Контрольная работа

по маркетингу

"Правовое регулирование франчайзинга в Германии"

2009

Для франчайзинга в Германии характерно наличие большого числа мелких франчайзи, работающих на индивидуальной основе. Это обстоятельство открывает для франчайзеров возможность устанавливать с ними более тесные и личные отношения, что бывает затруднительно в условиях, когда в роли франчайзи выступает коммерческая компания с неизбежно изменяющимся персоналом. Вместе с тем индивидуальный франчайзи, несущий в отличие от юридического лица персональную ответственность всем своим имуществом, более уязвим и зависим от условий соглашения. Эти обстоятельства не могут не оказывать определенного воздействия на правовое регулирование франшизных отношений.

Общее отношение к франчайзингу всех ветвей власти ФРГ характеризуется как одобрительное и поощрительное. В 1986 г Федеральное правительство тогдашней Западной Германии заявило, что считает позитивной роль франшизных систем с участием независимых партнеров, поскольку они в состоянии оживить рынок. Зачастую только такие системы, говорилось далее в заявлении, и дают возможность мелким и средним предприятиям выдерживать конкуренцию с крупными компаниями и противостоять таким образом общему процессу концентрации экономической мощи. Призвав участников франшизных отношений уважать антимонопольное законодательство, правительство вместе с тем отметило, что это законодательство дает возможность широко использовать систему франчайзинга, в особенности для мелких и средних предприятий. После объединения Германии широкий комплекс экономических, финансовых, организационных и иных стимулов был создан для становления и развития франчайзинга и в восточногерманских землях ФРГ.

В стране отсутствует отдельное, специальное законодательство о франчайзинге как на федеральном уровне, так и на уровне федеральных земель Оно не считается необходимым, и потому задача его принятия не ставится Основу правового регулирования отношений между франчайзером и франчайзи образуют общие принципы гражданского права, и прежде всего принципы свободы договора. Вместе с тем эти отношения, как и статус франчайзинга в целом, испытывают воздействие большою числа законодательных и иных актов регулирования, часть которых призвана защитить интересы экономически более слабых субъектов экономики. Но только немногие из этой последней категории актов обладают обязывающей силой.

Зато растущей активностью в сфере отношений франчайзинга отличаются германские суды. Наиболее распространенная категория судебных дел по франчайзингу связана с защитой интересов франчайзи или с прояснением его статуса как независимого коммерсанта, а также с нечестными условиями соглашений либо с фактами недостаточного раскрытия информации в преддоговорный период. Большинство решений по подобным делам принималось на основе общего законодательства о договорах, без попыток в резолютивной части судебного постановления обобщить особенности франчайзинга и идентифицировать его как отдельный, самостоятельный вид коммерческого договора.

Лишь в отдельных судебных решениях, принятых за последние 15–20 лет, ставился вопрос о франчайзинге как таковом. Прежде всего было признано, что он представляет собой новую форму распределения товаров и услуг. Поскольку франчайзинг не имеет собственной законодательной основы, к нему стали по аналогии применять в основном нормы о дилерской деятельности, или о коммерческой концессии, которые сложились на основе довольно богатой судебной практики по этой разновидности предпринимательства. При этом суды должны были применять такие нормы «с известным благоразумием», как было сформулировано в одном из судебных решений (по делу «Handelsvertreter»), приравнявшего права концессионера по коммерческой концессии на продажу товаров к аналогичным франшизным правам.

Осуществляя судебную практику по дилерским делам, суды вместе с тем по аналогии пользовались и положениями Германского торгового кодекса (ГТК), касающимися статуса и деятельности торговых агентов.

Действуя таким образом, суды оказались в состоянии очертить и вычленить «франшизное соглашение» как отдельную (самостоятельную) правовую форму распределительных, торговых и сервисных отношений. При этом они прошли примерно такой же путь признания франчайзинга, какой был пройден ими до начала 1980‑х годов в отношении вычленения и признания «дилерского соглашения». И поныне, даже с учетом накапливающейся судебной практики по франчайзингу, германские суды при рассмотрении споров по франшизным соглашениям прибегают по аналогии к судебным решениям по дилерским делам либо обращаются непосредственно к нормам ГТК о торговых агентах.

