

El régimen jurídico de las franquicias en China

Por Begoña de Suso, abogada de Garrigues en Shanghai.
Julio de 2010

Cuando se habla de franquicias en China, hay que tener en cuenta que se trata de un fenómeno muy reciente. Desde las primeras normas que introdujeron el concepto en la normativa china, a la actualidad, no han pasado ni siquiera 15 años y todavía no existe una auténtica cultura de la franquicia en el país. Por otro lado, como es bien sabido, y pese a los avances producidos en los últimos años, China aun tiene un largo camino que recorrer en relación con la protección de los derechos de propiedad intelectual e industrial, una de las piezas clave para el desarrollo de las franquicias.

Sin perjuicio de lo anterior, desde el punto de vista legal, durante este breve periodo se han publicado tres grupos de normas tendentes a regular las franquicias en China, hasta llegar a la situación actual en la que existe un marco jurídico que puede ser considerado como aceptable a estos efectos, si bien todavía quedan algunas incertidumbres que esperamos se vayan resolviendo en los próximos años.

Las primeras medidas sobre franquicias que se publicaron en China datan del año 1997, y las aprobó el Ministerio de Comercio Interior de forma tentativa o provisional. Eran unas normas muy genéricas e imprecisas, y solo aplicables a las empresas domésticas, por lo que los franquiciadores extranjeros se mantenían en la *alegalidad*, operando a través de contratos de licencias de marcas, de cesión de know how, etc.

Con la entrada de China la Organización Mundial del Comercio en el año 2001, y de acuerdo con los compromisos allí asumidos, en el año 2004 se publican dos normas muy importantes para el desarrollo de las franquicias en China. Por un lado se publican las importantísimas Medidas sobre Inversión extranjera en el sector comercial (*Administration of Foreign Investment in Commercial Sectors Procedures*) promulgadas por el Ministerio de Comercio el 16 de abril de 2004 (en adelante, **Ley de FICEs**) que entraron en vigor el 1 de junio de 2004. La promulgación de la Ley de FICEs supone la apertura a la inversión extranjera del sector comercial en general mediante la constitución (necesariamente) de sociedades comerciales. Esta ley fue la primera en reconocer expresamente que las empresas comerciales de capital extranjero (FICE) podrían llevar a cabo actividades de franquicia en China, incluso sin la participación de socios chinos en el capital.

Ese mismo año, el 30 Diciembre, el Ministerio de Comercio chino promulgó las Medidas sobre Franquicias Comerciales (*Administration of Commercial Franchise Procedures*) que entraron en vigor el 1 de febrero de 2005 (en adelante, las **Medidas sobre Franquicias**). Las Medidas sobre Franquicias fueron muy criticadas por los inversores extranjeros ya que exigían a los franquiciadores operar previamente en propiedad dos tiendas en China durante al menos 1 año. Si tenemos en cuenta que hasta diciembre del 2004, no les estaba permitido a las empresas de capital 100% extranjero realizar actividades minoristas en China, el requisito de “2 tiendas durante 1 año” se convertía, de facto, en otra barrera de entrada para el desembarco legal de las franquicias internacionales en China.

Finalmente, el último grupo de normas se publicó en el año 2007, empezando por el Reglamento sobre las Franquicias Comerciales (Regulations for Administration of Commercial Franchise Operations) promulgado por el Consejo de Estado de la República Popular China el 6 de abril de 2007 y que entró en vigor el 1 de Mayo 2007 (en adelante, el **Reglamento**). El Reglamento fue completado ese mismo año con las medidas de desarrollo que se aprobaron el 6 y el 30 de abril, respectivamente (en adelante, las **Medidas de Desarrollo**)

Como resultado de todas estas normas y disposiciones, en la actualidad el contenido principal del marco jurídico de las franquicias en China puede resumirse de la siguiente forma:

1. Concepto de franquicia

El artículo 3 del Reglamento define las franquicias como una actividad en virtud de la cual “el franquiciador, propietario de determinados recursos relativos a un negocio, incluyendo marcas, logos, patentes, know-how etc, concede al franquiciado un derecho a usar esos recursos mediante la firma del contrato de franquicia que permite que al franquiciado explotar su negocio de acuerdo con el sistema operativo uniforme del franquiciador, todo ello a cambio de una contraprestación económica”.

