчайзи необходимого единообразия со всей франчайзинговой сетью. Несмотря на наличие указанных административных элементов, франчайзи является независимым от франчайзера лицом. Независимость франчайзи проявляется в том, что он самостоятельно ведет предпринимательскую деятельность: самостоятельно нанимает персонал, определяет ценовую политику, распоряжается собственными средствами. Администрирование франчайзера направлено исключительно на охрану его прав интеллектуальной собственности и деловой репутации. В некоторых странах (например, в США, Российской Федерации, Украине)

<sup>187</sup> Шевченко О.А. Окремі проблеми законодавчого регулювання договору комерційної концесії в Україні // Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії та практики./ За заг. ред. Ю.С. Шемшученко. Ю.Л. Бошицького. – К.: Юридична думка, 2006. – 426- 459.

франчайзи обязан подчеркивать свою независимость от франчайзера 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 франчайзера предоставить как можно больше информации о франшизе потенциальному франчайзи, чтобы последний мог принять обдуманное решение относительно заключения франчайзингового договора.

До 2004 года договор франчайзинга (или коммерческой концессии) относился к числу непоименованных в Украине и перед юристами стоял вопрос об определении правовых норм, которые должны были применяться к франчайзинговым договорам в случае их использования на территории Украины и последовательность применения таких норм. Хотя сегодня договор коммерческой концессии относится к числу поименованных, его невозможно квалифицировать в качестве унитарного. М.И.Брагинский и В.В. Витрянский считают, что сегодня почти невозможно отыскать применения в практике унитарных договоров, любой договор включает в себя элементы других видов договоров<sup>188</sup>. Если же исходить из заключения сторонами договора франчайзинга и позиции, что договор франчайзинга не является полностью аналогичным договору коммерческой концессии, целесообразно исследовать элементы каких других договоров включает в себя договор франчайзинга.

Так, И.Б. Новицкий считал, что к непоименованному унитарному договору должны применяться, прежде всего, общие положения обязательственного права, потом нормы определенного схожего поименованного договора, а лишь потом, аналогия права<sup>189</sup>. О.С. Йоффе считает, что к непоименованному 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<sup>190</sup>. По определению М.И. Брагинского и В.В. Витрянского, которые не поддерживают позиции указанных выше ученых, “речь может идти о чем-то промежуточном между поименованными и непоименованными договорами”<sup>191</sup>. М.И. Брагинский и В.В. Витрянский считают, что к непоименованным договорам, прежде

<sup>188</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право.– Книга первая: Общие положения.– Изд. 2-е, испр.– М.: Статут, 1999. – С. 412-416.

<sup>189</sup> Новицкий И.Б. Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве.– М.: Госюриздат, 1954. –С. 103.

<sup>190</sup> Йоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Госюриздат, 1975.– С.38.

<sup>191</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право.– Книга первая: Общие положения.– Изд. 2-е, испр.– М.: Статут, 1999. – С. 408.



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<sup>192</sup>.

По мнению О.Н. Садикова<sup>193</sup> и О.С. Йоффе<sup>194</sup> договор, который опосредует несколько разнородных отношений и объединяет условия, объективно необходимые для формирования обязанностей 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 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)”<sup>195</sup>. 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<sup>196</sup>. 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<sup>197</sup>. 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 поименованных договоров (в качестве примера рассматривается договор найма-продажи) или нормы определенной договорной конструкции с субсидиарным применением “осколков норм соответствующего поименованного договора”<sup>198</sup> (в качестве примера рассматривается договор агентирования).

<sup>192</sup> Там же. – С. 409.

<sup>193</sup> Садиков О.Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. Советское государство и право. – 1978. – № 3.

<sup>194</sup> Йоффе О.С. Обязательственное право. – М.: Госюриздат, 1975. – С.37-38.

<sup>195</sup> Садиков О.Н. Специфика регулирования некоторых гражданских правоотношений. Советское государство и право. – 1978. – № 3

<sup>196</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. – Изд. 2-е, испр. – М.: Статут, 1999. – С. 413.

<sup>197</sup> Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве. – Душанбе, 1984. – С.7.

<sup>198</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Там же. – С. 414-415.

С 2004 года вопрос о характере норм, которые должны применяться к договорам франчайзинга может стоять только в том случае, если стороны, руководствуясь статьей 6 ГК Украины, прямо указали, что к их правоотношениям не применима глава 76 ГК Украины.

Если стороны не сделали такой оговорки, что к правоотношениям франчайзера и франчайзи, скорее всего, подлежат применению специальные нормы, регулирующие договоры коммерческой концессии или лицензионные договоры, в зависимости от формулировки предмета договора. Если же речь идет о генеральном договоре франчайзинга или развития, то в зависимости от указанных в нем условий, к нему могут применяться нормы некоторых указанных ниже поименованных договоров, элементы которых могут присутствовать в таком договоре генерального франчайзинга или развития.

Если же стороны считают, что договоры коммерческой концессии и договоры франчайзинга являются разными видами договоров и в связи с этим исключили применение к их правоотношениям главы 76 ГК Украины, то необходимо выяснить какие виды договоров, регулируемые ГК 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 франчайзер предоставляет франчайзи право пользоваться его объектами права интеллектуальной собственности. В основном, это передача прав на знаки, но возможна передача прав пользования изобретениями, полезными моделями, промышленными образцами;

2) из передачи ноу-хау, по которому франчайзер передает франчайзи информацию относительно эксплуатации франшизы и франчайзингового предприятия, которая представляет собой организационные, административные и прочие знания франчайзера и является результатом его предпринимательского опыта;

3) инвестиционные правоотношения, в соответствии с которыми франчайзи осуществляет инвестиции в свое предприятие, однако в строгом соответствии с указаниями франчайзера;

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

5) по предоставлению услуг, по которому франчайзер берет на себя обязанность предоставлять определенные (контролирующие, консалтинговые, преподавательские) услуги франчайзи;

6) членский, по которому франчайзи получает право вступить в предпринимательскую деятельность франчайзера;

7) купли-продажи, по которому при сбытовой франшизе франчайзи принимает на себя обязанность приобретать для дальнейшей перепродажи товары франчайзера; или по которому франчайзи берет на себя обязанность закупить определенное оборудование, инструменты, инвентарь у франчайзера или указанного им лица для приобретения его предприятием необходимого однообразия с франчайзинговой сетью;

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

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

10) комиссии, в случае достижения согласия между франчайзи и франчайзером 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 франчайзи или генеральный разработчик продают франшизу от своего имени, но в интересах франчайзера.

Приведенный перечень, безусловно, не является исчерпывающим относительно определения всех видов договоров, с которыми положения франчайзингового договора могут 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 ГК для стран СНГ, специальных нормативных актов в Мексике, Южной Корее, Франции. Лицензионные правоотношения и соответственно лицензионные договоры регулируются ГК Украины и специальными законами об охране прав интеллектуальной собственности.

В соответствии с определением Г. Штумпфа лицензионному договору присущи признаки, являющиеся существенными и характерными для договора аренды, с

наличием определенных специфических особенностей<sup>199</sup>. И.А. Безклубый считает, что лицензионный договор - это отдельный вид договоров и его невозможно отождествлять с другими видами гражданско-правовых договоров, включая договор купли-продажи, аренды, товарищества и другими<sup>200</sup>. Продолжая этот перечень, можно сказать и с франчайзинговым договором также.

Лицензия на право пользования объектами права 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 права интеллектуальной собственности и овладение лицензиатом всех тонкостей производства или эксплуатации предмета лицензии. Лицензиар не ставит перед собой цель научить лицензиата методам ведения предпринимательской деятельности, которую ведет он сам. Цель лицензиара - научить лицензиата производить, использовать или эксплуатировать предмет лицензии. Исполнив эту обязанность, лицензиар не интересуется каким образом ведется лицензиатом предпринимательская деятельность. Единственное, что интересует лицензиара - это правильное производство, использование или эксплуатация предмета лицензии и своевременная уплата надлежащих ему роялти.

Франчайзер самым серьезным образом заинтересован в ведении франчайзи прибыльной и эффективной предпринимательской деятельности. Такая прибыльная деятельность положительно влияет на деловую репутацию как раз франчайзера, а не франчайзи, а неудачи франчайзи могут отрицательно повлиять не только на деловую репутацию франчайзера, но и вообще на репутацию всей франчайзинговой сети в целом и каждого из франчайзи, 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 франчайзинговым договорам в части пользования объектами права интеллектуальной собственности. Выявление этой схожести между лицензионным и франчайзинговым договорами присуще многим юрисдикциям и именно поэтому зачастую к франчайзинговым

<sup>199</sup> Штупмф Герберт. Лицензионный договор. – М.: Прогресс, 1988. – С. 36.

<sup>200</sup> Дзера О.В., Н.С. Кузнецова та інші. Зобов'язальне право: теорія і практика. Навч.посібн. для студентів юридичних вузів факультетів університетів. – К: Юрінком Інтер, 1998. – С. 559.

договорам устанавливаются такие же публичные требования, как и к лицензионным (регистрация в патентном ведомстве).

Предоставление ноу-хау или определенной секретной информации является одним из центральных элементов франшизы. Причем, ноу-хау занимает во франшизе не менее важное место чем, например, торговый знак или коммерческое обозначение.

Договор о передаче ноу-хау или передаче секретной информации некоторые ученые<sup>201</sup> относят к беспатентным лицензионным договорам. С этой точкой зрения можно согласиться. Сегодня в Украине договор о передаче ноу-хау относится к числу непоименованных и ни один из 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<sup>202</sup>, 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 обязанности на стороны франчайзингового договора в случае его расторжения или прекращения.

Разделяя лицензионные договоры на патентные и беспатентные, М.М.Богуславский<sup>203</sup> 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.

<sup>201</sup> Богуславский М.М. Международная передача технологий: правовое регулирование.– М.: Наука, 1985. – С.279.

<sup>202</sup> Штумпф Герберт. Договор про передачу ноу-хау.– М.: Прогресс, 1976. – С. 369.

<sup>203</sup> Богуславский М.М. Международная передача технологий: правовое регулирование. М.: Наука, 1985. – С.10.

Имеющиеся элементы инвестиционных правоотношений вынуждают нас проанализировать соотношение франчайзингового и инвестиционного договоров. Инвестиционный договор относится к числу поименованных 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<sup>204</sup>.

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), франчайзи обязан инвестировать исключительно денежные средства в определенное оборудование, инвентарь и т.д., которое определяется франчайзером. Обязанность франчайзи инвестировать денежные средства в свое предприятие является опосредствованной, а не прямой: фактически, франчайзи обязан не инвестировать денежные средства, а привести свое предприятие к соответствующему виду относительно франчайзинговой сети. Как раз выполнение этой обязанности и требует от франчайзи определенных капиталовложений. Именно поэтому и можно говорить, что приобретение франшизы является своеобразным видом инвестирования.

Наличие во франчайзинговом договоре элементов договора о совместной деятельности подтверждается самым предметом франчайзингового договора и целью, которые ставят перед собой франчайзи и франчайзер. 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”<sup>205</sup>.

<sup>204</sup> Дзера О.В., Н.С. Кузнецова та інші. Зобов’язальне право: теорія і практика. Навч.посібн. для студентів юридичних вузів факультетів університетів.– К: Юрінком Інтер, 1998. – С. 772-784.

<sup>205</sup> Проект Цивільного Кодексу України. Українське право.– 1999.– № 1.– Видання друге, із змінами.– С.410.

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 франчайзер и франчайзи, франчайзер не несет вместе с франчайзи рисков ведения его предпринимательской деятельности. Ответственным за такую предпринимательскую деятельность является исключительно франчайзи. Несмотря на финансовые результаты ведения франчайзингового бизнеса, франчайзи обязан перечислять франчайзеру 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 услуг (консультаций, контроля, обучения) по франчайзинговому договору относится к обязанностям франчайзера и именно поэтому во франчайзинговом договоре имеются элементы договора о предоставлении услуг. Договор о предоставлении услуг является поименованным договором в украинском законодательстве и впервые определен в ГК Украины. Различие 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, франчайзер, определяет характер, состав и объем предоставляемых услуг.

