

ФРАНЧАЙЗИНГ В ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

Вера Корзун

В исследованиях не однократно отмечалось, что франчайзинг не получил достаточной нормативной регламентации в национальном законодательстве или международных договорах. Действительно, специальными нормативными актами отношения по франчайзингу регулируются лишь в небольшом количестве государств¹. В большинстве из них речь идет о так называемых законах о раскрытии информации в отношении франшизы. Подобные законы обязывают франчайзера до заключения договора предоставить будущему франчайзи информацию о ведении бизнеса по системе франчайзинга, включая основные условия самой франшизы, данные о количестве франчайзи в сети, ее росте, финансовых показателях работы и т. д. Из государств — членов Европейского сообщества (ЕС) законы о раскрытии информации приняли Франция, Испания и Италия. Предоставление бизнес- и финансовой информации потенциальному франчайзи до заключения договора франчайзинга необходимо в Германии². По-прежнему отсутствует унифицированное международно-правовое регулирование отношений по франчайзингу.

Вместе с тем, для успешного функционирования франчайзинг не нуждается в специальном регулировании, а излишняя правовая регламентация скорее препятствует развитию данного способа ведения бизнеса. Многие государства вообще не имеют специальных правовых норм в отношении франчайзинга. В то же время франчайзинг как особый способ осуществления предпринимательской деятельности получил признание и успешно используется более чем в 80 странах мира³. Правовое регулирование франчайзинговых отношений основывается в этих странах на договорном, корпоративном, коммерческом праве, праве интеллектуальной собственности и др.

Изучение опыта ЕС в сфере правового регулирования франчайзинга представляет особый интерес. На наш взгляд, в Европейском союзе найден оптимальный способ правового регулирования франчайзинга. Европейское право установило общие принципы оценки договоров франчайзинга на соответствие антимонопольному законодательству ЕС, закрепило перечень положений, включение которых в договоры франчайзинга является недопустимым, поскольку такие положения приводят к наиболее грубым ограничениям конкуренции. Более детальное регулирование франчайзинговых отношений оставляется на усмотрение сторон по договору. Такой способ правового регулирования представляется наиболее удачным ввиду сложности и комплексности рассматриваемых отношений.

Опыт ЕС в сфере правового регулирования франчайзинга представляет безусловную теоретическую и практическую значимость, поскольку нормы главы 53 Гражданского кодекса Республики Беларусь (ГК), регулирующей комплексную предпринимательскую лицензию (франчайзинг), во многом основаны на европейском опыте правового регулирования франчайзинга. Об этом, в частности, свидетельствует статья 910-5 ГК. Практическое значение исследования права ЕС связано с экстерриториальным характером антимонопольного законодательства ЕС, поскольку оно действует даже в тех случаях, когда договоры заключены за его пределами, но оказывают влияние на торговлю между государствами — членами ЕС. При этом понятие «влияние на торговлю между государствами-членами» трактуется весьма широко Европейской комиссией и судами ЕС, поэтому большинство коммерческих договоров, включая договоры франчайзинга, подпадает под действие статьи 81(1) Договора, учреждающего Европейское сообщество (ДУЕС).

Таким образом, антимонопольное законодательство ЕС может применяться к положениям договоров, которые заключены между лицами, не являющимися резидентами ЕС, если такие договоры могут оказывать влияние на торговлю между государствами — членами ЕС. Для белорусских субъектов хозяйствования анализ договора франчайзинга на соответствие антимонопольному законодательству ЕС становится необходимым при ведении бизнеса по системе франчайзинга с контрагентами из государств — членов ЕС. Нормы антимонопольного законодательства ЕС следует учитывать при заключении иных договоров франчайзинга, если такие договоры могут ограничивать конкуренцию на рынке ЕС и для белорусских субъектов хозяйствования важно признание последствий заключения подобных договоров франчайзинга на территории Европейского союза.

