

Le Guide d'UNIDROIT sur les accords internationaux de franchise principale : présentation et perspective

Philip F. Zeidman *

I. – HISTORIQUE

Les lecteurs de cette *Revue* ont été informés ¹ de l'origine et de la préparation, par l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), du *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*. Maintenant que le *Guide* a été publié, il apparaît utile de le placer dans le contexte de ce secteur commercial en pleine évolution et de suggérer certaines utilisations possibles au bénéfice des secteurs les plus variés.

A partir de 1985, le sujet du franchisage fut évoqué à intervalles réguliers par le Conseil de Direction de l'Institut, et fit l'objet de travaux préliminaires du Secrétariat et d'experts consultés sur la question. En 1993, le Conseil de Direction constitua un Comité d'étude sur le franchisage, le priant de formuler des recommandations et de prendre toute action appropriée "dès que cela serait techniquement possible".

Le *Guide* est le fruit de ce mandat. L'exigence de rapidité requise par le mandat a impliqué l'engagement actif de praticiens, d'universitaires et de fonctionnaires, qui ont prêté leurs services à l'image d'une armée de volontaires. Par ailleurs, il était indispensable de tenir compte des changements intervenant en matière de franchisage international. Il convient dès lors de s'arrêter un instant sur ces changements.

En 1985, le franchisage était essentiellement le fait de sociétés aux Etats-Unis, de même que, dans des secteurs plus restreints, au Canada, en Europe occidentale, au Japon et en Australie. Au cours des années suivantes, on assistait à :

- une croissance lente mais continue dans ces secteurs, particulièrement en Europe occidentale et au Japon;
- l'émergence d'un franchisage autochtone presque partout dans le monde;
- la croissance rapide du franchisage international ou transfrontalier, accompagnée d'un certain nombre de problèmes;

* Associé principal, *Rudnick, Wolfe, Epstein & Zeidman*, Washington, D.C. (USA); Conseil principal, Association internationale de franchisage; Membre du Comité d'étude d'UNIDROIT sur le franchisage. La version française est une traduction de l'original anglais.

¹ Cf. L. PETERS, "Le projet de guide d'UNIDROIT sur le franchisage: comment et pourquoi?", *Revue de droit uniforme*, 1996, 695. Voir aussi, M. MENDELSON, "Franchising", *Revue de droit uniforme*, 1996, 679.

- l'apparition d'activités de franchise dans des pays et régions où cela eut été impensable quelques années plus tôt – en Chine, en Russie et en Inde; au Moyen-Orient; en Afrique du Sud, au Maroc et ailleurs en Afrique; dans de nombreuses parties de l'ancienne Union Soviétique;
- la création d'associations de sociétés de franchise se consacrant à un développement rationnel du franchisage dans de nombreux pays du monde;
- une tendance au regroupement régional de telles associations, en particulier en Europe, et l'émergence d'une structure mondiale;
- des changements dans les produits franchisés. Si la restauration et l'hôtellerie et autres services qui leur sont liés continuent d'être en tête des produits franchisés, la franchise touche de plus en plus d'activités de services, y compris dans le domaine des affaires et dans d'autres qui reflètent les changements économiques, démographiques et sociaux;
- alors que le franchisage continue d'être dominé par de très grosses sociétés, des franchiseurs apparaissent un peu partout, reflétant la capacité du franchisage de mobiliser les ressources des détaillants et de stimuler l'apport des concepteurs;
- si le franchisage reste une formule attrayante pour les petits entrepreneurs ou pour les employés voulant se mettre à leur compte, le franchisage transfrontalier a stimulé l'intérêt de franchisés plus puissants, dont la taille dépasse même parfois celle de leur franchiseur;
- de plus en plus, le franchisage apparaît comme riche en opportunités pour certaines catégories de personnes qui n'ont traditionnellement pas un rôle très actif dans la direction d'entreprise – par exemple les femmes. Dans le même temps, le franchisage est un employeur majeur de femmes, de groupes minoritaires, de jeunes, de personnes âgées et d'handicapés;
- la multiplication de variations sur le thème du franchisage – une particulièrement significative étant "le franchisage de conversion", par lequel une entreprise existante s'associe à un réseau de franchise;
- les changements politiques, économiques et sociaux ont eu des répercussions sur le franchisage. Alors que les anciennes économies planifiées luttent pour s'adapter au monde régi par les principes de l'économie de marché, le franchisage a ouvert des opportunités pour les nouveaux entrepreneurs et démontré son utilité comme instrument de privatisation. Dans certaines économies socialistes, des démembrements de l'Etat sont devenus des franchisés.