Тем не менее в отношении франшизных (как и дитерских) соглашений в германском праве поныне остается открытым ряд существенных вопросов. Хотя теоретические споры о правовой природе франчайзинга в Германии все еще продолжаются, в целом, как уже говорилось в одном из предыдущих параграфов настоящей работы, сформировалось убеждение, что франшизные соглашения – это гибридные договоры, включающие в себя многочисленные элементы юридически родственных франчайзингу договоров. Поэтому в отношении каждого из таких отдельных элементов должны применяться законы, нормы и правила, предназначенные для регулирования именно этого элемента договора.

Несмотря на отсутствие четкой и юридически однозначной идентификации франшизного соглашения, к нему в полной мере применяется общий принцип «добросовестности», сформулированный в ст. 242 Германского гражданского кодекса (ГГК), которым обязаны руководствоваться стороны при заключении гражданского договора любого вида. Этот основополагающий принцип интерпретировался судами бесчисленное число раз, и судебные решения неизменно исходили, во-первых, из интересов сторон и, во-вторых, из собственных представлений суда о «честной», «справедливой» деловой практике.

Франшизные соглашения в Германии являются, как правило, средне- и долгосрочными. За период действия соглашения может измениться не только законодательство, но и само судебное право. Поэтому сторонам соглашения приходится формулировать его условия таким образом и предусматривать такую технику договорного процесса, чтобы германские суды, известные своей приверженностью принципу «добросовестности», не сочли его нарушенным даже при изменившихся правовых нормах.

В соответствии с общим договорно-обязательственным правом ФРГ основные условия франшизных соглашений сводятся к следующему. Что касается сроков действия соглашения, то в отношении них нормативных указаний не существует. Франшизное соглашение – это инвестиционный договор, при котором обе стороны инвестируют капитал в совместный проект франчайзер – в основном в виде нематериальных активов (средств индивидуализации и других исключительных прав), франчайзи – в виде финансовых и иных материальных ресурсов. Чтобы реализовать инвестиции и получить удовлетворяющую обе стороны прибыль, соглашение должно иметь достаточно продолжительный период действия. В Германии срок действия соглашения, который можно считать стандартным, колеблется от 3 до 5 лет. При осуществлений более значительных инвестиций период действия соглашения может доходить до 10 и даже более лет. Соглашение продолжительностью более 20 лет, как правило, судами не признается.

Соглашение с фиксированным сроком действия прекращается с истечением этого срока, если в нем не предусматривается возобновление соглашения на новый срок. В практике франчайзинга в Германии таких возобновлений обычно не бывает.

Соглашение может быть заключено и без указания срока его действия, но при этом в нем должно содержаться положение о предварительном уведомлении другой стороны в случае, если одна из сторон намеревается прекратить соглашение. Сроки уведомления, очевидно, тоже должны указываться в соглашении (ГТК предусматривает минимальные сроки уведомления только для агентских договоров). В общем «разумными» или «подходящими» для франшизных соглашений в Германии считаются сроки уведомления от 3 до 6 месяцев после истечения календарного квартала. Для соглашений, считающихся долгосрочными, срок уведомления может быть увеличен до 1 года. В одном из судебных дел (1992 г.) суд признал надлежащим срок уведомления за 2 года.

Для прекращения франшизного соглашения в обычном порядке (с уведомлением) не требуется объяснения его причин или представления достаточных оснований. Для всех видов договоров в германском праве признается прекращена договора без уведомления «по важной причине» или «в особом случае». Ст. 89 «а» ГТК, распространяющая право прекращения без уведомления на договоры агентирования, применяется по аналогии и к франшизным соглашениям. Согласно ей прекращение соглашения с немедленным юридическим эффектом считается оправданным в случае, если причина для этого столь важна, что от другой стороны нельзя ожидать, что она сможет следовать договорным отношениям до их истечения или до истечения срока уведомления. Имеется в виду случай, когда нарушение обязанностей прервавшей соглашение стороной наносит ущерб до такой степени, что ставит под угрозу предпринимательские цели всей франшизной сети. Но даже при наличии такой оправданной причины уведомление должно быть сделано в разумно короткие сроки хотя бы в последующем порядке (такими сроками считаются от 2 до 6 недель после того, как стало известно о событии).