Говоря о международном франчайзинге, следует отметить ошибочность мнения о том, что франчайзинг является способом привлечения иностранных инвестиций. Суть франчайзинга состоит в привлечении местного капитала. В некоторых случаях могут создаваться совместные предприятия⁴. В Республике Беларусь иностранный правообладатель по договору международного франчайзинга не будет признаваться инвестором даже в отношении предоставления прав на использование объектов интеллектуальной собственности. Согласно положениям Инвестиционного кодекса Республики Беларусь от 22 июня 2001 г. инвестором призна-

Автор:

Корзун Вера Борисовна — аспирант кафедры международного частного и европейского права факультета международных отношений Белорусского государственного университета

Рецензенты:

Лепешков Юрий Алексеевич — кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой международного права факультета международных отношений Белорусского государственного университета

Уржинский Константин Константинович — кандидат юридических наук, доцент, декан факультета международного права БИП — Института правоведения

ется лицо, которое приобретает права интеллектуальной собственности, а не предоставляет их. Так, согласно статье 5 Инвестиционного кодекса, формой инвестиционной деятельности является приобретение прав на объекты интеллектуальной собственности⁵. Таким образом, в отношении прав интеллектуальной собственности, предоставляемых по договору международного франчайзинга, инвестором следует считать белорусского пользователя, т. е. речь идет о привлечении национальных инвестиций.

По-иному обстоит дело в Российской Федерации. Согласно статье 2 Федерального закона Российской Федерации от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», иностранной инвестицией признается вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, в том числе «имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность)»⁶. Следовательно, иностранный правообладатель по договору коммерческой концессии признается иностранным инвестором согласно действующему российскому законодательству, даже если он не оказывает российским пользователям финансовую помощь по организации бизнеса.

Унифицированное правовое регулирование франчайзинга в Европейском союзе осуществляется нормами антимонопольного законодательства ЕС. Договоры франчайзинга, как и любые хозяйственные договоры, должны учитывать положения антимонопольного законодательства. При этом для договоров франчайзинга характерен целый ряд положений, которые могут вызывать проблемы с точки зрения антимонопольного законодательства. Среди них положения об установлении (поддержании) цены, положения, запрещающие франчайзи как в течение срока договора, так и в течение разумного срока после его окончания открывать аналогичные или подобные предприятия на территории, где он может стать конкурентом для других членов франчайзинговой сети, и др.

Франчайзинговые отношения по своей природе предполагают установление договором ограничений на ведение бизнеса франчайзи. Ценность франчайзинга во многом объясняется присущим ему единообразием реализуемых товаров или оказываемых услуг. Для достижения подобного единообразия франчайзер зачастую требует, например, чтобы франчайзи приобретал определенные товары и услуги из одобренных франчайзером источников. С точки зрения франчайзера и большинства франчайзи такие ограничения являются абсолютно необходимыми для защиты товарного знака — жизненно важной составляющей успеха франчайзинговой сети.

По мнению Суда ЕС, содержащиеся в договорах франчайзинга ограничения конкуренции не подпадают под запрет статьи 81 ДУЕС, если такие ограничения являются необходимыми для защиты ноу-хау франчайзера и поддержания общей идентичности и репутации сети (см. решение по делу *Pronuptia*⁷).

В отличие от Суда ЕС Европейская комиссия считала подобные ограничения нарушающими статью 81(1) ДУЕС, но представила некоторые изъятия из них на основании статьи 81(3) ДУЕС. В регламенте Комиссии (ЕЭС) от 30 ноября 1988 г. № 4087/88 «О применении статьи 85(3) Договора к категориям договоров франчайзинга»⁸ Европейская комиссия использовала формалистский подход для оценки соответствия договоров франчайзинга антимонопольному законодательству ЕС. Впервые в рамках ЕС регламент № 4087/88 закрепил допустимые ограничения конкуренции, которые могли быть включены в договор франчайзинга, а также перечень недопустимых ограничений. Так, разрешалось предоставление франчайзи эксклюзивной территории с одновременным запретом на активные поиски покупателей вне данной территории. В «черный список» попали положения о разделе рынка между конкурирующими производителями; положения, ограничивающие франчайзи в выборе поставщиков или покупателей; случаи ограничения права франчайзи устанавливать цены на товары или услуги. Тот факт, что договоры франчайзинга крайне редко приводят к антиконкурентной практике, а включение в них ограничивающих конкуренцию положений является объективно необходимым для существования франчайзинговых отношений, не был учтен должным образом. Привлекательность регламента № 4087/88 состояла в том, что для заключения действительного договора франчайзинга сторонам достаточно было составить договор в строгом соответствии с положениями регламента.