Членские правоотношения, как особый вид договорных отношений, относятся к числу непоименованных 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, франчайзи платит вступительный взнос как плату за разрешение вступить в сеть. Уплатив вступительный взнос по франчайзинговому договору, франчайзи получает право стать членом франчайзинговой сети. Это членство дает ему возможность единообразного оформления своего предприятия, то есть опосредствованно он получает возможность “пользоваться” деловой репутацией



франчайзера. Таким образом, франчайзи 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 ГК России и Украины и положили его в основу определения франчайзингового договора и поименовали этот вид как договор коммерческой концессии. Договор концессии относится к числу поименованных в 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 франчайзи не является первопроходцем, в отличие от концессионера. Франчайзи идет не только “проторенной тропой”, темп его хода и прочие показатели постоянно контролируются и, в случае необходимости, исправляются франчайзером. По договору концессии государство или орган самоуправления, являющееся стороной договора, не вправе вмешиваться в хозяйственную деятельность концессионера.

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

Указанное различие 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 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 франчайзи перепродает товары, произведенные франчайзером, на лицо элементы дистрибьюторского договора и договора купли-продажи. Украинское законодательство не определяет дистрибьюторский 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 франчайзер обязуется передать товар в собственность франчайзи, а франчайзи 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 франчайзером. Зачастую, товары, которые сбываются по франчайзинговому договору, производятся самостоятельно франчайзи. 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 франчайзера) 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 франчайзи, действуя от своего имени, но в интересах франчайзера, 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 франчайзера и франчайзи, которые не покрываются

нормами, регулируемыми 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 поименованных договоров<sup>206</sup>. Такие договоры считаются им “конгломерированными” или “интегрированными”<sup>207</sup>. 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<sup>208</sup>. 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<sup>209</sup>, которые считают, что франчайзинговый договор представляет собой отдельный вид договоров, опосредующих комплексные обязательственные правоотношения.

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

*Существенные условия договора франчайзинга*

В соответствии со статьей 628 ГК Украины содержание договора составляют нормы, определенные по выбору сторон и согласованные ими, и условия, являющиеся обязательными в соответствии с актами гражданского законодательства. Статья 638 ГК Украины определяет, что договор считается заключенным, если стороны договорились обо всех

<sup>206</sup> Ойгензихт В.А. Нетипичные договорные отношения в гражданском праве.– Душанбе, 1984.– С.5-9.

<sup>207</sup> Там же.

<sup>208</sup> Садиков О.Н. и другие. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации. – Ч.2 (постатейный).– Изд.3-е, испр. и доп., с использованием судебно-арбитражной практики.– М.: Юридическая фирма Контракт; ИНФРА-М, 1998.– С.617.

<sup>209</sup> Садиков О.Н. и другие. Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации.– Ч.2 (постатейный). Изд.3-е, испр. и доп., с использованием судебно-арбитражной практики.– М.: Юридическая фирма Контракт; ИНФРА-М, 1998. –С.- 616-617.

существенных его условиях, к которым относятся предмет, а также иные условия, необходимые для договоров этого вида, а также те, на согласовании которых настаивает хотя бы одна из сторон договора.

К существенным условиям договора франчайзинга относится его предмет. Предмет, фактически, определяет вид франчайзингового договора и влияет в дальнейшем на права и обязанности сторон. Учитывая платный характер франчайзингового договора, к его существенным условиям относится цена.

К существенным условиям франчайзингового договора в нынешних условиях развития рынка в Украине относится его срочность. Срочность правоотношений сторон обусловлена срочностью охраны, предоставляемой государством, на объекты права интеллектуальной собственности, передаваемые в пользование франчайзи. В число обязанностей франчайзера входит предоставление франчайзи “действующих” прав, то есть прав на объекты права интеллектуальной собственности в пределах срока их охраны. ГК Украины предусматривает возможность заключения договора коммерческой концессии на не установленный срок. Таким образом, ГК Украины относит условие о срочности франчайзингового договора к случайным. Практика показывает, что, как правило, какая-либо из сторон договора франчайзинга настаивает на установлении его срока. Такая позиция обусловлена тем, что франшиза, фактически, представляет собой совокупность лицензий на определенные объекты права интеллектуальной собственности: “торговых марок, промышленных образцов, изобретений...”. Такое определение франшизы позволяет нам применить к каждой из лицензий, из которых состоит франшиза, требования, выдвигаемые к лицензионным договорам.

Так, статья 1110 ГК Украины в пункте 1 отмечает, что “лицензионный договор заключается на срок, установленный договором, который должен истекать не позднее истечения срока действительности исключительного имущественного права на указанный в договоре объект права интеллектуальной собственности”. То есть 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 максимальный срок лицензионного договора, составляющий пять лет. Таким образом, при отсутствии определения сторонами срока действия лицензионного договора, сам законодатель определил этот срок, переводя, таким образом, условие о сроке из существенных в обычные.

Установление максимального срока действия лицензионного договора является не чем иным, как установлением защиты для более слабой стороны лицензионного

договора - лицензиата. Аналогичной защиты требует и франчайзи: приобрета франшизу, франчайзи должен соответствующим образом оборудовать свое предприятие, инвестировав свои собственные или заемные средства, 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 франчайзи смог амортизировать осуществленные им капиталовложения. Как раз поэтому условие о срочности франчайзинговых договоров к существенным. Важность этого условия возрастает многократно при отсутствии в Украине законодательства, обязывающего франчайзера раскрывать информацию о франшизе.

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. ГК Украины к случайным условиям франчайзингового договора относит: определение объема и территории использования франшизы.

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

## 2. СУБЪЕКТЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Субъектами гражданских правоотношений могут быть физические и юридические лица. Учитывая, что франчайзинговые правоотношения относятся к гражданским, можно было бы предположить, что указанное правило должно распространяться и на франчайзинговые правоотношения.

Законодательство Украины, других стран СНГ, чьи кодексы основаны на разработанном Модельном ГК для стран СНГ, ограничивает круг таких субъектов договоров коммерческой концессии только предпринимателями. Если мы принимаем, что франчайзинговые договоры аналогичны договорам коммерческой концессии, то указанное ограничение распространяется и на эти договоры. Если же стороны в договоре франчайзинга на основании статьи 6 ГК Украины указали, что их правоотношения являются именно франчайзинговыми и не соответствуют правоотношениям из коммерческой концессии, и что к таким правоотношениям не

применимо регулирование главы 76 ГК Украины, тогда сторонами договора франчайзинга могут выступить и физические лица.

Однако, на практике, случаи выступления стороной договора франчайзинга физического лица, не зарегистрированного в качестве предпринимателя, случается крайне редко. Существующие случаи касаются иностранного франчайзинга, когда выступающее стороной договора физическое лицо в последующем учреждает юридическое лицо, выполняющее функции франчайзи.

Следует отметить, что законодатели некоторых стран Азии требуют, чтобы сторонами договоров франчайзинга выступали только юридические лица.

При передаче франшизы в пользование особое значение имеет ключевое лицо. Таким ключевым лицом может выступать и учредитель имеющегося юридического лица, которое впоследствии станет франчайзи, и директор или иной топ-менеджер франчайзи. Как правило, франчайзер предпочитает, чтобы ключевое лицо было и учредителем и руководителем. Особенно важно такое совмещение в реалиях украинского рынка. Такое ключевое лицо может выступить и стороной договора франчайзинга, если оно зарегистрировано в качестве частного предпринимателя.

Определение понятий любого института происходит через использование 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 предоставляет право пользования определенным комплексом исключительных прав, названа правопладелец, а сторона, которая получает такое право - пользователь.

В первом варианте проекта ГК Украины стороны франчайзингового договора также именовались правопладелец 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).

Однако после проведения третьего чтения в проекте ГК Украины при определении сторон франчайзингового договора вернулись к предложенной в первом варианте терминологии и ныне действующий ГК Украины стороны договора коммерческой концессии определяет как правопладелец и пользователь.

С момента провозглашения независимости и развития своего рынка Украина делала и делает все для встраивания себя в глобальную экономику. Этот процесс,

безусловно, ускорится в связи со вступлением Украины в ВОТ. Именно поэтому необходимо использовать признанную терминологию, то есть ту, которая используется как законодателями различных стран, так и в международной торговле в этой области.

Исходя из этого, управомочной стороной во франчайзинговых правоотношениях является франчайзер, а обязанной - франчайзи. Общеизвестно, что как на стороне управомочной, так и на стороне обязанной стороны могут выступать один или несколько субъектов. Возможна ли такая ситуация во франчайзинговых правоотношениях?

232

В соответствии с 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 для управомочной стороны. Это обусловлено тем, что определенный способ ведения предпринимательской деятельности, отработавшийся на протяжении длительного времени, может привести к отказу франчайзера от самостоятельного производства товаров или услуг, создавшим его деловую репутацию, которая имеет высокое стоимостное выражение. Возможность получения доходов от предоставления права вступления франчайзи во франчайзинговую сеть, а также вознаграждения за пользование франшизой приводит к тому, что зачастую сам франчайзер не производит сбываемые товары. Товары производятся иным лицом, которое контролируется франчайзером. Таким образом, франчайзер является собственником объектов права интеллектуальной собственности, а товары, которые сбываются франчайзи, производятся иным лицом. Оборудование, используемое на предприятиях франчайзинговой сети, также производится другими лицами. Поэтому при определении франшизы и ссылок на франчайзера в некоторых юрисдикциях упоминаются аффилированные лица франчайзера или лица, связанные с франчайзером.

ГК Украины предусматривает, что франчайзер является собственником объектов права интеллектуальной собственности и производит 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, будет развиваться в значительной степени 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, франчайзи вступает в гражданские правоотношения не только с франчайзером, а и со связанными с ним лицами.

Такая же ситуация складывается и со зрелыми украинскими франшизами<sup>210</sup>, которые также предпочитают, чтобы используемые во франчайзинговой сети инвентарь, оборудование и униформа приобретались у контролируемых ими поставщиков, т.к. такой контроль, в первую очередь, положительно влияет на охрану принадлежащих им объектов права интеллектуальной собственности, что, в свою очередь, не позволит негативно повлиять на репутацию торговых марок, используемых в сети.

Отсутствие прямых указаний в статье 1115 ГК Украины на возможность участия во франчайзинговых отношениях третьих лиц не является запретом такого участия.

Закон Украины “О защите экономической конкуренции”, устанавливающий в статье 6 запрет на антиконкурентные согласованные действия, направленные на установление цены или других условий приобретения или реализации товаров, в статье 8 указывает, что положения статьи 6 закона не применяются к согласованным действиям по поставке или использованию товаров, если участник согласованных действий относительно другого участника согласованных действий устанавливает ограничение на:

- использование поставленных им товаров или товаров других поставщиков;
- приобретение у других субъектов хозяйствования или продаже другим субъектам хозяйствования или потребителям других товаров;
- приобретения товаров, которые по своей природе или согласно торговым и другими честными обычаями в предпринимательской деятельности не принадлежат к предмету соглашения;
- формирование цены или других условий договора о продаже поставленного товара другим субъектам хозяйствования или потребителям.

Положения статьи 6 закона не применяются к соглашениям о передаче прав интеллектуальной собственности или об использовании объекта права интеллектуальной собственности, включая договоры франчайзинга и договоры коммерческой концессии, в той части, в которой они ограничивают в осуществлении хозяйственной деятельности сторону соглашения, которой передается право, если эти ограничения не выходят за пределы законных прав субъекта права интеллектуальной собственности. Считается, что не выходят за пределы указанных прав ограничения

<sup>210</sup> В качестве примера таких зрелых франшиз можно привести франчайзинговые сети Пицца Челентано и Potato House.

относительно объема прав, которые передаются, сроку и территории действия разрешения на использование объекта права интеллектуальной собственности, а также виду деятельности, сферы использования, минимального объема производства.