Потерпевшая сторона в результате такого прекращения договора вправе предъявить иск о компенсации убытков в связи с утратой своей репутации и деловых связей в отношении приобретенных новых клиентов. Требование о компенсации предусматривается ст 896 ГТК для торговых агентов, и, если в договоре стороны соглашались взаимно отказаться от этого требования, то, в соответствии с той же статьей ГТК, такой отказ считается юридически недействительным и не имеющим силы. Директива ЕС 1986 г о торговых агентах ввела положение о недействительности отказа сторон от требования о компенсации для всех государств-членов ЕС.

Ст. 896 ГТК важна и для отношении франчайзинга, потому что в течение многих лет германские суды применяют по аналогии ее условия к дилерским соглашениям. В отсутствие же судебных постановлений по этому вопросу в отношении франшизных соглашений, решения судов по дилерским делам могут, как говорилось выше, применяться к франчайзингу. Для этого необходимо, чтобы основные условия дилерских соглашений совпадали с условиями франшизных.

Суды применяют положения ст. 896 ГТК к дилерским соглашениям при условии, что дилер, во-первых, полностью интегрирован в распределительную систему изготовителя или поставщика продукции, и что, во-вторых, он обязуется по соглашению предоставлять изготовителю или поставщику продукции имена и адреса своих клиентов и потребителей не только после истечения срока действия соглашения (чтобы их можно было использовать в дальнейшей коммерческой деятельности изготовителя или поставщика), но и в процессе текущего выполнения дилером руководств и инструкций изготовителя (поставщика).

Статус и обязательства франчайзи в основном отвечают этим требованиям судов. Поэтому существует своего рода презумпция, что суды, рассматривая требования франчайзи о компенсации убытков, понесенных в результате прекращения соглашения, придут к тем же выводам, как и в случае с дилерским соглашением. Размер компенсации дилера в свою очередь определяется судами по аналогии с судебными решениями, связанными с компенсацией торгового агента. Согласно ст. 896 ГТК, размер компенсации последнего должен быть равен его среднему ежегодному комиссионному вознаграждению за последние 5 лет. Пользуясь аналогиями, можно заключить, что компенсация франчайзи может быть выражена через его валовую прибыль или часть такой прибыли.

Существенное значение для франчайзи может иметь также положение ст. 896 ГТК, согласно которому компенсация не предусматривается в случае, когда соглашение было прекращено по «важной причине» самим торговым агентом, причем эта причина возникла по его же вине. Путем умозаключений по аналогии франчайзи может быть освобожден судом от уплаты компенсации франчайзеру если он допустил использование фирменного наименования, торговой марки или иного средства индивидуализации франчайзера, а также его ноу-хау после прекращения действия соглашения.

Германское право трактует обязательства франчайзи, связанные с его отказом от конкуренции в течение срока действия франшизного соглашения, как неотъемлемый элемент его лояльного отношения к франшизной сети участником которой он является. По-иному оценивается отказ от конкуренции, требуемый от бывшего франчайзи после прекращения соглашения. Он допускается при условии, что не создает чрезмерных препятствий бывшему франчайзи при выполнении им профессиональных занятий в материальном, локальном и временном отношениях. Требования последоговорного отказа от конкуренции признаются также при условии, что они не перерастают рамки законных интересов франчайзера.

Вместе с тем в постановлениях Верховного суда ФРГ указывалось, что обязательства об отказе от конкуренции после прекращения соглашения не могут налагаться на срок, превышающий 2 года. При этом, как постановил Суд, бывшему франчайзи должна выплачиваться «соответствующая компенсация». Ни размеры компенсации, ни порядок ее уплаты не были уточнены. В одном из дел (1992 г) Федеральный суд указал, что включенное в соглашение условие о последоговорном отказе франчайзи от конкуренции не может рассматриваться как недействительное, если в нем не предусмотрена компенсация. В любом случае она должна выплачиваться.