На сегодняшний день основу правового регулирования франчайзинга на уровне ЕС составляет регламент Комиссии (ЕС) от 22 декабря 1999 г. № 2790/1999 «О применении статьи 81(3) Договора к категориям вертикальных соглашений и согласованных действий»⁹. В отличие от регламента № 4087/88 действующий регламент № 2790/1999 закрепляет только перечень запрещенных положений, предоставляя сторонам определенную свободу при заключении договоров. Изменение подхода к правовому регулированию договоров франчайзинга является положительной тенденцией, поскольку комплексный характер таких договоров не позволяет в рамках одного регламента предусмотреть все возможные положения, которые стороны вправе включить в договор франчайзинга.

Регламент № 2790/1999 разительно отличается от принятых ранее регламентов о блочном изъятии. Это экономически ориентированный и менее формализованный документ. Несмотря на более прогрессивный характер регламента № 2790/1999 по сравнению с предыдущими регламентами о блочном изъятии, для него характерны определенные недостатки, если изучать его правовой режим с точки зрения договоров франчайзинга. Основными из них являются:

— оценочный характер критерия «основная цель договора», определяющего применимость регламента в отношении договоров франчайзинга; наличие в договоре франчайзинга существенного элемента прав интеллектуальной собственности может вывести договор из-под сферы действия регламента № 2790/1999;

— сложность определения соответствующего рынка и подсчета доли франчайзера на таком рынке, особенно с учетом специальных правил, предложенных Европейской комиссией для франчайзинга в сообщении 2000/С 291/01 «Руководство о вертикальных ограничениях»¹⁰;

— единый регламент для различных видов договоров не смог учесть специфику каждого из них. Ряд положений договора франчайзинга, которые ранее признавались объективно необходимыми для отношений по франчайзингу и поэтому не подпадающими под сферу действия статьи 81(1) ДУЕС, в соответствии с регламентом № 2790/1999 требуют изъятия на основании статьи 81(3) ДУЕС. Подобное ужесточение правового режима для договоров франчайзинга едва ли может быть оправдано;

— как правило, договоры франчайзинга содержат ряд вертикальных ограничений в различной совокупности, в частности, положения об избирательном сбыте, и/или неконкуренции, и/или эксклюзивном дистрибуторстве. В случае франчайзинга должен выполняться анализ в отношении каждого из соответствующих вертикальных ограничений, содержащихся в договоре, что значительно усложняет анализ договоров франчайзинга на соответствие антимонопольному законодательству.

Справедливой является критика М. Мендельсона и С. Роза: даже в решении по делу *Pronuptia* Суд ЕС признал, что франчайзинг отличается от иных способов дистрибуторства. Европейская комиссия отказалась признать и учесть специфику договоров франчайзинга, основным квалифицирующим признаком соглашения стало наличие в нем «вертикальных ограничений»¹¹.

Таким образом, на сегодняшний день анализ договора франчайзинга на соответствие антимонопольному законодательству ЕС предполагает следующие действия.

Во-первых, необходимо определить, не будет ли такой договор признаваться ограничивающим конкуренцию по своей цели. Об этом, в частности, свидетельствует наличие в договоре любого из положений, запрещенных статьей 4 регламента № 2790/1999. Ограничивающие конкуренцию по цели договоры франчайзинга в абсолютном большинстве случаев являются недействительными.

Во-вторых, необходимо проанализировать, является ли договор ограничивающим конкуренцию по своему результату (действительному или потенциальному). При отсутствии ограничений конкуренции по результату договор франчайзинга не является нарушающим статью 81 ДУЕС.