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

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 франчайзингового договора и конфиденциальной природой его объекта.

Так, для управомочной стороны возможно как универсальное, так и сингулярное правопреемство. Такой точки зрения придерживаются и составители ГК Украины, который предусматривает, что переход права, принадлежащего франчайзеру, и входящему в комплекс предоставленных франчайзи прав, к третьей стороне не является основанием для изменения или прекращения франчайзингового договора (статья 1127).

Однако ГК Украины предусматривает определенные особенности универсального правопреемства для правопреемников франчайзера: физическое лицо может быть правопреемником франчайзера лишь при условии, что оно будет зарегистрировано в качестве частного предпринимателя. Отсутствие такой регистрации влечет за собой прекращение франчайзингового договора. Хотя ГК Украины не обуславливает каких-либо особенностей универсального правопреемства для обязанной стороны – франчайзи, очевидно, что правило статьи 1127 должно распространяться и на правопреемников физического лица франчайзи.

### 3. ФОРМИРОВАНИЕ ВНУТРЕННЕЙ ВОЛИ ПРИ ЗАКЛЮЧЕНИИ ФРАНЧАЙЗИНГОВОГО ДОГОВОРА

К числу оснований возникновения гражданских правоотношений закон (статья 11 ГК Украины), прежде всего, относит сделки, то есть действия физических и юридических лиц по установлению, изменению или прекращению гражданских прав и обязанностей. Одним из признаков сделки является волеизъявление. Договор-сделка определяет содержание правоотношения, 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.

Значимость волеизъявления специально отражена в ГК Украины в статье 203, устанавливающей общие требования, соблюдение которых является необходимым для действительности договора. К таким общим требованиям относится, в первую очередь, свобода волеизъявления, а во вторую, его соответствие внутренней воле. Отсутствие этих составляющих является основанием для признания заключенного договора франчайзинга недействительным.

Изучение и определение действительного волеизъявления каждой из сторон франчайзингового договора на момент его заключения является необходимым. Составляющей франшизы является конфиденциальная (секретная) информация, которая становится известной франчайзи после заключения им франчайзингового договора и/или уплаты вступительного взноса. Можно сказать, что заключая франчайзинговый договор, франчайзи не знает объекта, относительно которого заключает договор. Он лишь имеет определенные представления об этом объекте - франшизе, которые могут оказаться как соответствующими действительному положению вещей, так и ошибочными.

Принимая во внимание наличие элементов конфиденциального характера во франшизе, франчайзи может иметь о ней ложное представление, действовать под влиянием ошибки. Действия франчайзера могут способствовать возникновению ложного представления у франчайзи о действительной ценности франшизы и, в таком случае, можно будет говорить о действиях франчайзи под влиянием обмана со стороны франчайзера<sup>211</sup>. Таким образом, можно утверждать, что при заключении франчайзингового договора существуют факторы, которые могут обусловить ошибочное представление франчайзи о существенных для сделки обстоятельствах, то есть негативно повлиять на формирование внутренней воли франчайзи, заключающего сделку. В соответствии с действующим законодательством Украины, договор, заключенный вследствие ошибки, имеющей существенное значение, может быть признан недействительным.

ГК Украины в статье 229 устанавливает, что существенное значение имеет ошибка относительно природы сделки, прав и обязанностей сторон, таких качеств и природы вещей, которые значительно снижают ее ценность или возможность использования по целевому назначению.

<sup>211</sup> Статья 230 ГК Украины квалифицирует как обман даже замалчивание определенных обстоятельств.

Статья 230 ГК Украины устанавливает, что если одна из сторон сделки ввела другую сторону в заблуждение относительно обстоятельств, которые имеют существенное значение, такая сделка признается судом недействительной.

Таким образом, заключив франчайзинговый договор и в ходе его выполнения выявив, что франшиза не отвечает его ожиданиям, франчайзи может и вправе подать иск о признании франчайзингового договора недействительным либо вследствие ошибки самого франчайзи, либо вследствие обманных действий со стороны франчайзера.

В зависимости от основания признания договора недействительным, франчайзи может формулировать и свои материальные требования. Так, статья 229 ГК Украины предусматривает обязанность франчайзера компенсировать франчайзи понесенные последним убытки. Статья 22 ГК Украины к убыткам относит расходы, которые лицо должно понести для восстановления своего нарушенного права (реальные убытки) и доходы, которые сторона могла бы получить при обычных обстоятельствах, если бы ее право не было нарушено. Исходя из этого к таким убыткам, безусловно, будут отнесены все расходы франчайзи, которые он должен будет понести для приведения своего предприятия в состояние, по которому оно больше не будет ассоциироваться с франчайзинговой сетью и расходов по подаче искового заявления. Под вопросом остается возможность взыскать с франчайзера расходы, понесенные франчайзи для приведения своего предприятия к требованиям соответствующих интерьеров и экстерьеров помещения, расходов на юридическую помощь при подготовке и подписании договора франчайзинга, т.к. статья 22 ГК Украины относит к компенсируемым убыткам те расходы, которые сторона понесла в связи с уничтожением или повреждением вещи. Разве что франчайзи удастся доказать, что приведение интерьеров своего предприятия к стандартам франчайзера фактически представляло собой уничтожение существовавших интерьеров.

В статье 22 ГК Украины фактически сформулирован размер требований франчайзи по упущенной выгоде. В статье указано, что если лицо, нарушившее право, получило в связи с этим доход, то размер упущенной выгоды, который должен быть компенсирован лицу, право которого нарушено, не может быть меньшим от доходов, полученных лицом, нарушившим право.

Многие франчайзинговые договоры предусматривают обязанность франчайзи уплачивать вступительный франчайзинговый платеж, размер которого может быть как символическим, так и очень значительным в случае заключения генерального договора франчайзинга. Размер этого вступительного платежа и может случить ориентиром по размеру требований по упущенной выгоде.

В случае признания договора франчайзинга недействительным на основании статьи 230 ГК Украины, франчайзи вправе требовать компенсации убытков в двойном размере, а также компенсации морального ущерба, понесенного вследствие обмана со стороны франчайзера.

Поведение франчайзи может быть добросовестным (полученная информация о франшизе не отвечает его ожиданиям) и недобросовестным (действия франчайзи по заключению франчайзингового договора были направлены на получение конфиденциальной информации).

Наличие тенденции, по которой должники обращаются в суды с исками о признании договоров недействительными, определено М.И.Брагинским и В.В.Витрянским<sup>212</sup>. Причем, авторы подчеркивают тот факт, что, таким образом, должники просто стараются избежать ответственности по договору.

На формирование внутренней воли франчайзи может повлиять также поведение франчайзера или его определенные действия, направленные на введение франчайзи 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 франчайзер, но и его должностные лица, которые фактически и осуществляют эти действия. Так, в деле *Dymocks Franchise Systems (NSW) Pty Limited v Bilgola Enterprises Limited*<sup>213</sup>, которое рассматривалось Высшим судом Новой Зеландии в феврале 2002 года, директора компании франчайзера были признаны виновными в предоставлении потенциальному франчайзи *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*<sup>214</sup>, которое рассматривалось судами Англии в 2000. Суть дела состоит в том, что публикуя информацию о своем опыте эксплуатации франшизы, франчайзер *Natural Health Food Limited* упоминал “значительный опыт торгового развития”, в то время как франчайзер был создан недавно и весь опыт

<sup>212</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – Книга первая: Общие положения: – Изд. 2-е, испр.– М.: Статут, 1999. – С. 803 – 817.

<sup>213</sup> 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.

<sup>214</sup> Overview of the Franchising in United Kingdom. July 2000. <http://www.internationallawoffice.com>

эксплуатации франшизы состоял в опыте собственника и директора франчайзера по эксплуатации франшизы в единственном магазине. В указанном деле, суд признал директора ответственным за неправдивые заявления.

ГК Украины воспринял полностью доктрину misrepresentation. К обманным действиям он также отнес действия стороны по опровержению факта наличия обстоятельств, которые могут препятствовать заключению сделки, а также бездействие стороны, т.е. замалчивание стороной наличия обстоятельств, которые препятствуют заключению сделки.

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

1. обязанность франчайзера максимально информировать франчайзи о франшизе - норма о раскрытии информации;
2. установление определенного периода времени (cooling period) между ознакомлением франчайзи с условиями франчайзингового договора и моментом его подписания или уплаты каких-либо платежей по нему или связанным с ним договорам;
3. возможность продажи франшизы только после ее эксплуатации на протяжении определенного срока самим франчайзером.

Фактически, нормы, предусмотренные в пунктах 1, 2 выше влияют на формирование внутренней воли франчайзи, а нормы пункта 3 - на формирование внутренней воли самого франчайзера.

Некоторые страны определяют объем информации по информированию франчайзи о существенных условиях франшизы или франчайзингового договора. 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, Бразилия, Мексика, Испания) и страны, в которых законодатель не определяет четких пределов раскрываемой информации, а оставляет объем подлежащей раскрытию информации на усмотрение франчайзера (Франция, Индонезия, Китай, Южная Корея).

Так, например, в США, которые относятся 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<sup>215</sup>.

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

Вторая категория стран не определяет конкретный перечень информации, которая должна быть предоставлена потенциальному франчайзи. Определение “предоставить исчерпывающие данные о предлагаемой франшизе, которые бы предоставили возможность другой стороне принять осведомленное решение”, как определил законодатель Франции, является настолько нечетким, что позволяет франчайзеру самому определять какие данные о франшизе являются исчерпывающими и достаточными для того, чтобы создать у франчайзи впечатление, что он имеет правильное представление о франшизе и существенных условиях франчайзингового договора.

В соответствии с законодательством Индонезии до момента заключения франчайзингового договора франчайзер должен предоставить франчайзи информацию о франшизе, данные о себе, своей деятельности и финансовой отчетности, описать природу франчайзингового продукта и остановиться на других аспектах, о которых “франчайзи должен знать”<sup>216</sup>.

Несмотря на нечетко очерченный круг вопросов к информации о раскрытии о франшизе, уже само наличие указанного предписания свидетельствует о старании законодателя повлиять на формирование правильной внутренней воли франчайзи при приобретении франшизы и заключении франчайзингового договора.

Необходимость установления перечня информации о раскрытии в специальном законодательном акте ставится под сомнение европейскими учеными. Правильность своей точки зрения они базируют на существовании доктрины “добросовестности”. Рассмотрим более детально эту доктрину.

В соответствии с доктриной добросовестности любая сторона на стадии заключения договора должна проинформировать другую сторону обо всех

<sup>215</sup> Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures. Вступили в силу 21 июля 1979г. На протяжении длительного срока проходило обсуждение возможности внесения изменений и дополнений в указанные Правила. Такие изменения и дополнения были внесены и вступили в силу с 1 июля 2008г. 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.

<sup>216</sup> Raini Alfida. Indonesia’s Franchise Regulations. International Journal of Franchising and Distribution Law. Vol. 1, 1999, Issue 1. – P. 80.



обстоятельствах, которые могут повлиять на желание другой стороны заключить такой договор. Надо отметить, что принцип добросовестности заложен в ГК Украины, который относит «справедливость, добросовестность и разумность» к числу общих основ гражданского законодательства. Использование этого принципа является новеллой, что, безусловно, должно положительно отразиться на поведении сторон при заключении договоров вообще и франчайзинговых, в частности.

Рассмотрим, каким должно быть поведение франчайзера на примере законодательства Украины.

В соответствии с установленным принципом добросовестности франчайзер должен проинформировать франчайзи обо всех обстоятельствах, которые могут повлиять на его желание заключить договор франчайзинга. К вопросам, которые встают перед франчайзером относятся вопросы об объеме, времени и форме информирования.

Ни на один из указанных вопросов нет прямого ответа в действующем законодательстве Украины.

