European Judicial Chamber

ЗА ЛИЦЕНЗИЯТА НА ТЪРГОВСКА МАРКА КАТО ЧАСТ ОТ ФРАНЧАЙЗИНГОВИТЕ ОТНОШЕНИЯ

Николет Стефанова[i]

Понятието „франчайзинг“[1] е с френски произход, но първите франчайз системи са американско творение от времето на започващата индустриализация през втората половина на XIX век. В страните с развита икономика търговията със стоки и услуги чрез франчайзинг започва да нараства забележително през 50-те години на миналия век и понастоящем обхваща около 1/3 от леката промишленост и услугите (ресторантьорство, хотелиерство, бензиностанции и др.), като все по-често навлиза и в други отрасли, подотрасли и сфери на дейност (напр. в строителството, сделките с имоти, образованието и др.). Международният франчайзинг се налага все повече и в развиващите се държави и тези с преходна икономика, с което изиграва важна роля при трансфера на технологии и чуждестранни инвестиции.[2] По този начин се насърчава бизнеса предимно на малките и средни предприятия.

Бързият разтеж и успехът на франчайзинга може да се препише на сътрудничеството между самостоятелни стопански субекти, при което франчайзополучателят (ФП) намалява рисковете си, свързани с инвестирането в нови технологии като използва утвърдени в световната търговия марки или стоки, докато франчайзодателят (ФД) използва търговската мрежа, създадена от ФП, вместо да развива своя собствена[3], и така намалява размера на необходимите инвестиции (капиталовложения).

Националните търговски законодателства (включително нашият Търговски закон – ТЗ) не съдържат правна уредба на всички търговски сделки, които възникват и се налагат в стопанската практика. Така наречените ненаименувани договори могат да се разделят на абсолютно и относително ненауменувани. Абсолютно ненаименуваните договори въобще не се уреждат от законодателството. Относително ненаименуваните договори само се дефинират, но не е регламентирано тяхното сключване, права и задължения на страните, отговорност, прекратяване и др. Относително ненаименуван договор според нашето законодателство е и договорът за франчайзинг, тъй като на него е посветена само една разпоредба, която се съдържа в данъчен закон - § 1. т.10 от Закона за корпоративното подоходно облагане. Според този текст франчайз е съвкупност от права на индустриална или

---

[1] Думата „франчайз“ (franchise) е преминала от френски в английски език и първоначалното й значение се покрива по смисъл с думите „освобождаване от данъци, мита, такси и др. п., „привилегия“ или „концесия“.

[2] Вж. Желязкова, В. Ръководство на UNIDROIT за международен франчайзинг. сп. Съвременно право, кн. 1/ 2002, с. 68.

[3] Христова, М. Някои аспекти на франчайзинга като сделка на търговското право. сп. Търговско право, кн. 5/1998, с. 35.

интелектуална собственост, отнасящи се до търговски марки, търговски имена, фирмени знаци, изработени модели, дизайни, авторско право, ноу-хау или патенти, предоставени срещу възнаграждение, за да се използват за продажба на стоки и/или за предоставяне на услуги.

Тази дефиниция е дадена само за целите на данъчното облагане. Тя не е прецизна, тъй като интелектуалната собственост[4] е родово понятие и включва два вида – т. нар. индустриална[5] и т. нар. артистична собственост.

България не е изолиран случай що се касае до липсата на нормативна уредба. От сравнителноправна гледна точка регламентацията на национално равнище е твърде оскъдна навсякъде. Изключение правят страни като САЩ, Канада, Австралия, Бразилия, Италия, Китай и др., които имат отделни закони уреждащи франчайзинга и където точното определяне на търговските отношения между страните като франчайзингови е от изключителна важност. По тази причина за унификация в областта на франчайзинга в международен аспект не може да се говори, а и е спорен въпросът дали такава е необходима. В доктрината се приема, че нормирането на франчайзинга налага съобразяването с твърде много норми, чието непосредствено действие би довело до липса на гъвкавост и в крайна сметка би могло да попречи на развитието на франчайзинговата дейност. [6]

При това положение, основно значение за правното регулиране на договора за франчайзинг има **свободата на договаряне** на страните, чрез която може да се постигне съобразяване на съдържанието на договрните условия с всички конкретни особености на предмета на франчайзинга и на икономическите интерси и цели на страните.[7]

Свободата на договаряне (автономията на волята) води до голямо разнообразие на начините за оформяне на националните и международните франчайзингови системи. Това затруднява даването на точна дефиниция на франчайзинга, която да важи за всички конкретни договори.