Вопросы выделения и использования договорной территории, на которой франчайзи должен осуществлять свою коммерческую деятельность, регулируются как общим договорно-обязательственным правом, так и законодательством о распределительно-посреднических отношениях, эксклюзивной торговле. В одном из рассматриваемых им дел Верховный суд постановил, что изготовитель продукции не мог в одностороннем порядке сократить договорную территорию дистрибьютора своей продукции, хотя в соглашении такое право изготовителя было предусмотрено. Суд признал недействительными условия соглашения, содержавшие это право, на том основании, что оно нарушает закон об общих условиях торговли.

Уровень развития франчайзинга в ФРГ, как и в других странах Европейского союза, во многом определяется характером и направленностью антимонопольного законодательства. Главный законодательный акт ФРГ в этой области – закон 1957 г о борьбе против ограничения конкуренции (ЗБОК), ныне действующий в редакции от 20 02 1990 г. В той мере, в какой франшизные (как и другие торговые) отношения выходят за пределы ФРГ и распространяются на другие страны ЕС, они подпадают под действие антимонопольных положении Римского договора и Регламента КЕС № 4087/88. В случае, если КЕС воздерживается от принятия антимонопольных мер по вопросам, составляющим ее компетенцию, их решают антимонопольные органы ФРГ. Германские суды, например, принимают к производству дела о признании недействительными заключенных соглашений и о возмещении ущерба, которые входят в юрисдикцию органов ЕС.

В отличие от положений ст. 81 Римского договора, запрещающей любые соглашения, предусматривающие ограничения конкуренции, германский ЗБОК делает различие между соглашениями, направленными на ограничения конкуренции по горизонтальному и вертикальному признакам. Горизонтальные ограничительные соглашения рассматриваются как картельные и в принципе подлежат запрету, если только они не признаны в выраженной форме германским правом. Конкретно, они получают право на существование, если против этого не возражает Федеральное картельное управление, в котором они обязаны быть зарегистрированы. Что касается вертикальных ограничительных соглашений, то они по существу не запрещаются, если не считать те из них, которые предусматривают ограничение свободы конкуренции только одной стороны соглашения, причем в отношении содержания сделок с третьими лицами (например, относительно цен и других основных условий сделки). Вертикальные ограничительные соглашения освобождаются от регистрации в Федеральном картельном управлении. Они подлежат лишь контролю со стороны Управления на предмет злоупотребления доминирующим положением на рынке.

Франшизные соглашения в принципе рассматриваются как договоры о вертикальной кооперации между изготовителем продукции и ее дистрибьюторами и в этом качестве, в соответствии с ЗБОК, должны подвергаться контролю со стороны упомянутого Управления. Тем не менее франшизные соглашения не гарантированы от запрета, потому что в них тоже могут содержаться элементы горизонтальных ограничений. К тому же франшизная сеть может входить в более крупные горизонтальные структуры, например, типа кооперативных ассоциаций. Поэтому франшизные сети и кооперативные ассоциации в ФРГ еще на ранних стадиях своего договорного формирования предпочитают провести чрезвычайно детальные консультации с Картельным управлением, которое относится к франчайзингу и кооперативам очень благожелательно.

Следуя требованиям ЗБОК, франшизные соглашения, предусматривающие исключительные обязательства как одной, так и обеих сторон, должны быть совершены в письменной форме. В такой же письменной форме должны составляться соглашения, когда в них четко и конкретно изложены взаимные права и обязанности сторон Германские суды придают большое значение соблюдению должной формы франшизного соглашения, и: в судебной практике имели место случая, когда соглашение признавалось недействительным из-за дефекта формы спустя много лет после его заключения.

Ни одно из наиболее характерных для франчайзинга ограничительных условий, налагаемых сторонами, таких, например, как условия исключительной торговли, ограничения по территории или по источникам поставок, связанная торговля, отказ от конкуренции, сами по себе, без учета конкретных обстоятельств заключения и реализации франшизного соглашения, не трактуются Картельным управлением как нарушение ЗБОК и крайне редко вызывают негативное отношение с его стороны. В этом отношении позиция антимонопольного законодательства ФРГ отвечает позиции антимонопольного законодательства ЕС. Несовпадение позиций касается только вопроса о фиксации цен или предписания других условий для розничного торговца.