Волеизъявление франчайзи формируется на преддоговорной стадии. Таким образом, для формирования волеизъявления франчайзи он должен получить информацию об обстоятельствах, которые имеют существенное значение для заключения договора франчайзинга на преддоговорной стадии. Таким образом, очевидно, что франчайзер должен раскрыть перед франчайзи определенную информацию до подписания договора франчайзинга. Таким образом, вопрос о времени информирования франчайзи нами решен.

Однако можно ли утверждать, что простое получение исчерпывающей информации о существенных обстоятельствах за некоторое время, например, за полчаса, до подписания договора франчайзинга будет рассматриваться, как достаточное?

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

Законодательные акты Франции и Испании требуют от франчайзера представить франчайзи специальную информацию о франшизе, как минимум, за 20 дней до подписания франчайзингового соглашения.

В Бразилии после одобрения документов, раскрывающих информацию о предлагаемой франшизе, они должны быть представлены потенциальному франчайзи не позднее 10 дней до подписания франчайзингового соглашения или перечисления франчайзи каких-либо средств в соответствии с этим соглашением.

В Австралии<sup>217</sup> законодатель не только устанавливает определенный фиксированный срок (20 дней) между предоставлением документов франчайзи и моментом подписания франчайзингового договора, но и вменяет в обязанность франчайзи до подписания договора предоставить франчайзеру 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 франчайзи за такой срок, чтобы он имел достаточно времени для принятия обоснованного решения.

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

Хотя законодательством Украины и не установлен специальный период на ознакомление с предоставленной франчайзером информацией, целесообразно предоставлять такую информацию, как минимум, за 7 дней до подписания договора. Также целесообразно получить от франчайзи специальное заверение, или включить такое заверение в качестве оговорки в договор франчайзинга, что франчайзи тщательно ознакомился с представленной информацией, изучил ее и по всем вопросам, связанным с такой информацией получил консультации специалистов. Также франчайзи должен подтвердить, что он имеет четкое и ясное представление об обстоятельствах, которые имеют существенное значение для договора франчайзинга.

В какой форме предоставлять информацию: устной или письменной? Предоставление информации должно происходить в письменной форме. Получение информации в устной форме не может гарантировать, что франчайзи все запомнил и сможет в последующем правильно осмыслить и не заявить, что часть информации была утеряна, а значит договор заключен им под влиянием ошибки. Получение информации

---

<sup>217</sup> 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.

в письменной форме позволит франчайзи изучить ее с соответствующими специалистами.

Важность правильного формирования внутренней воли франчайзи, с одной стороны, и отсутствие унифицированного подхода к определению объема информации к раскрытию в различных странах были основой принятия в УНИДРУА решения о необходимости разработки модельного закона о раскрытии информации во франчайзинге<sup>218</sup>. Перечень информации, предоставляемой по модельному закону, является достаточно объемным и близким к требованиям, предъявляемым федеральным законодательством США. Раскрыв информацию в таком объеме, франчайзер может быть полностью уверен в отсутствии в последующем оснований у франчайзи заявить, что он заключил договор под влиянием ошибки или обмана со стороны франчайзера.

Проанализировав категории информации, которая должна быть раскрыта в соответствии с законодательством различных стран, а также проанализировав категории информации, знание которой необходимо для правильного формирования внутренней воли франчайзи, методом обобщения и анализа можно определить тот объем информации, который имеет существенное влияние на формирование внутренней воли франчайзи:

1) информация о франчайзере, 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 права интеллектуальной собственности;

3) информация о высших должностных лицах франчайзера, 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 франчайзера, действующих на конец предыдущего финансового года; наименование, адреса и телефонные номера 20 франчайзинговых торговых точек одноименного

<sup>218</sup> Study Group on Franchising. Fourth Session, Rome, 9-10 December 1999. Report. UNIDROIT 2000. Study LXVIII – Doc. 20- 50p.

франчайзингового бизнеса самых близких к предполагаемому месту нахождения будущего франчайзи;

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

6) список всех лиц (включая франчайзера), с которыми франчайзи прямо или косвенно рекомендовано установить хозяйственные правоотношения, если такие лица связаны с франчайзером;

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 франчайзер может отказаться возобновить или продолжить франчайзинговое соглашение;

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

11) если выбор местонахождения торговой точки или предприятия или одобрение такого местонахождения франчайзером предусмотрены франчайзинговым соглашением, информация, которая описывает условия выбора местонахождения и процедуру получения одобрения франчайзера;

12) данные об учебной программе.

Способом влияния на формирование внутренней воли франчайзера является установление некоторыми странами определенного срока эксплуатации франшизы самим франчайзером, до окончания которого франчайзер не имеет права предлагать эту франшизу другим сторонам. К сожалению, лишь законодатели некоторых стран (штаты США, Бразилия) предусмотрели необходимость эксплуатации франшизы самим франчайзером на протяжении, как минимум, 2-х лет. Это требование направлено на то, чтобы сам франчайзер убедился в формировании франшизы и изучил ее свойства. Знание объекта (франшизы) предоставит возможность франчайзеру предоставлять франчайзи услуги, являющиеся объективно необходимыми для эксплуатации франшизы (тренировочные курсы, надлежащий контроль, консультации по исправлению ошибок

франчайзи). Отсутствие достаточного опыта франчайзера 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 которых и был заключен франчайзинговый договор. Принимая это во внимание, франчайзи должен, в первую очередь, выяснить эксплуатировал ли сам франчайзер свою франшизу и срок такой эксплуатации.

Раскрытие франчайзером информации о франшизе является защитой как для него самого, так и для франчайзи, который заключая франчайзинговый договор, будет ознакомлен с его объектом, и следствием этого будет сознательное и осведомленное решение его заключить. Франчайзер, сообщая необходимую информацию, будет уверенным, что франчайзи позднее не сможет утверждать, что франчайзинговый договор был им заключен по незнанию или под влиянием ошибки.

#### 4. 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 коллизионная 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 (Украина, Россия, Индонезия, Южная Корея и т.п.). Следствием нарушения этого предписания может являться признание заключенного договора недействительным.

В Украине к письменным сделкам установлены специальные требования. Такие специальные требования касаются способа подписания договора: он должен быть подписан от юридического лица лицами уполномоченными на это его учредительными

документами, доверенностью, законом или иными актами гражданского законодательства, а также скреплен печатью.

Следует отметить, что в развитых странах скрепление сделки печатью юридического лица случается крайне редко. Норма о скреплении договора печатью вступила в силу в Украине 1 января 2004 года. До этого времени такой нормы не существовало и украинские юридические лица, заключая международные договоры, зачастую поступали как их иностранные контрагенты, ставили только подписи уполномоченных лиц, без их какого-либо скрепления печатью. Многие украинские предприятия продолжают такую практику и сейчас. Правомерно ли это? Является ли отсутствие печати на договоре, заключенном юридическим лицом, основанием для признания такого договора недействительным? Статья 218 ГК Украины дает на этот

*Способы заключения франчайзингового договора*

вопрос прямой ответ: несоблюдение сторонами письменной формы сделки (мы рассматриваем отсутствие печати как частичное несоблюдение сторонами требований к письменной форме сделки) не имеет следствием его недействительность, кроме случаев, установленных законом.

Для франчайзинговых договоров ГК Украины в статье 1118 устанавливает требование о письменной форме, а также последствия несоблюдения этого требования. ГК Украины устанавливает, что несоблюдение письменной формы договора франчайзинга влечет за собой его ничтожность. Сделка считается ничтожной с момента ее заключения.

Относительно способов заключения франчайзинговых договоров, принятых на практике, можно выделить такие:

- путем обмена офертой и акцептом;
- путем присоединения;
- 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 об объекте франшизы, сопутствующих услугах, предоставляемых франчайзером, перечне платежей, перечисляемых франчайзеру, может рассматриваться как оферта, публичная оферта или как приглашение к оферте франчайзера. 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 адресата мог возникнуть юридически соответствующий действительности договор. Во-вторых, предложение должно содержать намерение заключить договор. Отсутствие такого намерения рассматривается не как оферта, а как приглашение к оферте (в соответствии с законодательством ФРГ, США, Англии).

ГК Украины в статье 641 для квалификации предложения как оферты также выдвигает два указанных критерия.

*Оферта, публичная оферта, приглашение к оферте*

При этом ГК Украины указывает, что реклама и иные предложения, адресованные неопределенному числу лиц, представляют собой предложение к оферте, если иное не указано в рекламе или таких предложениях. Подобная редакция определения предложения к оферте явила собой отклик законодателя на сегодняшнее развитие рынка: благодаря жесткой конкуренции сегодня широко употребляема практика размещения оферты в газетах, журналах, по радио, телевидению и в интернете. Несмотря на неопределенность круга акцептантов, такие предложения являются определенными, выражают волю заключить договор на указанных в предложении условиях с кем-либо, то есть отвечают требованиям, которые влияют на квалификацию предложения как оферты.

Однако многие ученые рассматривают рекламу и иные предложения, адресованные неопределенному числу лиц, в качестве оферты, а не предложения к оферте. Такую точку зрения разделяет М.И.Брагинский, В.В.Витрянский<sup>219</sup> и О.С.Йоффе<sup>220</sup>. Такой же точки зрения, фактически, придерживаются и законодатели различных стран, определяющие, что информация о франшизе должна быть раскрыта до заключения договора или до уплаты любого платежа, то есть законодатели предусматривают, что ответом франчайзи на опубликованную информацию о франшизе, которую франчайзи может рассматривать как оферту, подтверждающую

<sup>219</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. –Изд. 2-е, испр.– М.: Статут, 1999. – С. 193 – 203.

<sup>220</sup> Йоффе О.С. Обязательственное право.– М.: Госюриздат, 1975.– С.50.



желание франчайзера заключить франчайзинговый договор, может быть уплата франчайзи указанного в оферте вступительного взноса, что будет демонстрировать его акцепт на сделанную оферту.

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 информации о франшизе можно рассматривать как требования к публичной оферте. Следует указать, что результатом публичной оферты франчайзера может быть:

- направление акцепта франчайзи, в котором выражается его воля заключить договор на предложенных условиях;
- конклюдентные действия акцептанта (франчайзи), выраженные в оплате первого (вступительного) франчайзингового платежа, который является платой за право вступить в единообразную франчайзинговую сеть франчайзера.

Оферта, поступившая к адресату (потенциальному франчайзи) порождает вопрос, связан ли оферент (франчайзер) этой офертой до того, как акцептант (франчайзи) ее акцептовал, может ли франчайзер 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 (франчайзер) будет считать себя связанным только по истечении законодательно установленного срока. Право ФРГ, Швейцарии и Украины исходит из презумпции связанности оферента офертой в течение срока, указанного в оферте, или в течение нормального 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, в соответствии с ГК Украины договор считается заключенным с момента получения акцепта оферентом (франчайзером) и в месте нахождения оферента (франчайзера). В соответствии с английским правом, 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 в 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 одинаковых, или, как можно определить, стандартных условиях, очень часто франчайзинговый договор заключается путем присоединения франчайзи к стандартным формулярам франчайзера. Несмотря на общую отрицательную оценку такого способа заключения договоров<sup>221</sup>, он объективно обусловлен различным объемом опыта каждой из сторон. Эта мысль поддерживается позицией Л.С.Талья, 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”<sup>222</sup>.

*Присоединение*

Следует указать, что действующее украинское законодательство предусматривает специальное регулирование заключения, изменения и прекращения договоров присоединения.

Составление единого документа является общепризнанным и наиболее распространенным способом заключения любых, в том числе и франчайзинговых, договоров. Этот способ заключения договора предоставляет возможность для каждой из сторон вывить свою волю. Хотя, безусловно, даже при этом способе заключения договора франчайзер занимает более сильную позицию, чем франчайзи, как благодаря своему опыту, так и благодаря тому, что он является собственником определенных монопольных прав (прав на объекты права интеллектуальной собственности), которые предоставляют ему возможность диктовать, а не согласовывать отдельные договорные положения.

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

<sup>221</sup> 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.