2. Inscripción como franquiciador y declaración anual

El Reglamento de Franquicia establece la obligación de inscripción de los franquiciadores en el plazo de 15 días desde la firma del primer contrato de franquicia en China. La inscripción deberá realizarse online en el registro habilitado al efecto por el Ministerio de Comercio.

Además de la inscripción inicial, anualmente, durante el primer trimestre de cada año, los franquiciadores deberán facilitar información sobre la situación de los contratos firmados en año anterior.

3. Contenido del Contrato de Franquicia

El Reglamento también establece el contenido mínimo que deberá incluir el contrato de franquicia y la necesidad de que conste por escrito.

Quizá uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta, es que, de acuerdo con el Reglamento, el contrato de franquicia deberá establecer un derecho de desistimiento en favor del franquiciado (conocido como “cool-off period”) durante un periodo determinado tras la firma del contrato. El objetivo de esta cláusula es conceder al franquiciado un plazo adicional para recapacitar sobre la conveniencia o no de seguir adelante con el contrato. La norma no especifica la duración mínima de este periodo, por lo que, en principio, se estará a lo que las partes libremente acuerden. En los borradores previos del Reglamento, se establecía que este periodo no podría ser inferior a 7 pero finalmente, se optó por no incluir una fecha determinada. En cualquier caso, ese plazo de 7 días puede servir de orientación. Teniendo en cuenta esta facultad de desistimiento, suele ser recomendable que el franquiciador no empiece a cumplir algunas de las obligaciones asumidas en el contrato (como por ejemplo, entrega de materiales o de información confidencial) hasta que haya expirado el periodo establecido en el contrato para ejercer esta facultad.

Otro aspecto importante, es que el contrato de franquicia deberá tener una duración de al menos 3 años, salvo que el franquiciado acepte un plazo inferior. También ha suscitado algunas dudas la interpretación de esta cláusula, al no especificar cuándo se entiende “aceptado” un plazo inferior, ya que, en principio, el simple hecho de firmar un contrato implica aceptación de sus cláusulas. En la práctica, en los contratos de duración inferior a 3 años, se está intentando cumplir con este requisito destacando especialmente la duración y resaltando la voluntad del franquiciado. En cualquier caso, siempre existirá el riesgo de que el franquiciado intente justificar que la duración del contrato fue impuesta por el franquiciador, en este sentido, es importante poner especial atención en las comunicaciones entre franquiciado y franquiciador previas a la firma.

4. Obligación de Información al Franquiciado

El franquiciador deberá facilitar al franquiciado, al menos 30 días antes de la firma del contrato de franquicia, una copia del contrato así como con toda la documentación básica relativa a la operativa de la franquicia. Esta información deberá ser veraz, correcta y completa y no ocultar datos importantes. El Reglamento en su artículo 22 incluye un listado muy completo del tipo de información que deberá facilitarse que abarca desde los datos del franquiciador y de sus actividades, de sus marcas y otros derechos de propiedad industrial, resúmenes de informes de auditoría, presupuestos de la franquicia, soporte técnico, formación, etc. Además, añade el Reglamento que, cualquier modificación relevante de la información facilitada deberá comunicarse al franquiciado.

Este apartado reviste una gran importancia en el marco de la relación entre el franquiciador y el franquiciado ya que si el franquiciador oculta información importante o facilita información falsa, el franquiciado tendrá derecho a resolver el contrato. Por este motivo suele ser aconsejable, obtener un recibí del franquiciado, para poder demostrar en su caso, que la información se facilitó de acuerdo con el Reglamento.