ЗБОК такие фиксации и предписания безусловно запрещает, причем распространяет запрет и на франшизные соглашения. Некоторое послабление делается для товаров, имеющих обозначение своего происхождения (изготовителя или импортера), либо для маркированных товаров, в отношении которых допускаются «необязывающие» рекомендации цен со стороны изготовителя или импортера, причем с соблюдением некоторых условий, детально изложенных в ЗБОК. Но никакие ценовые рекомендации не допускаются в отношении немаркированных товаров, а также в отношении любых услуг.

Федеральное картельное управление последовательно придерживается этой позиции, несмотря на ее несоответствие положениям Регламента № 4087/88 КЕС и постановления Суда Европейских сообществ по делу «Pronuptia». Как уже говорилось выше, оба эти документа разрешают франчайзеру делать рекомендации франчайзи в отношении цен на товары или тарифов на услуги при условии, что речь идет именно о рекомендациях, а не о принуждении и, что они не нарушают требований ст. 81 (1) Римского договора. Вместе с тем Картельное управление заявило, что принимает во внимание позицию КЕС и Европейского суда и будет вмешиваться в вопросы ценовых рекомендаций для франчайзи только в тех случаях, когда будут выявлены серьезные злоупотребления (например, когда рекомендации сопровождаются такими дополнительными действиями, которые превращают их в принудительные).

Другое направление борьбы с нарушениями свободы конкуренции – пресечение злоупотреблений, связанных с доминированием (господством) на товарных рынках. ЗБОК запрещает предприятиям или группам предприятий, господствующих на рынке, прибегать в своей предпринимательской деятельности к недобросовестной практике создания прямых или косвенных помех другим предприятиям либо проявлять разное отношение к однотипным предприятиям, если не существует причины, оправдывающей такое разное отношение. Применительно к франчайзингу это положение закона означает, что франчайзеру запрещается дискриминировать тех или иных франчайзи в рамках франшизной сети в отношении цен на продаваемые им товары или в отношении других условий либо досрочно прекращать соглашения с неугодными ему франчайзи.

Такое же запрещение на основании ЗБОК применяется к предприятию или группе предприятий в случае, когда злоупотребление господствующими позициями проявляется в отношении зависимых от них мелких или средних поставщиков либо потребителей определенных видов товаров или услуг (навязывание необычных по сравнению с общепринятыми коммерческих условий, недобросовестное препятствование в деятельности и т.п.). Причем Картельное управление может контролировать соглашения на предмет таких злоупотреблений не только на уровне национального рынка, но и на региональном уровне и даже в отдельных отраслях.

На франшизные соглашения, включающие лицензии на патенты, полезные модели, ноу-хау и иную охраняемую информацию, распространяются нормы ЗБОК о защите свободы конкуренции в сфере исключительных прав на интеллектуальную собственность. Закон допускает ограничения таких прав, но только в нескольких случаях, прямо перечисленных в законе. Это, в частности, случаи, когда приобретатель прав или лицензиат: 1) принимает на себя ограничения таких прав постольку, поскольку и до тех пор, пока они оправданны интересами продавца или лицензиара в технически безошибочном использовании предмета лицензии; 2) связывает себя обязательствами в отношении цены на изделие, которая должна быть зафиксирована с целью защиты прав на него; 3) обязуется не оспаривать предоставленное по лицензии и подлежащее защите право; 4) принимает на себя обязательство, связанное с ограничением конкуренции на рынках, находящихся вне сферы действия ЗБОК постольку, поскольку такие ограничения прекращаются по истечении срока действия приобретенного или залицензированного права.

Допускаемые ЗБОК ограничения не совсем соответствуют конкурентному законодательству ЕС, и поэтому в этой области возможны конфликты германского права с правом ЕС.

Другие ограничения прав интеллектуальной собственности помимо перечисленных ЗБОК признаются недействительными. Тем не менее, тщательно изучив условия соглашения и связанные с ним обстоятельства, Картельное управление может разрешить некоторые из них. При этом Управление исследует как собственные ограничительные условия лицензии, так и общие ограничительные условия соглашения, которые регулируются по разным разделам ЗБОК, не раздельно, а в общем, едином контексте. Только такой подход возможен и необходим для оценки франшизных соглашений на предмет их соответствия требованиям антимонопольного законодательства.