По-общо казано, франчайзингът представлява специфичен търговски метод за организация на пласмета на стоки и услуги, включващ и отстъпване на права върху обекти на интелектуална собственост (преди всичко индустриална собственост). ФД предоставя на ФП право за осъществяване на определена стопанска дейност под името (фирмата) и марката на

---

[4] Съгласно чл. 2.viii от Конвенцията за учредяване на Световната организация за интелектуална собственост от 1967 г., в която и България членува, "**интелектуална собственост**" включва правата отнасящи се до: литературни, художествени и научни произведения; изпълнения на артисти-изпълнители, звукозаписи и радио- и телевизионни предавания; изобретения във всички области на човешката дейност; научни открития; промишлени образци; търговски марки, марки за услуги, търговски наименования и обозначения; закрила срещу нелоялна конкуренция, както и всички други права, произтичащи от интелектуална дейност в промишлената, научната, литературната и художествената област.

[5] Съгласно чл. 1, ал. 2 от Парижката конвенция за закрила на **индустриалната собственост** от 1883 г., закрилата на индустриалната собственост има за обект патентите за изобретения, полезните образци, индустриалните рисунки или модели, фабричните или търговски марки, знаците за услуги, търговското име, указанията за произход или наименованията на мястото за произход, както и преследването на нелоялната конкуренция.

[6] Вж. Желязкова, В. Ръководство на UNIDROIT за международен франчайзинг., Сп. Съвременно право, Год. XIII, Кн. 1, С., 2002, с. 68.

[7] Вж. Пиперкова, Л. Франчайзинг, лизинг, факторинг: Правни аспекти., С., 1995, с. 17.

ФД и при ползване на предоставените от ФД методи. Срещу така предоставените ноу-хау, услуги и право за ползване на търговската марка ФД получава договореното възнаграждение, като едновременно с това има право на контрол за спазване на условията на договора.[8]

От икономически и организационен аспект франчайзинга може да се определи като:

- система за организиране на пласмент на стоки и/или услуги;
- ФД предоставя на франчайзополучателите ползване на франчайзингов пакет, основно включващ обекти на интелектуалната собственост;
- ФП дължи възнаграждение на ФД за преотстъпения пакет;
- ФД ръководи и контролира дейността на ФП, съобразно условията на договора;
- ФД и ФП са самостоятелни стопански (пазарни) субекти. По правило обаче ФП се определя като икономически по-слабата страна по договора.

От гледна точка на облигационното право договорът за франчайзинг е относително (частично) **ненаименуван** договор и като такъв клаузите му могат да се определят изцяло по волата на страните, като единственото ограничение е да не се нарушат императивни правни норми и добрите нрави (срв. чл. 9 от Закона за задълженията и договорите). Договорът е **консенсуален**, защото за сключването му е достатъчно само съвпадане на волеизявленията на двете страни. Франчайзингът е **двустранен** договор, тъй като ФП има право да ползва облагите на франчайзинговата система - от ползване на търговска марка и получаване на ноу-хау до доставка и транспорт, като в същото време е длъжен да осигури капитал, работна сила, информация за пазара, да внася франчайзинговите такси. От своя страна ФД има право да изисква и следи за спазването на уговорените в договора условия, както и задължението да съдейства активно и редовно на ФП, като му осигурява лицензия на търговската марка и му оказва техническа помощ. Договорът за франчайзинг е **възмезден**. ФП трябва да внесе франчайзинговите такси, които биват няколко вида - входни, редовни и допълнителни. Договорът за франчайзинг е **неформален**. Следва да се има предвид обаче, че най-често с договорите за франчайзинг ФД предоставя на ФП правото да ползва търговска марка или марка за услуги.