5. Dos tiendas en propiedad durante un año

Con la aprobación del Reglamento y de las Medidas de desarrollo se mantuvo el requisito de tener dos tiendas en propiedad durante al menos un año introducido por las Medidas sobre Franquicias del 2004, aunque se flexibilizó considerablemente al permitir que las dos tiendas estuvieran fuera de China. De esta forma se cumplía perfectamente con la intención de la norma que era exigir cierta experiencia al franquiciador antes de franquiciar su negocio, a los efectos de proteger al franquiciado.

Sin embargo, la nueva redacción de este requisito no ha estado exenta de críticas ya que exige que las dos tiendas sean “propiedad del franquiciador” y estén “directamente explotadas por este”. De acuerdo con la redacción literal del artículo correspondiente, no se cumpliría este requisito cuando las tiendas pertenecieran a una sociedad del grupo distinta de la sociedad que firma el contrato de franquicia, por lo que este aspecto deberá ser clarificado en el futuro.

6. Constitución de una FICE

Como se ha mencionado anteriormente, el requisito de la necesidad de constituir una sociedad FICE para llevar a cabo actividades de franquicia en China fue introducido por la Ley de FICEs, y hasta la fecha, no ha sido expresamente derogado. Sin embargo, el Reglamento de Franquicias no se refiere a este requisito, y en las Medidas de Desarrollo,

expresamente se establece que los franquiciadores extranjeros que desarrollen actividades de franquicia en China deberán cumplir con dichas Medidas de Desarrollo, es decir, deberán registrarse como tales. En virtud de lo anterior parece que la nueva normativa sobre franquicias no exige la constitución de una FICE y de hecho, en la práctica, las autoridades chinas están permitiendo que las sociedades extranjeras se registren como franquiciadores en China, obviando el requisito establecido en la Ley de FICEs.

Podemos ver, por tanto, que, actualmente en China han desaparecido la mayoría de los impedimentos y restricciones que afectaban a la inversión extranjera en el sector de la franquicia. Sin embargo, continúa siendo una actividad bastante regulada y que implica esfuerzos considerables para los franquiciadores, principalmente los relativos a las obligaciones de informar a las autoridades y a los franquiciados.

Dada la actual dificultad y teniendo en cuenta que el concepto de franquicia que recoge el Reglamento tiene elementos comunes con otros contratos como los contratos de licencia de marca o de know how, los contratos de distribución, etc, y no siempre es fácil distinguir unos de otros, en ocasiones se han utilizado otros contratos para eludir la aplicación de la normativa sobre franquicias. Sin embargo hay que tener en cuenta que en China, al igual que en muchas otras jurisdicciones, los contratos son lo que son, con independencia del nombre que se les de. Por lo tanto, deviene de especial importancia determinar, caso por caso, si se dan los elementos propios de una franquicia, en cuyo caso serán de aplicación el conjunto de normas que aquí se mencionan.

Es más, teniendo en cuenta algunas sentencias recientes, como el caso de Beijing Kutedidai Trading Company Limited vs. Chen Zijian, puede resultar recomendable cumplir con las obligaciones impuestas a los contratos de franquicia, aunque a priori no se den todos los elementos de la misma. El mencionado caso versaba sobre un contrato denominado por las partes como “contrato de distribución” que finalmente el juez entendió que era de franquicia, permitiendo al franquiciado resolverlo basándose en que, en su momento, no se cumplieron las obligaciones de información previa al franquiciado previstas en el Reglamento.

Como conclusión podemos resaltar la importancia de tener en cuenta la normativa anterior no solo a la hora llevar a cabo actividades de franquicia en China, si no también a la hora de llevar a cabo actividades que “pudieran ser consideradas como de franquicia”, y todo ello a los efectos de evitar, no solo posibles sanciones administrativas (tal y como recoge el propio Reglamento) si no también, posibles incertidumbres en la interpretación de los contratos con las contrapartes chinas.

Las opiniones expresadas y la información mencionada en este documento pertenecen a su autor, autores o a las fuentes citadas y no representan necesariamente la opinión del Observatorio Iberoamericano de Asia-Pacífico ni de las instituciones de las cuales depende o que lo patrocinan. Éstas no hacen propios los contenidos del documento y no son responsables ni de su autoría ni del uso que se pueda hacer de los mismos.