В сфере договорной ответственности сторон (в том числе по франшизному соглашению) за качество поставляемой или продаваемой продукции или услуг действуют следующие основные положения германского права. Если франчайзер или иной назначенный им изготовитель поставляет франчайзи дефектные товары, то согласно Германскому гражданского кодексу (если оно применимо к данному случаю) ответственность обязан нести поставщик таких товаров. Он должен либо забрать дефектные товары, либо соответственно снизить цену на них. Если товары оказались не того качества, которое было обусловлено в соглашении или, если имеет место злоумышленное сокрытие дефекта, поставщик несет ответственность перед франчайзи за все причиненные ему убытки. Если дефектные товары причинили ущерб другому лицу или его имуществу, поставщик обязан нести ответственность в том случае, если он принял на себя специальное обязательство инструктировать клиента (покупателя) обращению с товаром либо контролировать качество продаваемых товаров. Любая ответственность за дефектные движимые товары, за исключением ответственности за злоумышленное сокрытие дефекта, имеет по германскому законодательству 6 месячный срок давности после поставки товара.

Помимо указанных видов договорной ответственности любая из сторон несет полную ответственность за такие нарушения обязательств, как задержка поставок, неверные действия по обязательствам либо бездействие лип, занятых осуществлением договора (служащих, торговых агентов, субподрядчиков). Разумеется, эти виды ответственности полностью распространяются и на участников франшизных соглашений, причем не только торгово-распределительных, но, по германскому законодательству – и сервисных. Особое значение для франчайзинга имеет и предусмотренная законом ответственность за действия вводящие в заблуждение в процессе переговоров о заключении договора. Такие действия служат основанием для иска к виновной стороне.

За последние 20–25 лет судебной практикой ФРГ была развита особая система деликтной ответственности изготовителя продукции, причем безотносительно к тому является он стороной в договоре или нет. При этом было отменено бремя доказательства. Если вред лицу и ущерб имуществу был нанесен в результате правильного использования дефектной продукции изготовителя, то последний обязан доказать, что он не несет ответственности за дефект конструкции изделия, за его изготовление или инструкцию по пользованию. Если он не может представить такие доказательства, то несет ответственность за все причиненные убытки, включая имущественный ущерб, а также в виде компенсации за боль и страдания потерпевшего лица. Сказанное относится и к ответственности франчайзера, а также любого назначенного им изготовителя продукции. Ответственность изготовителя возникает и в результате нарушения требований какого-либо из многочисленных новых «отраслевых» законов (типа законов о безопасности технического оборудования, о медицинских препаратах и т. п.).

С 01.01.1990 г в ФРГ вступила в силу Директива ЕС об ответственности за качество продукции от 25 07 1985 г. Она предусматривает все виды деликтной ответственности изготовителей продукции в ЕС и возмещения ущерба, за исключением компенсации за боль и страдания. В качестве изготовителей продукции Директива рассматривает не только лиц, изготовивших ее, но и тех, которые зафиксировали на продукции фирменное наименование и торговую марку, а также лиц, импортирующих продукцию в ЕС. Тем самым был резко расширен круг лиц, несущих ответственность за дефектную продукцию. В него попали, в частности, и франчайзи, изготавливающие продукцию или предоставляющие услуги по лицензии франчайзера. Директива ЕС не оказала серьезного влияния на правовые основы ответственности изготовителей продукции в ФРГ, потому что они к этому времени были уже сформулированы в решениях судов.

Исковая давность по искам об ответственности изготовителей продукции погашается по закону через 3 года после того, как стало известно о причиненном ущербе или была установлена личность изготовителя. Согласно вновь принятому Закону об ответственности за качество продукции, все иски становятся недействительными спустя 10 лет после того, как изготовитель запустил в оборот дефектную продукцию. По искам, основанным на нормах традиционного германского гражданского права, по-прежнему сохраняется в силе норма об абсолютной исковой давности, равная 30 годам.

