Реферат

по маркетингу

на тему:

"Доктринальные подходы к франчайзингу"

2009

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

Столь же многочисленны и доктринальные определения франшизного соглашения. Зачастую они существенно различаются между собой по самому подходу и пониманию франшизных отношений, по полноте их охвата, используемой терминологии. Американский исследователь Дж. Хедфилд справедливо указывает, что само понимание предмета франчайзинга, излагаемое разными авторами, во многом зависит от того, с каких позиций их авторы оценивают франчайзинг - с позиций франчайзера или с позиций франчайзи).

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

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

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

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

Выявление правовой природы франчайзинга - это прежде всего задача его идентификации с позиций отнесения его к группе известных каузальных сделок или к самостоятельной группе договоров, анализ его договорной специфики на фоне общих, присущих другим "родственным" договорам черт и признаков. Возникающие при этом теоретические трудности связаны с близостью и, как следствие, с невольным отождествлением франчайзинга с двумя другими, причем разными группами предпринимательских договоров. Так, франчайзинг исторически первоначальных типов по понятным причинам отождествляется с группой торгово-посреднических и эксклюзивных договоров на закупку или продажу товаров. С другой стороны, наиболее современные типы франчайзинга, в содержании которых нет регулирования отношений купли-продажи товаров, а есть, по существу, лишь предоставление и использование прав на объекты интеллектуальной собственности, отождествляются с чистым лицензионным соглашением.

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

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

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

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

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

Среди "неназванных" договоров, к которым относится и франчайзинг, правовая теория различает прежде всего т. н. эксклюзивные договоры. Определение договора как исключительного указывает на то, что его стороны предоставляют друг другу некоторые особые, исключительные права, которые ставят третьих лиц в неравное положение по отношению к ним Исключительные права одновременно налагают на сторону ограничительные обязательства, соответствующие таким правам. Таким образом, имеет место взаимное ограничение гражданской правоспособности сторон

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

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

В 1961 г в Бельгии был принят закон о коммерческой концессии Последняя определялась в законе как любое соглашение, в силу которого концедент предоставляет одному или нескольким концессионерам право продавать от имени и за счет концессионера продукцию, изготовленную или распространяемую концедентом. Такое соглашение могло предусматривать: а) исключительную концессию на продажу товаров; б) концессию, согласно которой концессионер обязывался продавать на отведенной для него территории всю или почти всю продукцию, являющуюся предметом соглашения; в) концессию на продажу товаров, которая налагала на концессионера и связывала его существенными обязательствами, которые влекли суровые последствия для концессионера в случае расторжения им соглашения. Как видно, ни одна из этих моделей концессионного договора тоже не была четко увязана с предоставлением концессионеру средств индивидуализации концедента.

Тем не менее договор коммерческой концессии несколько напоминает франшизное соглашение, особенно в случае, когда обе стороны такого договора принимают на себя определенные, взаимно ограничивающие их обязательства.

Коммерческие концессии и аналогичные им договорные формы получили чрезвычайно широкое распространение на рынках потребительских товаров, в том числе в экспортно-импортной торговле. Сам термин "коммерческая концессия" имеет хождение в немногих европейских странах. В странах общего права эксклюзивным дистрибьюторским соглашениям соответствуют некоторые категории т. н. дилерских договоров. Сама фигура дилера, как отмечалось, тоже толкуется неоднозначно. В одном из американских справочников по франчайзингу говорится, например, что дилеры - это разрешенные розничные торговцы, которые продают продукцию изготовителей или поставщиков. Обычно они осуществляют эту деятельность самостоятельно, продавая товар в качестве его собственников, но в отличие от франчайзи - от собственного имени и с незначительной помощью изготовителей, а также не уплачивают франшизных платежей или роялти. Однако в США некоторые законы штатов о франчайзинге называют в качестве стороны франшизного соглашения именно дилера, причем в том толковании этой фигуры, которое приводится выше. Несомненно, что в данном случае законодательное определение договора как франшизного имеет столь же мало оснований, как и определение по упомянутому французскому закону 1943 г. Когда такому дилеру в выраженной или подразумеваемой форме предоставляется по договору право продавать товары под торговой маркой изготовителя или поставщика, статус концессионера приближается к статусу франчайзи, каким он бывает у низших торгово-распределительных разновидностей франчайзинга.