Ces changements ont été accompagnés d'une attention croissante de l'arsenal juridique à l'égard du franchisage: lois, règlements, codes de conduite, contentieux privé, formations de groupes au sein des barreaux, publication d'ouvrages et de revues, tenues de conférences et de séminaires. Alors que les développements économiques changeaient la face du franchisage moderne; l'activité juridique s'est montrée très inégale dans sa compréhension du franchisage et dans l'appréhension des principes juridiques applicables à la relation de franchise. Nulle part ceci est plus apparent que dans le cadre du franchisage international.

II. – QUESTIONS ABORDEES PAR LE COMITE D'ETUDE

Au fil des discussions du Comité d'étude, il est ressorti que:

- les sources documentaires de qualité sont rares, de sorte que les praticiens les moins expérimentés se fient trop souvent à une information d'une valeur douteuse ou à une expérience limitée en matière de contrat qui se révèle inadéquate pour appréhender les caractères particuliers et les complexités du franchisage;
- il existe une tendance à utiliser des contrats de franchise déjà conclus comme modèles pour d'autres relations de franchisage, sans rendre compte des différences existant entre les domaines d'activité, entre les pays, et le grand nombre de circonstances qui peuvent rendre de tels modèles inappropriés ou risqués du point de vue juridique;
- tout comme on peut accorder un poids excessif à un accord (même lorsque on sait très peu de son origine et de son applicabilité), il arrive que l'on donne une confiance malvenue à des intervenants prétendant avoir une expérience dans le domaine. Au pays des aveugles, selon le dicton, les borgnes sont rois. Nous avons tous été confrontés à des situations dans lesquelles une partie ou les deux se sont fiées à un "expert" du franchisage dont l'expérience était en fait limitée, quant au nombre d'opérations ou à leur diversité, des secteurs concernés ou de l'environnement dans lequel l'opération a été négociée. En fait, la personne à laquelle on s'est adressée, qu'elle soit ou non qualifiée de consultante, n'est fréquemment qu'un intermédiaire qui accentue le problème: son but est de voir l'opération conclue, que ce soit ou non dans des conditions convenables;
- dans de nombreux pays en développement il y a un manque de compréhension du franchisage: un document juridique à l'occidentale peut emporter une adhésion irréfléchie et inconditionnelle, ou à l'inverse susciter l'hostilité: sa longueur et sa complexité peuvent rendre le rendre suspect, en particulier à ceux qui ont une expérience insuffisante pour comprendre ses fondements. Il existe ainsi trop souvent soit un fossé, soit un ensemble de confusion et de conflit culturel, qui mènent le plus souvent à l'absence de critères reconnus concernant les "meilleures pratiques" en matière de franchisage;
- en matière de franchisage comme dans tout autre accord juridique et commercial, l'ensemble de l'environnement tire avantage du fait que les conseils de chaque partie sont qualifiés. Sauf exception que l'on rencontre essentiellement dans les contextes économiques les plus avancés, il est rare que ce soit le cas.

III. – L'APPROCHE DU COMITE D'ETUDE

Face aux conditions manifestement insatisfaisantes qui caractérisent le franchisage international, que pouvait faire un Comité d'étude comme le nôtre? Il ne lui était pas possible, en tout état de cause, de prétendre que les parties contractantes soient rendues égales, tous les consultants intègres, et tous les avocats sages et expérimentés. Il ne pouvait s'opposer à ce qu'il soit fait référence à des modèles inadaptés, ni bannir les suspicions à l'égard de documents émanant d'autres pays. Du moins pouvait-il tenter d'aplanir le terrain de jeu. C'est ce que nous nous sommes proposés de faire.

En ce qui concerne la méthode de travail du Comité d'étude, il convient avant tout de noter que si la diversité de la composition du groupe a parfois constitué un obstacle à la parfaite compréhension des différents points de vue, elle fut en définitive fort utile. Le Comité était composé de représentants des avocats praticiens, des fonctionnaires, des universitaires ainsi que des barreaux et des associations de franchisage, ressortissants de neuf pays de quatre continents formés à la *common law* ou aux traditions du droit civil.