Франчайзер, изготовивший дефектную продукцию, несет ответственность и перед клиентами (потребителями, покупателями) своих франчайзи. Полностью избежать такой ответственности невозможно. С помощью четко изложенных условий франшизного договора франчайзер может ограничить свою ответственность, но когда речь идет о дефекте конструкции, недостатках заводского контроля или инструкций по пользованию, то такие условия вполне могут быть признаны судом недействительными. Немного шансов быть реализованным имеет и особое условие об «обеспечении безвредности», содержащееся в стандартном франшизном соглашении и предусматривающее обязанность франчайзи возместить франчайзеру убытки, понесенные в результате исков конечных потребителей. В германской правовой системе отсутствуют такие средства судебной защиты, как убытки, присужденные в порядке наказания.

Важнейшие условия франшизного соглашения, составляющие по сути его предмет, регулируются в ФРГ, как и в других странах, законодательством о промышленной и интеллектуальной собственности. Существенную роль в таком регулировании играет и судебная практика.

Поскольку рыночный имидж франшизной сети зависит прежде всего от авторитета торговой марки франчайзера, то его главной заботой является защита и поддержание престижа своей марки. Защита торговых марок и приравненных к ним знаков обслуживания обеспечивается в Германии в первую очередь посредством их регистрации Патентным бюро. Правила регистрации, в том числе формальные требования к торговым маркам (отчетливость, новизна и т.д.) содержатся в законе о защите торговых марок. Если марка отвечает установленным требованиям, она регистрируется, а сообщение о регистрации публикуется Патентным бюро. Законом предусматриваются обычная процедура рассмотрения дорегистрационных возражений со стороны заинтересованных лиц и порядок разрешения конфликтов в связи с такими возражениями и оспариваниями прав на марку или знак обслуживания. Зарегистрированная торговая марка законна в течение 10 лет и может быть неоднократно возобновлена всякий раз на очередные 10 лет.

В Германии признаются и защищаются судами «знаменитые» торговые марки. Поскольку они пользуются выдающейся известностью и авторитетом, сложившимся в течение длительного времени, их регистрация не обязательна. Но защищаются они от незаконного использования в обычном порядке.

Иностранный франчайзер вправе подать заявку на регистрацию торговой марки в случае, если он учредил свой филиал или отделение в Германии или в иной стране, которая предоставляет германским предприятиям режим деятельности на условиях взаимности

Передача права на торговую марку возможна только при условии осуществления приобретателем деятельности (или разновидности деятельности), которая основывается на использовании данной марки. Хотя предоставление торговых марок в пользование широко распространено, но по закону оно в Германии не предусматривается. Поэтому и понятия лицензионного соглашения не существует. Нет, соответственно, и понятия сублицензии, хотя пользователь с согласия право-владельца может предоставлять право пользования торговой маркой третьему лицу. Такие соглашения о передаче прав на объекты интеллектуальной собственности образуют особый вид договоров, содержащих определенные ограничения свободы конкуренции для своих участников и обладающих исковой силой. В этом качестве они должны соответствовать положениям антимонопольного законодательства ФРГ и Европейского союза.

Такие, условно говоря, «лицензионные соглашения», как и сам «лицензиат» не подлежат регистрации в Регистре торговых марок. Но «лицензиат» вправе, а иногда прямо обязывается по соглашению, преследовать в судебном порядке от собственного имени любые нарушения прав на торговую марку.

Ключевой элемент интеллектуальной собственности франчайзера – ноу-хау – не имеет определения в германском законодательстве и как таковой специально не охраняется. Но в той мере, в какой информация, содержащая ноу-хау, отвечает в конкретном случае понятию «коммерческий секрет», она охраняется законом «О недобросовестной конкуренции 1909 г.». Закон направлен в основном на защиту коммерческих секретов действующими или бывшими служащими – обладателями таких секретов. Но при определенных обстоятельствах это положение закона может применяться и к франшизным соглашениям. Кроме того, коммерческие секреты защищаются и ст. 90 ГТК, которая распространяет их на бывших торговых агентов, имевших доступ к таким секретам. Однако судебной практикой не было установлено, может ли ст. 90 ГТК применяться по аналогии к бывшим франчайзи.