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

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

Другая часть континентальных теоретиков отстаивает "первородство" континентальной концепции франчайзинга, вообще не прибегая к понятию коммерческой концессии и оставаясь в рамках понятийного аппарата и терминологии франчайзинга. Они утверждают, в частности, что именно в Европе, а не в США франчайзинг трактуется вернее и полнее.

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

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

Столь вольное толкование американской правовой теорией понятия франчайзинга нередко приводит к тому, что к нему относят различные договорные формы, которые по меркам европейской теории, тоже, как мы видели, не слишком скрупулезной при определении франчайзинга, вовсе им не являются. Так, в США под франчайзингом в одних случаях понимают простую систему селективного распределения товаров, в других к нему относят эксклюзивные соглашения о распределении товаров без предоставления лицензии. Иногда отдельные авторы характеризуют франчайзинг просто как "некую систему маркетинга" Эти доктринальные определения перекликаются с официальным определением франчайзинга Постановления № 436 Федеральной торговой комиссии США, в котором говорится о нем всего лишь как о "методе ведения бизнеса или методе распределения товаров".

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

Селективная система подразумевает особые критерии отбора дистрибьюторов оправдывающие такой отбор в глазах антимонопольного законодательства, например, требованиями наличия у дистрибьютора уникальной, неповторимой профессиональной квалификации или специального, недоступного другим оборудования, или иных уникальных достоинств, позволяющих наилучшим образом обеспечивать престиж широко известной фирмы-изготовителя или ее торговой марки. Есть и нормативные определения селективной торговли. Так, Регламент № 2790/1999 КЕС устанавливает, что селективная распределительная система - это такая система, когда поставщик берется продавать договорные товары или оказывать услуги только тем дистрибьюторам, которые отобраны на основе особых критериев, а те обязуются не продавать такие товары либо не оказывать такие услуги неразрешенным дистрибьюторам Приводится по коммерческой концессии, ни другим подобным ей эксклюзивным дистрибьюторским договорам.

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

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

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

Вместе с тем очевидно, что далеко не всякое лицензионное соглашение - это франчайзинг. Оба этих вида соглашений имеют определенные отличия друг от друга. Но прежде чем сказать о них, необходимо отграничить франчайзинг, в особенности его производственные формы, от еще одной группы современных договоров, связанных с оказанием одной стороной технического содействия другой стороне в выполнении какого-либо инвестиционного проекта. Зачастую они так и именуются - соглашения о техническом сотрудничестве, в том числе на лицензионной основе. По такому договору, как и при франчайзинге, одна из сторон обязуется произвести полное техническое оснащение, поставить необходимое сырье, компоненты, материалы и т.п., обучить и подготовить персонал заказчика. В договоре, однако, нет главного, что отличает франчайзинг, а именно нет франшизы как пакета исключительных прав на средства индивидуализации заказчика. Нет и тех специфических целей, которые ставят перед собой стороны по франчайзингу

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

Процесс становления франчайзинга как нового вида предпринимательского договора еще не завершен. Он сопряжен с качественными изменениями рынка, с его тенденциями к усложнению связей, трансграничное™, глобализации, интернационализации. Поэтому еще далеки от завершения правовые формы опосредования современных рыночных отношений. В частности, во многом по этим причинам еще не выкристаллизовались четкие и устойчивые правовые параметры франчайзинга.

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

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

Важно вместе с тем подчеркнуть, что, соединяя в себе признаки нескольких различных договорных форм, франшизное соглашение никогда не поглощает ни одну из них в такой степени, чтобы его можно было целиком отождествить с какой-либо из них Исследователи тоже подчеркивают это обстоятельство, хотя каждый из них представляет себе такие формы по-разному Согласно, например, одной из точек зрения, франчайзинг охватывает следующие виды отношений 1) нанимателя и наемного работника;

2) распределения;

3) лицензиара и лицензиата;

4) агентирования;

5) продавца и покупателя. Но ни один из таких видов отношений не охватывается франчайзингом полностью. До какой степени во франшизном договоре проступают признаки других договорных форм, и каких именно - зависит от условий каждого конкретного договора.

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

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