<sup>222</sup> Таль Л.С. Трудовой договор. Цивилистическое исследование. – Ярославль, 1918. – С.6.

франчайзингового договора зарегистрировать его в соответствующем государственном или саморегулирующем органе.

Так, в соответствии с Актом о франшизах штата Нью-Йорк, франчайзинговый договор должен быть зарегистрирован в соответствующем органе. До недавнего времени (согласно прецедента *King Computer, Inc. V Beeper Plus, Inc SDNY 1993*<sup>223</sup>) 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)*<sup>224</sup> изменило положение: отсутствие регистрации франчайзингового договора не лишает франчайзера права ссылаться на него и настаивать на его принудительном исполнении против франчайзи.

В Бразилии, если франчайзером 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: франчайзер или франчайзи 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 франчайзи и франчайзера, 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 однотиповых предприятий (China Chain Enterprises Association)).

Наиболее отягощающие обязанности относительно регистрации франчайзинговых договоров установлены в Индонезии: каждые 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, невозможно продолжать выполнять

<sup>223</sup> Past Non-Compliance no Bar to Enforcement. September 2000.

<http://www.internationalalwoffcie.com>

<sup>224</sup> Там же.

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, и обременительную процедуру по регистрации изменений или прекращения договора<sup>225</sup>.

Так же, как и в Российской Федерации, ГК Украины предусматривает необходимость регистрации франчайзингового договора в органах регистрации субъектов предпринимательства.

Достаточно сложно объяснить желание законодателя регистрировать договор франчайзинга, его изменение и прекращение при том, что никаких обязательств по принудительной регистрации лицензионных договоров кодексом не установлено.

Принимая во внимание, что 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 франчайзера на его фирменное наименование.

Однако ГК Украины не дает определения фирменного (коммерческого) наименования. В ГК Украины установлено, что правовая охрана предоставляется коммерческому наименованию, если оно дает возможность выделить одно лицо от другого и не вводит в заблуждение потребителя. Такое определение является явно недостаточным и не дает возможности понять, что же такое коммерческое наименование.

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 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)<sup>226</sup>. При желании собственника

<sup>225</sup> Более подробно, см. раздел “Российская Федерация”.

<sup>226</sup> Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997.

фирменного наименования распространить защиту этого наименования на всю страну, он должен зарегистрировать его как торговый знак.

Указание в статье 1118 ГК Украины органа регистрации договоров франчайзинга является недостаточным, т.к. статья 210 кодекса устанавливает, что порядок регистрации, а также порядок ведения соответствующих реестров устанавливаются специальным законом. Несмотря на длительный срок, после вступления в силу ГК Украины до сих пор не принят специальный закон о регистрации договоров коммерческой концессии. Поэтому сегодня норма статья 1118 ГК Украины является спящей, а договоры коммерческой концессии, как и договоры франчайзинга не подлежат регистрации.

Подводя итог о форме и способе заключения франчайзингового договора можно разделить страны, на такие категории:

1) страны, по законодательству которых франчайзер размещает публичную оферту, предоставляет ее правительственному или неправительственному органу для регистрации или с информационными целями (Индонезия, Китай, США: Вашингтон, Виржиния, Висконсин, Гавайи, Иллинойс, Индиана, Калифорния, Миннесота, Мериленд, Мичиган, Нью-Йорк, Северная и Южная Дакота, Род-Айленд, Япония);

2) страны, которые вменяют в обязанность франчайзера распространить публичную оферту, но не вменяют в обязанность франчайзера предоставить ее какому-либо органу (Альберта, Онтарио (Канада), Испания, Южная Корея, США: Джорджия, Огайо, Орегон; Франция, Япония);

3) страны, которые вменяют в обязанность франчайзера опубликовать оферту и зарегистрировать франчайзинговый договор в правительственной организации (Бразилия, Мексика, Филиппины);

4) страны, которые вменяют в обязанность франчайзера опубликовать оферту, даже если закон не имеет таких терминов как франчайзинг, франшиза, франчайзер/франчайзи (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 франчайзера предоставить такую информацию (Австралия, Аргентина, Великобритания, Италия, Новая Зеландия, Германия, Япония);

б) страны, обязывающие заключать франчайзинговый договор в письменном виде и регистрировать его, а также вносимые в него изменения и прекращение (Украина, Россия, Белоруссия, другие страны СНГ).

Следует указать, что предложенная классификация близка к классификации Филиппа Зейдмана<sup>227</sup>, в основе которой лежит критерий наличия требований к опубликованию информации о франшизе.

## 5. ОБЪЕКТ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

252

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<sup>228</sup>.

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.

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 самое 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<sup>229</sup>. Эта теория широко критиковалась в советские времена, хотя, она заслуживает внимания, особенно сейчас, когда распространенным является использование образа определенной личности, человека, при рекламе 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

<sup>227</sup> Philip F. Zeidman A Worldwide Survey of Franchising Disclosure Laws. A paper presented at the IBA 26<sup>th</sup> 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.

<sup>228</sup> Актуальные проблемы гражданского права./ Под ред. М.И. Брагинского. Исследовательский центр частного права. Российская школа частного права. – М. Статут, 1999. – С. 109.

<sup>229</sup> Йоффе О.С. Избранные труды про гражданскому прав: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории “хозяйственного права”.– М. Статут, 2000. – С. 582.

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<sup>230</sup>, хотя, по мнению автора, она, фактически является составной теории множественности правовых объектов. Сторонники этой теории (С.А. Голунский, М.С. Строгович, Е.А. Суханов, Е.О. Харитонов, Н.А. Саниахметова, А.С. Пиголкин, М.Н. Марченко) называют объектом правоотношений все то, по поводу чего субъекты права вступают в правоотношения и что составляет содержание их взаимных прав и обязанностей. Автор считает себя также сторонником этой теории, которая положена в основу ГК Украины.

Согласно ГК Украины к объектам гражданского права относятся:

- а) вещи,
- б) ценные бумаги;
- в) нематериальные блага.

Имущество, как отдельный объект, представляет собой как отдельные вещи, так и совокупность вещей, а также имущественные права и обязанности.

Под нематериальными благами ГК понимает результаты интеллектуальной, творческой деятельности и иные объекты права интеллектуальной собственности, которые создают права и обязанности, информацию и личные нематериальные блага.

Для решения вопроса какой объект гражданских прав представляет собой объект франчайзинговых правоотношений, определимся по поводу чего субъекты франчайзинговых правоотношений - франчайзер и франчайзи - вступают в правоотношения.

Франчайзер и франчайзи вступают в правоотношения по поводу использования результатов интеллектуальной, творческой деятельности франчайзера, его услуг, информации и иных материальных и нематериальных благ франчайзера. Если же франчайзи будет перепродавать товары франчайзера, то к таким объектам также

<sup>230</sup> Советское гражданское право./ Под ред. Смирнова В.Т., Толстого Ю.К., Юрченко А.К. – Ч. 1.– 2-е издание, испр. и доп.– Л.: 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. Новицкий И.Б. Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. – С-41-45



относятся и вещи. Таким образом, Франчайзер и франчайзи вступают в правоотношения по поводу использования вещей и нематериальных благ.

## 6. ВИДЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ДОГОВОРОВ

254

Наличие различных видов франшизы явилось основанием для развития на практике нескольких видов франчайзинговых договоров.

*Прямой франчайзинг*

В рамках прямого франчайзинга, который развивается на базе обычной франшизы, который рассматривают как самую простую и наиболее эффективную структуру франчайзинга и который используется в национальном франчайзинге, используется франчайзинговый договор на эксплуатацию франшизы из одного помещения (single-unit franchise agreement). Хотя каждый из договоров, опосредующих определенный вид франчайзинга, имеет свои особенности, тем не менее, следует указать, что базовым для любого вида франчайзинговых правоотношений является именно этот вид франчайзингового договора.

По договору эксплуатации франшизы из одного помещения (single-unit franchise agreement) одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (франчайзи) право владения и пользования франшизой под торговым наименованием, торговым знаком или знаком на услуги и по системе франчайзера из определенного, четко обусловленного в договоре, местонахождения (в договоре указывается адрес помещения). По таким договорам франчайзи не получает каких-либо исключительных или квази-исключительных прав на территорию, то есть другой франчайзи может получить право пользования этой же франшизой на соседней улице или в соседнем доме, например. Несмотря на тот факт, что получение франчайзи простой неисключительной франшизы, предусматривает право франчайзера открывать франчайзинговые предприятия рядом с предприятиями франчайзи, 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), рассмотренное Высшим судом Калифорнии, и Sheck v Burger King Corporation (SD Fla 1991), рассмотренное Апелляционным судом Одиннадцатого округа штата Южная Дакота<sup>231</sup>.

<sup>231</sup> Court Considers Position on Breach of Good Faith. September 2000. <http://www.internationalalawoffice.com>

Другим видом франчайзингового договора, базирующемся на прямом франчайзинге, является договор франчайзинга многочисленных торговых помещений (multiple/multi unit franchise agreement), по которому франчайзи получает право открыть на определенной территории, на которую он не имеет исключительных прав, определенное количество франчайзинговых предприятий по согласованным с франчайзером 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.

*Территориальный  
франчайзинг*

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 (франчайзер) предоставляет другой стороне (разработчику/франчайзи) “право разработки территории”, по которому франчайзи 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 франчайзера, он есть он является рамочным соглашением, по которому при открытии каждого франчайзингового предприятия разработчик/франчайзи заключает с франчайзером франчайзинговый договор из одного помещения. По определению А.Кенигсберга “правильно составленные договоры на развитие не являются действительно франчайзинговыми договорами, они являются договорами, по которым франчайзер предоставляет исключительное право разработчику/франчайзи не открывать торговые предприятия, а заключать с франчайзером франчайзинговые договоры из одного торгового помещения”<sup>232</sup>. Точка зрения А. Кенигсберга поддержана судебной практикой: так, в деле Glenn Stetzer, Inc. V Dunkin' Donuts, Inc.<sup>233</sup>, 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

<sup>232</sup> А. Konigsberg. International Franchising: Commonly Used Terms. London: IBA, 1989. – P. 17.

<sup>233</sup> Holes in the agreement?. <http://internationalalwoffice.com>.

франчайзинговым договорам в соответствии с определением Акта о франшизах Коннектикута.

Модельный закон УНИДРУА определяет договор развития как соглашение, согласно которого франчайзер в обмен на прямое или косвенное финансовое вознаграждение предоставляет другой стороне право приобрести более одной франшизы одной и той же франчайзинговой системы<sup>234</sup>.

*Генеральный  
франчайзинг*

256

По генеральному договору развития, представляющему собой гибридную форму договора на развитие и генерального франчайзингового договора, одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (генеральному разработчику/франчайзеру) как “право разработки определенной исключительной территории”, так и право предоставление в пользование франшизы с дальнейшим открытием франчайзинговых предприятий третьими лицами (суб-франчайзи).

Генеральный договор развития используется в международном франчайзинге. По этому договору генеральный разработчик/франчайзи 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.

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/франчайзи не имеет права предоставлять право пользования франшизой третьим лицам, только он может использовать франшизу. По генеральному договору на развитие генеральный разработчик/франчайзи одновременно выполняет функции франчайзера;
- критерий независимости: в случае заключения генерального соглашения на развитие франчайзер не присутствует на предоставленной территории, то есть он не открывает на предоставленной территории ни своего представительства, ни дочернего предприятия. Фактически, генеральный разработчик/франчайзи выполняет функции франчайзера на предоставленной территории.

<sup>234</sup> Study Group on Franchising. Fourth Session, Rome, 9-10 December 1999. Report. UNIDROIT 2000. Study LXVIII – Doc. 20.– P.- 41.

На основе генеральной франшизы был разработан генеральный франчайзинговый договор. По генеральному франчайзинговому договору одна сторона (франчайзер) предоставляет другой стороне (генеральному франчайзи) исключительное право на определенной территории как самостоятельно открывать франчайзинговые предприятия, так и предоставлять право пользования франшизой с дальнейшим открытием франчайзинговых предприятий третьим лицам (суб-франчайзи). Генеральному франчайзи предоставлено право заключать не только прямые франчайзинговые договоры, но и договоры на развитие территории. То есть на генерального франчайзи, фактически, возложены функции франчайзера по продвижению его товаров на территории генерального франчайзи.