В-третьих, следует определить, идет речь о существенном ограничении конкуренции по результату или существенном влиянии договора франчайзинга на торговлю между государствами — членами ЕС. Не является существенным ограничением конкуренции результат от договора, заключенного между предприятиями, доля каждого из которых не превышает 15 % на любом из соответствующих рынков, затронутых таким соглашением. Данное правило сложно применить в совокупности со специальными правилами по определению соответствующего рынка и подсчету доли франчайзера на нем, предложенными Европейской комиссией в Руководстве о вертикальных ограни-

чениях (п. 95), поскольку доля франчайзера на соответствующем рынке может подсчитываться на основе стоимости товаров или услуг, реализуемых (оказываемых) всеми франчайзи такого франчайзера на рынке, где используется бизнес-метод франчайзера. В этой связи предлагаем определить соответствующий рынок и подсчитать исключительно долю франчайзера. Если такая доля на соответствующем рынке не превышает 15 % (а она предполагает включение доли франчайзи по анализируемому договору франчайзинга), то влияние договора на конкуренцию на рынке не является существенным. Европейская комиссия в соответствии с принятым сообщением 2001/С 368/13 «О соглашениях, незначительных по своему значению, которые существенно не ограничивают конкуренцию в соответствии со статьей 81(1) Договора» не предполагает в отношении такого договора нарушения статьи 81(1) ДУЕС¹².

Не будут подпадать под сферу действия статьи 81(1) ДУЕС также договоры франчайзинга, заключенные между микро-, малыми и средними предприятиями (по определению Приложения к рекомендации Европейской комиссии от 6 мая 2003 г. 2003/361/ЕС), поскольку такие договоры редко способны оказывать существенное влияние на торговлю между государствами — членами ЕС¹³.

В-четвертых, если доля франчайзера или обозначенного им поставщика на соответствующем рынке не превышает предельную величину в 30 %, договор франчайзинга подпадает под сферу действия регламента № 2790/1999. Речь идет о договорах сбытового и сервисного франчайзинга, являющихся вертикальными соглашениями, как таковые понимаются регламентом № 2790/1999. С учетом положений о наиболее грубых ограничениях конкуренции и иных условий регламента № 2790/1999 такие договоры франчайзинга (или их часть при наличии в договорах положений, указанных в ст. 5 регламента) считаются удовлетворяющими условиям статьи 81(3) ДУЕС и, следовательно, действительными. Для договоров производственного франчайзинга не существует Блочного изъятия. Единственным регламентом, который мог бы охватить договоры производственного франчайзинга, является регламент Комиссии (ЕС) от 27 апреля 2004 г. № 772/2004 «О применении статьи 81(3) Договора к категориям соглашений о передаче технологий»¹⁴. Однако возможность такого применения является достаточно спорной. В отсутствие судебной практики и разъяснений позиции Европейской Комиссии вопрос потенциального применения указанного регламента к договорам производственного франчайзинга остается открытым.

Если доля франчайзера или обозначенного им поставщика на соответствующем рынке превышает 30 %, стороны призваны самостоятельно следить за тем, чтобы их договор не приводил к ограничению конкуренции на рынке. Принципы анализа такого договора отражены в Руководстве о вертикальных ограничениях. Также целесообразно руководствоваться общими правилами применения статьи 81(3) ДУЕС, установленными в сообщении Европейской комиссии 2004/С 101/97 «Руководство о применении статьи 81(3) Договора»¹⁵.

Таким образом, юридическая действительность договора франчайзинга в ЕС зависит не только от положений самого договора, но и от поведения сторон такого договора, экономических последствий от договора франчайзинга, структуры и особенностей соответствующего рынка, доли франчайзера или обозначенного им поставщика на таком рынке. Антимонопольное законодательство ЕС запрещает далеко не все положения договора франчайзинга, ограничивающие конкуренцию на рынке. Для признания недействительности таких положений требуется глубокий экономический анализ, исследование причин и условий введения подобных положений

в договор франчайзинга. Проблема потенциального нарушения антимонопольного законодательства положениями договора франчайзинга должна быть учтена белорусским законодателем. В частности, с учетом положений статьи 910-5 ГК для развития франчайзинга в Беларуси целесообразно установить общее исключение для договоров франчайзинга в статье 6 Закона Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. № 2034-ХП «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции» (в редакции Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г. № 364-З с последующими изменениями и дополнениями)¹⁶.

¹ Цират, А. В. Франчайзинг и франчайзинговый договор. Киев, 2002. С. 32.

² Burnett, R. Law of International Business Transactions. 3rd ed. Sydney, 2004. P. 329.