Чл. 587, ал. 2 ТЗ и чл. 22, ал. 1 от специалния спрямо него Закон за марките и географските означения (ЗМГО) предвиждат писмена форма за действителност на договора за лицензия на търговска марка. Въпреки че нормите уреждащи лицензирането на право върху търговска марка в България се намират в тези два отделни закона, между тях няма колизия. Те са синхронизирани и действат паралелно, макар и регламентирането на едни и същи обществени отношения в два различни акта да не е най-удачният подход и да внася известни неудобства.[9]

В теорията и практиката на държавите от англо-саксонския правен кръг се приема, че търговската марка е сърцето на франчайзинга и правото на ползването й е основен актив от имуществото на ФП. По тази причина елементи на лицензионния договор за отстъпване правото на ползване на търговска марка съставляват важна част и от съдържанието на договора за франчайзинг. Близостта между двата договора води до тяхното смесване в практиката, като не винаги страните дават точна дефиниция за сключения между тях договор, т.е. един договор се определя като лицензионен, а той по съдържание е за франчайзинг, както

[8] Schmitthoff, Cl., The Law and Practice of International Trade., L., 1986

[9] Така Саракинов, Г. Право върху търговска марка в Република България. С., 2007, с.68.

и обратното. На това основание в американската доктрина договорът за франчайзинг се определя като „злият брат-близнак“ на лицензионния договор.[10] Това налага по-детайлното съпоставяне на двата договора при съвпадане на техния обект – отстъпено право на ползване върху търговска марка.

Легална дефиниция на търговската марка се съдържа в чл. 9, ал. 1 ЗМГО, съгласно който марката е знак, който е способен да отличава стоките или услугите на едно лице от тези на други лица и може да бъде представен графично. Два са способите за придобиване право върху дадена търговска марка. Единият е чрез регистрация или т. нар. първично (оригинерно) придобиване, а другият начин е вторичен (производен), при който цялото правото се прехвърля от неговия носител върху друго лице чрез сделка (покупко-продажба, замяня, дарение и др.) или когато се прехвърлят само част от правомощията (ползването) на притежателя на марката чрез лицензиране. Думата „лицензия“ най-просто казано означава „разрешение“, а в контекста на търговското право – „разрешение за ползване“. Според чл. 587, ал. 1 ТЗ лицензионният договор е договор, с който лицензодателя (ЛД), отстъпва *срещу възнаграждение* изцяло или отчасти на лицензополучателя (ЛП) ползването на права на индустриалната собственост. **Възмездният** характер на сделката не е посочен изрично в чл. 22, ал. 1 ЗМГО, съгласно който с договора за лицензия притежателят разрешава използването на търговската марка за всички или за част от стоките или услугите, за които тя е регистрирана за част или за цялата територия на страната. Подобно на франчайзинговия и лицензионният договор е **двустранен**, тъй като ЛД има право на възнаграждение, като в същото време е длъжен да осигури на ЛП спокойно и несмущавано ползване на отстъпените права и да го защитава в случай на нарушение. На правото на ЛП да ползва търговската марка съответства задължението му да означава с нея стоката, за която му е предоставена лицензията и да осигурява качеството, което съответства на марката и е станало известно на потребителите преди сключването на договора. Лицензионният договор също е **консунсуален**, тъй като за сключването му не е необходимо да се предаде реално договорения обект на индустриална собственост. Както бе изложено по-горе, лицензионният договор е **формален**, с което на практика повлича формалността на договора за франчайзинг. Поради естеството на отношенията, и двата договора са с **продължително (трайно) действие**. Обикновено те се сключват за определен **срок** с възможност за неговото продължаване. За разлика от лицензията, при която страните знаят какво ще получат от своя съконтрагент още от момента на сключването на договора (**комутативна** сделка), при франчайзинга страните не знаят предварително какво дължат и какво ще получат. Входните и дори допълнителните такси за реклама и обучение на персонала, които ФП дължи биха могли да бъдат точно уговорени, но размерът на редовните такси обикновено се определя като процент от оборота, което обуславя и **алеаторния** характер на франчайзинговите отношения. Лицензионният договор е **абсолютна** търговска сделка, тъй като изрично е посочен в чл. 1, ал. 1, т. 10 ТЗ, а договорът за франчайзинг не е визиран в този текст, от което следва, че той може да бъде относителна търговска сделка по чл. 286, ал. 1 ТЗ, т.е. ако е свързан със занятието на страните, от които поне едната трябва да е търговец според националното търговско законодателство. Следва да се има предвид обаче, че в чл. 1, ал. 1, т. 12 ТЗ като обективни (абсолютни) търговски сделки са посочени и сделките с интелектуална собственост, към които следва да се причисли и франчайзинга, когато предмет на договора е такъв обект.