По генеральному франчайзинговому договору или по договору генерального развития франчайзер имеет правоотношения исключительно с генеральными франчайзи, то есть он не имеет прямых правоотношений с суб-франчайзи. Лицом, полностью ответственным за действия суб-франчайзи перед франчайзером является генеральный франчайзер. 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 франчайзи 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 франчайзинговый договор многочисленных помещений и договор развития.

К франчайзинговым договорам относятся: франчайзинговый договор эксплуатации франшизы из одного торгового помещения, генеральный договор на развитие, генеральный франчайзинговый договор.

ГК Украины различает: договор франчайзинга, договор генерального франчайзинга и субфранчайзинговый договор.

Определение франчайзингового договора, предоставленное в ГК Украины, является довольно широким. Оно не совпадает с определением франчайзинговых договоров эксплуатации франшизы из одного помещения или франчайзинговых договоров многочисленных помещений.

Согласно ГК Украины договором франчайзинга может быть предусмотрено право пользователя разрешать другим лицам пользоваться предоставленным ему комплексом исключительных прав или частью этого комплекса на условиях субфранчайзинга,

согласованных им с правладельцем или определенных в договоре франчайзинга. Таким образом, фактически в ГК Украины определяется не только понятие субфранчайзингового договора, но опосредованно и генерального франчайзингового договора, хотя ссылка на генеральный франчайзинговый договор отсутствует.

Под регулирование, предусмотренное ГК Украины, будут подпадать только собственно франчайзинговые договоры, то есть договоры, по которым передается право эксплуатации франшизы.

Рамочные договоры не будут непосредственно регулироваться нормами главы 76 ГК Украины, что даст возможность предпринимателям избежать отягощающего государственного администрирования.

## 7. ПРАВА И ОБЯЗАННОСТИ СТОРОН ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ДОГОВОРОВ

*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 проанализированы в первую очередь.

Исходя из определения франшизы, предложенной автором, к основным обязанностям франчайзера 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 франчайзи определенного маркетингового плана, системы, ноу-хау или коммерческой информации, необходимой для ведения предпринимательской деятельности в соответствии с методами франчайзера;
- 4) постоянное улучшение переданного маркетингового плана, системы, ноу-хау или коммерческой информации с соответствующим информированием франчайзи о сделанных усовершенствованиях. Указанные обязанности франчайзера предусматривают право и обязанность франчайзи информировать франчайзера о возможных усовершенствованиях переданного маркетингового плана, системы, ноу-хау или коммерческой информации. Другими словами усовершенствования ноу-хау

франчайзера часто базируется как на собственных разработках, так и на предложениях франчайзи;

5) проведение учебных курсов и семинаров для персонала франчайзи, чтобы он смог овладеть переданным планом, системой или ноу-хау;

6) самостоятельный выбор или определение критериев для согласования местонахождения помещения, в котором будет эксплуатироваться франшиза;

7) постоянный контроль эксплуатации франшизы и необходимое консультирование и корректирование предпринимательской деятельности франчайзи. Указанное консультирование включает в себя право франчайзера давать франчайзи рекомендации по установлению цены продукции или услуг, которые сбываются; объективных квалификационных критериев по найму персонала; приобретению оборудования, инвентаря, запасных частей и тому подобное. Контроль над деятельностью франчайзи предусматривает проведение периодических проверок, при которых франчайзер 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).

Франчайзер имеет не только обязанности, но и права, к которым относятся:

1) право проведения контрольных проверок;

2) утверждение местонахождения помещения, в котором будет эксплуатироваться франшиза;

3) предоставление согласия франчайзи на уступку его прав в предприятии, эксплуатирующем франшизу в том случае, если новый франчайзи отвечает объективным квалификационным критериям, установленным франчайзером;

4) получение франчайзингового вознаграждения в размерах, установленных во франчайзинговом договоре;

5) получение от франчайзи данных и информации о возможном усовершенствовании маркетингового плана, системы или ноу-хау.

Права и обязанности франчайзи являются зеркальным отображением прав и обязанностей франчайзера.

К обязанностям франчайзи относятся:

1) ведение предпринимательской деятельности под торговым наименованием, знаком, логотипом франчайзера, 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 франчайзера;

3) оснащение помещения соответственно указаниям франчайзера. Следование указаниям франчайзера предусматривает обязанность франчайзи приобретать оборудование, инвентарь и инструменты у лиц, указанных франчайзером. Тем не менее, это обязанностей не препятствует франчайзи предлагать франчайзеру других поставщиков оборудования, инвентаря и инструмента, если оно отвечает квалификационным требованиям франчайзера и не влияет на единообразие франчайзингового предприятия. Выполнение франчайзи указанных выше обязанностей должно привести к ассоциированию его предприятия потребителями с предприятием франчайзера;

4) проходить обучение на курсах и семинарах согласно требованиям франчайзера. Такие курсы могут быть как одноразовыми, так и периодическими. Принимая во внимание факт оплаты франчайзи обучения своего персонала на курсах франчайзера, последний должен обосновать необходимость проведения таких периодических курсов;

5) информировать франчайзера о возможном усовершенствовании маркетингового плана, системы или ноу-хау франчайзера, применение к нему определенных элементов, являющихся более приемлемыми для места, где ведет предпринимательскую деятельность франчайзи;

б) во время платить франчайзинговые и рекламные платежи франчайзеру;

7) приложить все возможные усилия на сохранение ноу-хау, а также на прекращение неправомерных посягательств третьих лиц на объекты интеллектуальной собственности франчайзера.

Права франчайзи включают в себя:

1) получение от франчайзера соответствующих лицензий на объекты права интеллектуальной собственности франчайзера;

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 франчайзера соответствующих консультаций, направленных на правильное ведение франчайзи 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.

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 франчайзи получает простую неисключительную лицензию на использование объектов интеллектуальной собственности.

*Договор  
эксплуатации  
франшизы из  
многочисленных  
помещений*

Тем не менее, указанные договоры имеют и определенные различия. Так, по франчайзинговому договору многочисленных торговых помещений франчайзи платит вперед 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 франчайзи одновременно начнет эксплуатировать франшизу из всех указанных в договоре помещений. Таким образом, уплатив вперед вступительный взнос и не открыв всех заявленных предприятий, франчайзи 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 франчайзи и четко указываются адреса франчайзинговых помещений. При открытии каждого из помещений, в которых будет эксплуатироваться франшиза, заключает 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 франчайзи своих обязанностей по одному из договоров из одного 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 прекрестном 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.

Этот вид договоров франчайзинга, равно как и договор эксплуатации франшизы из многочисленных помещений, базируется на территориальной франшизе. Договор развития является рамочным соглашением, по которому франчайзи 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 франчайзи. Открытие таких точек происходит по определенному графику, который согласовывается сторонами в договоре на развитие.

Принимая во внимание тот факт, что франчайзи неизвестны точные адреса будущих торговых точек, франчайзер информирует его о критериях выбора помещений для этих торговых точек. Несмотря на наличие критериев к помещениям, как правило, франчайзер каждый раз дополнительно согласовывает месторасположение торговой точки.

В отличие от франчайзингового договора многочисленных торговых помещений разработчик не платит франчайзеру 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:

1) франчайзи 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 франчайзи только после подписания прямого франчайзингового договора на конкретное помещение; или

2) франчайзи платит франчайзеру 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 франчайзи своих обязанностей по одному из прямых франчайзинговых договоров не влечет за собой прекращение договора на развитие и других франчайзинговых договоров.

Прямые франчайзинговые договоры, заключаемые франчайзи 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.

По утверждению А. Конигсберга<sup>235</sup> 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, обязанности генерального франчайзи по генеральному договору развития более широкие, нежели обязанности франчайзи по договору развития. Различие в объеме обязанностей вызвано тем, что, как правило, франчайзер не присутствует на территории, которая развивается и, таким образом, часть его обязанностей выполняется генеральным франчайзи. Наличие этого большего объема обязанностей генерального франчайзи накладывает свой отпечаток на прямые франчайзинговые соглашения, которые заключаются в рамках генерального договора на развитие.

*Генеральный договор развития*

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 франчайзером и генеральным франчайзи отличается от обычного прямого франчайзингового договора объемом прав и обязанностей сторон: объем обязанностей генерального франчайзи больший, чем объем прав и обязанностей обычного франчайзи;

2) первоначальный франчайзинговый платеж и периодические франчайзинговые платежи, которые выплачиваются по прямому франчайзинговому соглашению, заключенному в рамках генерального договора на развитие, меньше по размеру, чем выплачиваемые по договору на развитие региона. Причиной этого является меньший по

<sup>235</sup> Alex S. Konigsberg, Q.C. International franchising. Second Edition. Juris Publishing, Inc. New York. 1997. – P. IV.IV.38.

объему комплекс услуг, предоставляемых франчайзером и большой объем обязанностей генерального франчайзи;

3) обязанностей организовать курсы, на которых будет проходить обучение персонал франчайзинговых точек, возлагается на генерального франчайзи. Под персоналом франчайзинговых точек понимается как персонал генерального франчайзи, так и персонал суб-франчайзи. То есть, на курсах, организованных франчайзером проходят обучение менеджеры генерального франчайзи, которые со временем выступают преподавателями на курсах генерального франчайзи. По договору на развитие персонал франчайзи проходит обучение на курсах, организованных франчайзером;

4) принимая во внимание, что заключая генеральные договоры на развитие, франчайзер не присутствует в стране генерального франчайзи, в его обязанности не входит согласование местонахождения каждой франчайзинговой точки, т.к. генеральный франчайзи определяет месторасположение помещений. Прямые франчайзинговые договоры, заключаемые в рамках договоров на развитие, предусматривают необходимость предварительного согласования местонахождения франчайзинговой точки с франчайзером;

*Генеральный  
франчайзинговый  
договор*

5) генеральный франчайзи самостоятельно оборудует избранное помещение, руководствуясь указаниями франчайзера. По договору развития, зачастую, франчайзер контролирует процесс оснащения помещений;

6) генеральному франчайзи предоставляется право самостоятельно проводить рекламную кампанию, предварительно согласовав ее с франчайзером. По договору на развитие разработчик платит определенное вознаграждение за рекламную кампанию, которая вырабатывается и размещается франчайзером непосредственно.

Как правило, по генеральному франчайзинговому договору генеральный франчайзи получает большую территорию, чем разработчик.

Договоры генерального франчайзинга наиболее употребимы в международной экспансии франчайзера. Они предоставляют возможность последнему не поддерживать свое присутствие в чужой стране, обязывая генерального франчайзи выполнять функции франчайзера. Это преимущество является и самой большой опасностью для развития и функционирования франчайзинговой сети, ибо как раз на генерального франчайзи возлагается обязанность контролировать деятельность суб-франчайзи, поддерживать единообразие франчайзинговой сети, предусматривать и исправлять недостатки деятельности суб-франчайзи.

Обязанности генерального разработчика по генеральному договору разработки и генерального франчайзи по генеральному франчайзинговому договору схожи. Можно указать, что применение генерального франчайзингового договора является более широким, чем генерального договора на развитие.

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 франчайзерами, как договоров первого уровня, и договоров между франчайзерами и франчайзи, как договоров второго уровня.

Договор, заключаемый между франчайзерами представляет собой соглашение, по которому каждый из франчайзеров, по меньшей мере, обязывается:

- 1) координировать свою деятельность по дальнейшему сбыту, продвижению и рекламе своей франшизы с другими франчайзерами;
- 2) предоставлять другим франчайзерам помощь в рамках координации сбыта, продвижения и рекламы их франшиз;
- 3) принимать участие в финансировании затрат по производству общей рекламы различных франшиз; аренде и содержанию арендованных помещений для дальнейшей эксплуатации франшиз;
- 4) использовать персонал, занятый в используемом совместно арендованном помещении;
- 5) наложить на себя ограничения в определенных действиях, если такие действия могут препятствовать дальнейшему общему функционированию различных франшиз сторон.