Существующее положение с правовой охраной ноу-хау недостаточно удовлетворительно для франчайзеров. В таких условиях они должны идти по пути тщательного детального формулирования договорных обязательств франчайзи в отношении соблюдения конфиденциальности информации, в том числе обязательств на последоговорный период. Авторитет коммерческих секретов подкрепляется и уголовными санкциями. При этом, если франчайзи не зарегистрирован в качестве коммерсанта (торговца), наказание по суду может быть для него снижено. Но даже если франчайзи является коммерсантом, условие о его наказании может быть признано недействительным, если оно несоразмерно тяжести нарушения.

Договорное обязательство о соблюдении секретности ноу-хау в течение срока действия соглашения может быть нарушено в результате его досрочного прекращения без предварительного уведомления другой стороны. Иск о возмещении ущерба в таком случае может быть основан одновременно на положениях ст. 823 Германского гражданского кодекса и закона «О недобросовестной конкуренции 1909 г.». В подобных случаях, однако, франчайзеру трудно доказать факт нарушения обязательства о соблюдении секретности и, соответственно, обосновать иск о возмещении ущерба в связи с таким нарушением.

В сфере правового регулирования отношений франчайзинга в ФРГ остается актуальным вопрос о профессиональном и трудовом статусе франчайзи. Высокая степень обусловленности коммерческой деятельности франчайзи руководящими указаниями франчайзера иногда приводит к неверной оценке этого статуса. В частности, в судебной практике имели место решения, правда, судов низших инстанций, в которых индивидуальные франчайзи квалифицировались как служащие франчайзера. В пользу такой трактовки франчайзи выражались и отдельные мнения в юридической литературе. Однако господствующие позиции, подкрепленные суждениями Федерального суда ФРГ, Федерального суда по трудовым спорам, ряда Апелляционных земельных судов ФРГ, принадлежат сторонникам той точки зрения, что типичный франчайзи – это независимый коммерсант, самостоятельно несущий предпринимательские риски. В этих судебных решениях подчеркивалось, что франчайзи должен рассматриваться именно таким образом, несмотря на его полную интеграцию во франшизную сеть, контроль, детальный инструктаж и управление им со стороны франчайзера, что не может не ограничивать самостоятельности франчайзи.

Вместе с тем в решениях судов отмечалось, что франчайзеры не должны ограничивать действия франчайзи в большей степени, чем это необходимо для должного функционирования франшизной сети. Апелляционный суд Дюссельдорфа по трудовым спорам, сформулировавший это положение наряду с другими судами, в одном из рассматриваемых им дел установил, что превратить франчайзи в служащего не может даже то обстоятельство, что он обязан еженедельно сообщать франчайзеру адреса своих клиентов, регулярно предоставлять ему полные отчеты о своих торговых оборотах, обеспечивать франчайзеру неограниченный доступ к своим бухгалтерским книгам.

Тем не менее, устанавливая признаки франчайзи как независимого предпринимателя, суды не всегда бывают до конца последовательными и иногда допускают формулировки, которые позволяют усомниться в независимом предпринимательском статусе франчайзи Тот же самый Апелляционный суд Дюссельдорфа, например, по тому же самому судебному делу определил, что условиями франшизного соглашения предусматриваются количество и график рабочих часов, а также период ежегодного отпуска франчайзи, фиксируемые франчайзером, едва ли не полная зависимость франчайзи от «аппарата» франчайзера в сфере отчетности, несвободу франчайзи в выборе товаров и услуг, продаваемых им в своих франшизных заведениях, персональную ответственность главного акционера предприятия-франчайзи по обязательствам, которые предприятие как юридическое лицо приняло перед франчайзером, предписание франчайзером розничных цен для франчайзи и некоторые другие.

В этот перечень странным образом попали как договорные условия, прямо запрещенные германским антимонопольным законодательством (фиксация цен) и потому автоматически недействительные, так и условия, характерные, скорее, для наемных оплачиваемых служащих, а не для франчайзи. Федеральный суд по трудовым спорам этого решения дюссельдорфского суда не поддержал, но, опять-таки, не по концептуальным, а по некоторым процессуальным причинам, что позволяет говорить о том, что в принципиальном вопросе разграничения оплачиваемого служащего как зависимого от нанимателя лица и подлинного франчайзи как независимого предпринимателя окончательная точка еще не поставлена.