Когато обект на договора за франчайзинг и лицензия е използването на търговска марка, разграничението между двата договора следва да се провежда според тяхното съдържание. Договорът за франчайзинг има по-широко съдържание, понеже включва повече

[10] Hampton II, Ph., Roth. G.., Schaeffer, Al., Wade, St., Dickstein Shapiro Morin & Oshinsky LLP. Trademark Licence or Franchise: Avoiding the Evil Twin., www.iam-magazine.com

права и задължения на страните. Той дава право да се разпространяват стоки, поради което наподобява дистрибуторски договор с клауза за изключителност (с право на ексклузивитет).[11]

В отличие от лицензионния договор при договора за франчайзинг основно значение има правото на ФД да упражнява контрол върху дейността на ФП, както и задължението на последния да провежда търговската политика на ФД. В тази връзка задължението на ЛП по чл. 594, ал. 1 ТЗ да осигурява качеството на стоката, което съответства на марката и е станало известно на потребителите преди сключването на договора се подлага на критика в нашата литература и се определя се като анахронизъм.[12] На първо място прави впечатление, че тази императивна норма от ТЗ липсва в ЗМГО. Подобни изисквания са се срещали в европейските законодателства в миналото, но към днешна дата сякаш са правна отживелица. В Първата европейска директива[13] и в споразумението за ТРИПС[14] също липсва уредба на това задължение. Попадането на цитираната разпоредба в чл. 594, ал. 1 ТЗ с новата му част трета през 1996 г. вероятно се дължи на присъстването ѝ в тогава действащия Закон за търговските марки и промишлените образци.

Между ФД и ФП има по-тясна връзка, с което договорът за франчайзинг наподобява договора за образуване на консорциум. Може да се каже, че договора за франчайзинг съчетава елементи от трите договора – лицензионен, дистрибуторски и за консорциум, като въпрос на конкретна преценка е елементите на кой от трите договора доминират. Така например договорът за франчайзинг се доближава най-много до договора за консорциум когато на ФП е предоставено правото не само да разпространява, но и да произвежда стоки на ФД (при т. нар. производствен франчайзинг). По правило характеристиките на лицензионен договор преобладават когато договора за франчайзинг има за предмет ползването на търговска марка.

[i] Докторант в редовна форма на обучение, научна специалност „Гражданско и семейно право“, катедра „Частноправни науки“, Юридически факултет на ВТУ „Св. Св. Кирил и Методий“

[11] Определянето на франчайзига като вид изключително дистрибуторство доминира във френската теория и практика.

[12] Вж. Саракинов, Г. Право върху търговска марка в Република България. С., 2007, с.70-71.

[13] Първа директива на Съвета от 21 декември 1988 година относно сближаване на законодателствата на държавите-членки във връзка с търговските марки (89/104/ЕИО)

[14] Споразумението относно свързаните с търговията аспекти на правата на интелектуалната собственост, по което България е страна от 1996 г.