*Договор  
комбинационного  
франчайзинга*

На основе указанного договора заключаются договоры с франчайзи. Такие договоры могут совершаться как в форме отдельных документов каждым франчайзером со своим франчайзи, так и единым документом, в котором на стороне управомочной стороны выступают все франчайзеры, а на стороне обязанной - все франчайзи. В случае заключения такого единого многостороннего договора, он будет представлять собой

рамочное соглашение, в рамках которого будут заключены отдельные договоры по эксплуатации конкретных 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).

## 8. ВИДЫ ФРАНЧАЙЗИНГОВЫХ ПЛАТЕЖЕЙ

Франчайзинговые правоотношения относятся к числу оплатных, то есть за пользование определенным объектом интеллектуальной собственности обязанное лицо выплачивает управомоченному 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 франчайзером;
- за рекламу.

Таким образом, можно сказать, что франчайзинговые платежи состоят из чисто франчайзинговых, к которым относятся первоначальный и периодические платежи, и из дополнительных договоров или услуг.

К правовым основаниям возникновения и дальнейшего использования первоначального платежа можно отнести:

1. субъективное право франчайзера получать материальное благо в виде вознаграждения за созданное им нематериальное благо - деловую репутацию, зонтиком которой он соглашается покрыть франчайзи;

2. субъективная обязанность франчайзи оплатить франчайзеру 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: франчайзи обязан уплатить ежегодный минимальный гарантированный платеж в случае недостижения при уплате других франчайзинговых платежей определенной в договоре суммы. Определяя момент наступления обязанности франчайзи 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 франчайзи. 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 франчайзи к увеличению объемов продаж. При избрании сторонами договора метода уплаты поштучного роялти целесообразно определить обязан ли будет франчайзи платить поштучное роялти за обновление, восстановление или замену проданных товаров. Согласование этого вопроса иногда зависит от того будет ли получать франчайзи плату за такое обновление, восстановление или замену. Очевидно, что при гарантийном обновлении, восстановлении или замене франчайзи не будет получать какой-либо компенсации за обновление, восстановление или замену товаров, поэтому он не будет обязан платить поштучное роялти. При получении же франчайзи компенсации за обновление, восстановление или замену товаров, поштучное роялти подлежит уплате.

Проект ГК Украины в качестве видов франчайзинговых платежей предусматривал:

- Разовые платежи,



- Периодические платежи;
- Отчисления от выручки;
- Наценка на оптовую цену товаров.

Фактически проект ГК Украины предусматривал не виды платежей, а определял базу начисления платежа. В действующем ГК Украины такой нормы нет.

Договорные платежи (за услуги, за инвентарь, за рекламу) выплачиваются франчайзи в соответствии с условиями франчайзингового договора или условиями соответствующих специальных договоров, являющихся составной частью франчайзингового договора.

## 9. ПРЕКРАЩЕНИЕ ФРАНЧАЙЗИНГОВОГО ДОГОВОРА

Прекращение франчайзингового договора, как и любого другого договора, может происходить:

1. вследствие выполнения договора надлежащим образом;
2. соглашением сторон;
3. объединением должника и кредитора в одном лице;
4. невозможностью выполнения;
5. ликвидацией юридического лица.

*Выполнение договора  
надлежащим  
образом*

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 франчайзер и франчайзи. Вследствие такого выполнения франчайзер и франчайзи могут решить прекратить франчайзинговый договор или продолжить его на новый срок.

В случае продолжения франчайзингового договора стороны должны обусловить условия продления договора. Условия продления 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 франчайзи до момента заключения договора.

ГК Украины ограничивает свободу сторон по условиям заключения нового франчайзингового договора “на тех же условиях”. Таким образом, например, франчайзер не сможет заключить новый франчайзинговый договор, который предусматривал бы больший размер франчайзингового вознаграждения, чем тот, что

был согласован ранее. Или в случае усиления конкуренции, франчайзер не сможет выдвигать более жесткие требования, например, к персоналу франчайзи, так как это может рассматриваться франчайзи или органом, регистрирующим франчайзинговый договор, как установление иных, новых условий.

Отказ франчайзера от продления франчайзингового договора с франчайзи, в соответствии с проектом ГК Украины, должно было иметь последствием для франчайзера запрет заключения аналогичного франчайзингового договора с другими франчайзи, если действие таких новых франчайзинговых договоров должно было распространяться на ту же территорию, на которой имел действие прекращенный договор. Безусловно, такое формулирование запрета ставило вопрос определения понятия "аналогичного франчайзингового договора", а также ряд других вопросов<sup>236</sup>.

Вследствие этого действующий ГК Украины указывает на возможность принятия специального закона, который установит требования для отказа для франчайзера от заключения договора франчайзинга на новый срок.

ГК Украины не устанавливает, подлежит ли дополнительной регистрации продленный (заключенный на новый срок на тех же условиях) договор франчайзинга. Мы считаем, что при применении аналогии норм, регулирующих внесение изменений в договор франчайзинга, новый договор франчайзинга подлежит регистрации. Очевидно, что этот вопрос должен быть специально освещен в законе, который будет касаться регистрации договоров коммерческой концессии.

Заключение нового договора с другим франчайзи ставит ряд вопросов перед франчайзером, ответов на которые нет в ГК Украины. Должен ли франчайзер сообщить органу, что франчайзинговый договор, который подается на регистрацию, заключен после прекращения предыдущего франчайзингового договора с другим франчайзи? Должен ли франчайзер сообщать "старому" франчайзи о заключении нового договора с другим франчайзи? Так, например, в соответствии с законодательством Индонезии франчайзер может заключить новый франчайзинговый договор и подать его на регистрацию в случае представления письменного подтверждения "старого" франчайзи об отсутствии претензий к франчайзеру.

*Прекращение  
соглашением сторон*

Другим основанием прекращения франчайзингового договора является соглашение сторон.

<sup>236</sup> См. Цират А.В. Франчайзинг и франчайзинговый договор: Учебно-практ. пособие. – К.: Истина, 2002. – С. 151.

Прекращение обязанности соглашением сторон может иметь место в случае досрочного прекращения, новации, а также замене одной из сторон франчайзингового договора.

Согласно ГК Украины досрочное прекращение (отказ от договора) возможно в случае уведомления, сделанного не менее, чем за 6 месяцев, прекращающей договор стороной. Срок, предусмотренный ГК Украины, является диспозитивным, то есть стороны франчайзингового договора вправе обусловить иной более продолжительный срок.

Установленный срок является достаточно либеральным. Для сравнения в деле, *Paperlight Ltd v Swinton Group Ltd*<sup>237</sup>, которое рассматривалось Отделением Бенч Высшего суда Англии в августе 1998 года, было решено, что франчайзер 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 заключены на определенный, еще не истекший, срок.

В случае досрочного согласованного сторонами прекращения франчайзингового договора, стороны оговаривают механизм возвращения франчайзеру объектов права интеллектуальной собственности, а также дальнейшую судьбу товаров, которые продавались через франчайзинговое предприятие. Проект ГК Украины вносил новеллу относительно возможности, в случае досрочного прекращения договора, требовать от стороны, инициирующей досрочное прекращение, уплаты отступного. Действующий ГК Украины такой нормы уже не имеет. Однако такую норму стороны вправе согласовать в договоре франчайзинга. Если инициатором досрочного прекращения выступает франчайзер и эта инициатива не вызвана нарушениями со стороны франчайзи, возможность получения отступного будет определенной компенсацией последнему за неполученную прибыль.

Досрочное прекращение генеральных договоров развития и генеральных франчайзинговых договоров по инициативе франчайзера может иметь ряд правовых проблем. Франчайзер является стороной генерального договора развития или генерального франчайзингового договора. Он не является стороной заключенных в последующем генеральным франчайзи прямых франчайзинговых договоров. Таким образом, в случае отказа генерального франчайзи прекратить франчайзинговые договоры, франчайзер не имеет правовых механизмов их прекращения. Является ли основанием для прекращения прямых франчайзинговых договоров прекращение

---

<sup>237</sup> Overview of Franchising in United Kingdom. July 2000. <http://www.internationalalwoffice.com>

договора на развитие или генерального франчайзингового договора? Судебная практика зарубежных стран не дает однозначного ответа на этот вопрос. Во избежание необходимости обращения в суд при заключении генеральных франчайзинговых договоров и генеральных договоров на развитие франчайзер предусматривает обязанность франчайзи прекратить прямые франчайзинговые договоры в случае прекращения генерального франчайзингового договора или генерального договора на развитие, в рамках которых указанные договоры заключались.

ГК Украины предусматривает последствия для договора субконцессии только в случае признания договора коммерческой концессии недействительным.

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 франчайзер.

Прекращение франчайзингового договора в связи с заменой одной из сторон франчайзингового договора имеет особенности. По франчайзинговому договору франчайзер является управомочной стороной, а франчайзи обязанной. Замена франчайзера в договоре не требует согласия на это франчайзи, в то время как франчайзи может быть заменен другим лицом лишь при наличии на это согласия франчайзера.

*Объединение кредитора и должника в одном лице*

Прекращение франчайзингового договора путем объединения кредитора и должника в одном лице возможно в случае приобретения франчайзером всего имущественного комплекса, принадлежащего франчайзи, или приобретение франчайзи объектов права интеллектуальной собственности и ноу-хау франчайзера. Надо указать, что первый способ объединения более распространен, чем второй.

*Невозможность исполнения*

Любой договор, включая франчайзинговый, может быть прекращен в связи с невозможностью исполнения. Такая невозможность исполнения может быть вызвана несколькими причинами:

1) потерей прав франчайзера 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 франчайзера по независимым от него причинам в общеизвестную информацию. В соответствии с определением 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 франчайзером. 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 в соответствии с маркетинговым планом, ноу-хау или системой франчайзера.

Другим общим основанием прекращения любого договора, включая франчайзинговый, является ликвидация любой стороны договора.

В ГК Украины в дополнение к общим основаниям прекращения договоров указываются два дополнительных основания досрочного прекращения договора: объявление неплатежеспособным и объявление банкротом.

Вопрос признания неплатежеспособным или банкротом регулируется в Украине Законом “О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом”<sup>238</sup>.

Во-первых, указанный закон не предусматривает процедуры объявления неплатежеспособным. В соответствии с определением этого закона “неплатежеспособность - неспособность субъекта предпринимательской деятельности выполнить после наступления установленного срока их уплаты денежные обязательства перед кредиторами... если бесспорные требования кредитора совокупно составляют не менее трехсот минимальных размеров заработной платы, которые не были удовлетворены ... 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 франчайзи самим франчайзером, последний может или рассрочить выполнение денежного обязательства франчайзи, или уменьшить его, если такая неспособность вызвана отягощающими для франчайзи обстоятельствами (например, разразившийся финансовый кризис).

Франчайзи, который выявил свою неплатежеспособность самостоятельно, может обратиться к франчайзеру с предложением о снижении денежных обязательств, если он несостоятелен выполнять свои обязанности в связи с невозможностью получать

<sup>238</sup> ВВР. – 1999. - № 42-43. – ст.378 с последующими изменениями и дополнениями.

прежние доходы из эксплуатации франшизы, которые бы дали ему возможность платить обусловленную договором сумму; либо обратиться к франчайзеру с предложением об уступке своих обязанностей по франчайзинговому договору третьему лицу; либо обратиться к франчайзеру с предложением о приобретении франчайзингового предприятия.