³ Подтруша, В. В. Франчайзинг: правовая природа, особенности правового регулирования // КонсультантПлюс: Беларусь [Электрон. ресурс] / ЮрСпектр, Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. Мн., 2005.

⁴ Цират, А. В. Указ. соч. С. 18.

⁵ Инвестиционный кодекс Республики Беларусь: Кодекс Республики Беларусь, 22 июня 2001 г., № 37-З: [принят Палатой представителей 30 мая 2001 г.; одобрен Советом Республики 8 июня 2001 г., с изм. и доп., внесенными Законом Республики Беларусь от 5 августа 2004 г., № 313-З, с доп., внесенными Законом Республики Беларусь от 1 ноября 2004 г., № 325-З] // Эталон-Беларусь [Электрон. ресурс] / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. Мн., 2005.

⁶ Об иностранных инвестициях в Российской Федерации: Федеральный закон Российской Федерации, 9 июля 1999 г., № 160-ФЗ: [в редакции федеральных законов Российской Федерации от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ, от 25 июля 2002 г. № 117-ФЗ, от 8 декабря 2003 г. № 169-ФЗ] // КонсультантПлюс: ВерсияПроф [Электрон. ресурс] / АО «Консультант Плюс». М., 2005.

⁷ *Pronuptia de Paris GmbH v Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis* (Case 161/84): Judgment of the Court of 28 January 1986 // European Court Records. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1986. P. 353–389.

⁸ Commission Regulation (EEC) N 4087/88 of 30 November 1988 on the application of Article 85(3) of the Treaty to categories of franchise agreements // Official Journal of the European Communities. 1988. Vol. 31, L 359. P. 46–52.

⁹ Commission Regulation (EC) N 2790/1999 of 22 December 1999 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of vertical agreements and concerted practices // Official Journal of the European Communities. 1999. Vol. 42, L 336. P. 21–25.

¹⁰ Commission Notice: Guidelines on vertical restraints // Official Journal of the European Communities. 2000. Vol. 43, C 291. P. 1–44.

¹¹ Mendelsohn, M., Rose, S. The New Block Exemption Regulation Has Arrived // International Journal Franchising & Distribution Law. 2000. Vol. 1, N 4. P. 292.

¹² Commission Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 81(1) of the Treaty establishing the European Community (*de minimis*) // Official Journal of the European Communities. 2001. Vol. 44, C 368. P. 13–15.

¹³ Commission Recommendation of 6 May 2003 concerning the definition of micro, small and medium-sized enterprises // Official Journal of the European Communities. 2003. Vol. 46, L 124. P. 36–41.

¹⁴ Commission Regulation (EC) N 772/2004 of 27 April 2004 on the application of Article 81(3) of the Treaty to categories of technology transfer agreements // Official Journal of the European Communities. 2004. Vol. 47, L 123. P. 11–17.

¹⁵ Communication from the Commission: Notice: Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty // Official Journal of the European Communities. 2004. Vol. 47, C 101. P. 97–118.

¹⁶ О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции: Закон Республики Беларусь, 10 декабря 1992 г., № 2034-ХП: [в редакции Закона Республики Беларусь от 10 января 2000 г., № 364-З, с изм. и доп., внесенными Законом от 2 декабря 2002 г., № 154-З] // Эталон-Беларусь [Электрон. ресурс] / Национальный центр правовой информации Республики Беларусь. Мн., 2005.

SUMMARY

«Franchising in the Law of the European Union» (Vera Korzun)

The European Union experience of the legal regulation of franchising presents particular interest for academic research, and could be applied in practice in the Republic of Belarus. At the EU level the optimal way of the franchise legal regulation was established. The European law provides a general framework of the franchise contracts evaluation in the light of the EC competition law, and only fixes the list of contractual provisions that can not be included in the franchise agreements because of their severe threat to the competition on the relevant market.

The author advocates that according to Belarusian legislation franchising is not a means of attracting foreign investments, but it should rather be regarded as a way of attracting national investments. Franchise agreements by their nature will always lead to the restrictions of the competition, and as such can be challenged on the basis of the competition law violation. The problem of the potential breach of the competition law provisions by the franchise contracts shall be taken into account by the Belarusian legislator.