Другими словами, стороны франчайзингового договора могут 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 франчайзингового договора является основанием для нарушения дела о банкротстве, о чем объявляется в соответствующих печатных органах. В производстве по делу о банкротстве на первом этапе назначается распорядитель имущества. Полномочия 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 управления имуществом. Таким образом, наличие неплатежеспособности должника и факт открытия дела о банкротстве не влияют на текущую оперативно-хозяйственную деятельность должника и, соответственно, на его возможность выполнять свои обязанности по франчайзинговому договору. Таким образом, на практике неплатежеспособность франчайзера или франчайзи может не являться основанием для автоматического досрочного прекращения франчайзингового договора, как это предусмотрено ГК Украины.

Следствием работы распорядителя имущества является выявление всех кредиторов должника, которые могут принять решение о санации должника, заключение с ним мирового соглашения с отсрочкой и (или) рассрочкой обязательства, а также прощение ( списание) долгов, или признание должника банкротом и открытие ликвидационной процедуры.

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 (обозначения), индивидуализирующие должника, его продукцию (роботы, услуги) (фирменное наименование, знаки для товаров и услуг), другие права, которые принадлежат должнику”. Если должником является франчайзер, продажа его

имущества, как целостного имущественного комплекса, в общем, не может отрицательно повлиять на функционирование франчайзинговой сети в целом и выполнение франчайзингового договора, в частности, в особенности на тех стадиях, когда франчайзи овладел секретами эксплуатации франшизы. Опосредствованно это подтверждается и самым ГК Украины относительно перехода права на фирменное наименование к другому лицу как отсутствие основания для досрочного прекращения франчайзингового договора.

В случае санации франчайзи, как должника, франчайзер может выступить его санатором. Также существует возможность продажи имущества франчайзи как целостного имущественного комплекса третьему лицу, который, таким образом, становится правопреемником франчайзи во франчайзинговом договоре, что предусматривает как необходимость получения согласия франчайзера на такую продажу, так и его согласие на передачу новому лицу конфиденциальной информации. В случае отказа франчайзера дать согласие на вступление нового лица в франчайзинговый договор, франчайзинговый договор досрочно прекращается.

Невозможность заключения мирового соглашения или санации должника приводит к признанию должника банкротом и открытию ликвидационной процедуры. Ликвидация юридического лица по общему правилу имеет следствием прекращения обязанностей такого лица.

Применение дополнительных норм к прекращению франчайзингового договора должно иметь основания. Так, например, итальянский закон о банкротстве<sup>239</sup> перечисляет виды договоров, которые автоматически прекращаются в случае признания банкротом любой из сторон. К таким договорам закон относит агентские и банковские договоры, которые характеризуются наличием “правоотношений личного характера” (*intuitus personae*). Принимая во внимание, что закон был принят в 1942 году, судебная практика пошла путем, по которому признание банкротом любой стороны договора, имеющего личный характер, имеет следствием прекращение договора.

Действующее законодательство Украины (ГК Украины, закон Украины “О восстановлении платежеспособности должника или признании его банкротом”), во-первых, не определяют как таковые договоры, имеющие личный характер, а, во-вторых, не предусматривает, что договоры, которые имеют личный характер, прекращаются в случае признания любой стороны банкротом.

<sup>239</sup> Bankruptcy Law of March 16, 1942, Law No. 267/1942. <http://www.internationalalwoffice.com>



## ГЛАВА 5. МЕЖДУНАРОДНЫЙ ФРАНЧАЙЗИНГ

275

Франчайзер, 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 используются франчайзерами при построении международной франчайзинговой сети:

1) прямой франчайзинг, позволяющий франчайзеру установить прямые франчайзинговые отношения с франчайзи. Установление таких прямых франчайзинговых отношений возможно в следующих трех формах:

а) заключение франчайзингового договора на эксплуатацию франшизы из одного помещения с франчайзи, зарегистрированным и работающим в стране, в которую предполагается международная экспансия;

б) учреждение представительства или дочернего предприятия в стране, в которой предполагается открытие новых франчайзинговых предприятий и последующее заключение франчайзинговых договоров через представительство или дочернее предприятие;

в) 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 франчайзи заключало франчайзинговые договоры с местными франчайзи;

3) заключение генерального франчайзингового договора с генеральным франчайзи, который в последующем будет заключать суб-франчайзинговые договоры с франчайзи.

Каждый из указанных способов имеет свои достоинства и недостатки и, принимая решение, какой из этих способов использовать, франчайзер, как правило, оценивает свои возможности, а также некоторые факторы, влияющие на принятие франчайзером 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 франчайзер 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 франчайзер может принять решение о заключении того или иного вида франчайзингового договора, открытии представительства, или дочернего или совместного предприятия. При международной экспансии франчайзер, 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 франчайзера и в последующем используются как преподаватели для обучения местного персонала;

2) финансовый фактор – международная экспансия требует от франчайзера значительных денежных инвестиций. 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 франчайзи, которые могли бы исполнять функции генерального франчайзи или разработчика – наличие в стране экспансии предпринимателя, имеющего опыт ведения предпринимательской деятельности, обладающего финансовыми и человеческими ресурсами, определяет способ международной экспансии франчайзера. Если в стране существует потенциальный генеральный франчайзи или разработчик, отвечающий объективным критериям, предъявляемым франчайзером, то, безусловно, последний будет склонен заключить генеральное франчайзинговое соглашение или договор развития территории, нежели открывать в стране свое представительство или предприятие. Наличие потенциального генерального франчайзи или разработчика дает возможность франчайзеру 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 франчайзером способа международной экспансии. Если страна, в которую предполагается международная экспансия, находится географически недалеко от страны франчайзера или имеет с ней общую границу, то, как правило, франчайзер склоняется к заключению прямых франчайзинговых договоров. Если же

страна, в которую предполагается международная экспансия, географически находится на достаточно удаленном расстоянии от страны франчайзера, то, как правило, франчайзер 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 франчайзером способов международной экспансии. Если страна франчайзера 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 франчайзера и целевая страна имеют общие границы, степень различий может быть меньшая, однако, такие различия все равно существуют.

Оценив указанные выше и иные факторы, в зависимости от каждой конкретной франшизы, франчайзер 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, франчайзер устанавливает прямые правоотношения с франчайзи и имеет возможность прямого контроля над действиями франчайзи и собственно построением франчайзинговой сети в целевой стране. Ведь при любом ином способе международной экспансии между франчайзером и франчайзи оказывается третье лицо – генеральный франчайзи или разработчик, которые фактически и исполняют функцию франчайзера в целевой стране. Таким образом, при желании франчайзера повлиять на франчайзи, он должен в первую очередь влиять на генерального франчайзи, который в последующем влияет на франчайзи. Таким образом, франчайзер может влиять на франчайзи лишь опосредованно.

При прямом франчайзинге франчайзер полностью контролирует свои объекты права 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 франчайзер полагается на генерального франчайзи, который и должен пресекать нарушения интеллектуальной собственности франчайзера.

Прямой франчайзинг позволяет франчайзеру извлечь в большей степени финансовые преимущества от использования франчайзинга, т.е. все перечисляемые франчайзи роялти остаются в его распоряжении и ему не нужно делать никаких

отчислений или получать роялти за минусом сделанных отчислений на генерального франчайзи.

При прямом франчайзинге франчайзер полностью контролирует проводимую рекламу франчайзинговой сети. При ином способе международной экспансии функции рекламирования и продвижения товаров и услуг через франчайзинговую сеть возлагаются на генерального франчайзи.

Прямой франчайзинг позволяет франчайзеру использовать свой персонал и менеджеров для оказания услуг франчайзи. Персонал и менеджеры франчайзера хорошо знакомы с франчайзинговой системой, они быстрее реагируют и могут эффективнее предотвратить возникающие в местном франчайзинговом предприятии проблемы.

Использование прямых франчайзинговых правоотношений между франчайзером и франчайзи, 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 франчайзера значительных денежных инвестиций.

Прямой франчайзинг имеет свои преимущества и для франчайзи: он получает из первых рук знания о функционировании системы франчайзера, обучающие курсы для персонала франчайзи проводятся менеджерами франчайзера, которые знают франшизу, философию франчайзинговой сети и соответственно быстрее решают возникающие у франчайзи проблемы.

Несмотря на указанные преимущества, зачастую, сам франчайзи не доволен имеющимися прямыми франчайзинговыми правоотношениями:

1) первоначальный взнос и последующие роялти должны уплачиваться им в иностранной валюте. При этом при уплате роялти франчайзи 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 франчайзи должен закупать валюту по курсу, который, как правило, нестабилен;

3) если в стране франчайзера и стране франчайзи используются различные языки, обучающие курсы проводятся с участием переводчиков. Беседа через переводчика не дает возможности непосредственного общения и персонал франчайзи может не получить адекватных ответов на задаваемые им вопросы.

Использование методов прямого франчайзинга в международной торговле, т.е. отсутствие «базы» франчайзера в целевой стране имеет свои недостатки и для

франчайзера. Так, если франчайзер в своей стране перед заключением франчайзингового договора самостоятельно подыскивает место для будущего франчайзингового предприятия, оборудует его, а затем передает в аренду франчайзи, он может быть лишен возможности действовать по такой же схеме в целевой стране. Если франчайзер 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 возможен только при учреждении франчайзером в целевой стране своего дочернего предприятия.

Если по какой-то причине франчайзинговый договор досрочно прекращается, но франчайзер принял решение продолжать развивать франчайзинговую сеть в целевой стране, ему может понадобиться значительное время для поиска нового франчайзи, отвечающего всем необходимым требованиям.

Для устранения указанных недостатков прямого франчайзинга франчайзеру необходимо открыть представительство или учредить дочернее предприятие. Наличие местной «базы» даст возможность сторонам франчайзингового договора рассчитывать в местной валюте, отпадет необходимость уплаты налога на репатриацию, хотя возникнет необходимость уплаты налога на прибыль и других налогов, если будет учреждено дочернее предприятие, франчайзер получит возможность нанимать местный персонал, который пройдя соответствующее обучение сможет преподавать на обученческих курсах, проводить контрольные проверки и оказывать необходимую консультационную помощь франчайзи на его родном языке.

Одним из способов прямого франчайзинга является заключение франчайзером договора развития территории, который предполагает, что разработчик будет владеть открываемыми франчайзинговыми предприятиями. При таком способе международной экспансии франчайзер получает практически все преимущества прямого франчайзинга, описанные выше: непосредственные отношения с франчайзи, контроль над использованием его интеллектуальной собственности, единообразием франчайзинговой системы, отсутствие значительных материальных вложений со стороны франчайзера 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 франчайзера, придерживаться его системы ведения предпринимательской деятельности, быть полностью подконтрольным франчайзеру и исполнять его указания. Несоблюдение указаний франчайзера может привести к краху

всей построенной разработчиком франчайзинговой сети, что, в случае если франчайзер заключил договор разработки территории всей страны с одним разработчиком, может в итоге сказаться негативно не только на деловой репутации франчайзера, 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 франчайзеру 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 франчайзи.

При заключении франчайзером генерального франчайзингового договора многие сложности по развитию и функционированию франчайзинговой сети в целевой стране перекладываются на плечи генерального франчайзи. Генеральный франчайзи должен иметь финансовые и людские резервы для эффективного развития франчайзинговой сети. Фактически, он исполняет обязанности франчайзера в целевой стране: проводит отбор потенциальных франчайзи, помогает адаптировать франшизу к местным требованиям, производит отбор и утверждение мест, потенциально пригодных для открытия там франчайзинговых предприятий, обучает специальных менеджеров, которые в последующем проводят обучающие курсы для персонала франчайзи и т.п.

Работа франчайзера в целевой стране через генерального франчайзи ставит на первый план во взаимоотношениях франчайзера и генерального франчайзи наличие доверительных отношений. Лишь при наличии таких доверительных отношений франчайзер может заключать генеральный франчайзинговый договор. Как правило, франчайзер уверен в наличии таких доверительных отношений, если генеральным франчайзи выступает его дочернее предприятие или совместное предприятие, созданное совместно с местным партнером и в котором франчайзер имеет, как минимум, 51% уставного фонда. Таким образом, для наличия доверительных отношений франчайзер должен нести материальные вложения в целевой стране.