Durant de nombreuses sessions et avec la large distribution qui avait été faite des différents projets, les membres du Comité ont trouvé des terrains d'entente. Ils ont concordé que peu de questions appelaient des réponses tranchées, et ont commencé à reconnaître – parfois à contrecœur – que même lorsqu'ils s'accordaient quant au but à atteindre, il pouvait y avoir de nombreux moyens d'y parvenir. Compte tenu de notre objectif général d'identifier les meilleures pratiques en matière de franchisage international et de les diffuser de manière utile auprès des non-initiés et des juristes, nos discussions nous ont menés à envisager un large éventail de questions à traiter. En définitive, nous avons conclu que l'utilisation des meilleures pratiques nécessite avant toute chose de poser les bonnes questions.

IV. – QUESTIONS ESSENTIELLES

Le premier chapitre expose certaines *notions fondamentales* pour les relations de franchise et les éléments nécessaires à la formation d'un accord de franchise. Il s'ouvre par une présentation de l'accord de franchise principale et des autres accords commerciaux pertinents du point de vue du franchisage, avec une brève description des parties à l'accord de franchise principale – le franchiseur, le franchisé principal et les sous-franchisés. Il décrit ce que sont en substance ces deux accords: un contrat international entre le franchiseur et le franchisé principal (l'accord de franchise principale) et un contrat de franchise interne entre le franchisé principal et chaque sous-franchisé (l'accord de sous-franchise). Il présente les obligations de chaque partie et leurs relations respectives, les avantages et les problèmes généraux concernant la franchise principale (par exemple le contrôle limité du franchiseur sur le réseau franchisé après la conclusion du contrat, les problèmes se posant à la fin de l'accord de franchise principale, et la nécessité de partager les revenus dérivant des redevances).

Certains éléments des accords de franchise peuvent conduire à assimiler ceux-ci à des accords juridiques d'une autre nature (ce qui constitue un problème particulièrement aigu dans les pays qui n'ont pas de législation en matière de franchise, et dont les tribunaux appréhendent les accords de franchise par analogie avec d'autres accords commerciaux). Parmi les schémas contractuels proches, on trouve les contrats d'agence commerciale, de distribution, de licence et de transfert de technologie, et d'autres moyens moins courants d'expansion commerciale à l'étranger (par co-entreprise et contrat de représentation géographique).

Sont ensuite exposés les facteurs à prendre en considération lors du choix de la méthode appropriée pour une expansion internationale, et certaines indications relatives à la conduite de la négociation d'un accord de franchise principale. Un certain nombre de facteurs objectifs sont à prendre en compte dans la décision de s'étendre sur le plan international (le marché visé par le franchiseur, y compris les facteurs économiques, les sources de financement disponibles, l'inflation et les taux d'intérêts; la culture du pays d'accueil qui requiert une évaluation des traditions locales, de la religion et de la réglementation locale; le contexte juridique du pays d'accueil, notamment les obligations d'enregistrement, d'autorisations administratives, d'éventuelles restrictions affectant les importations et exportations, la réglementation fiscale etc. ...).

Certains facteurs subjectifs doivent être examinés par le franchiseur lorsqu'il choisit son instrument d'expansion (la nature de l'entreprise susceptible de déterminer l'adéquation du choix de la franchise; la question de savoir si le franchisage est la technique d'expansion la plus rentable compte tenu par exemple des coûts élevés de formation ou de ceux résultant de l'observation de la réglementation locale; l'expérience des parties, le partage des responsabilités et par voie de conséquence le revenu alloué à chacune des parties, le pouvoir décisionnel de chacune d'elles et tout facteur de risque pertinent aussi bien interne qu'externe). Certains facteurs sont indiqués concernant le choix du partenaire.

Le premier chapitre s'achève par une discussion de la négociation et de la rédaction des accords de franchise internationale, et indique pourquoi l'utilisation d'un contrat type est déconseillée. Une attention particulière est prêtée aux problèmes de langue et à une liste d'éléments que devrait envisager le franchiseur lors d'une tentative d'adaptation du système de franchise à un marché étranger.

V. – CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE FRANCHISE PRINCIPALE

Le Chapitre 2 sur *la nature et l'étendue des droits concédés* dans un accord classique de franchise principale, procède à une description du système et présente la manière dont peuvent être exploités les droits concédés, et le lieu où la franchise sera mise en oeuvre. Il souligne les tensions inévitables dans ce domaine (le franchiseur souhaitant limiter les droits du franchisé principal à une zone qui peut être développée et gérée de manière réaliste alors que le franchisé principal désire souvent obtenir des droits sur un territoire plus étendu que ses ressources ne le lui permettraient) et suggère des solutions. La question critique de l'exclusivité des droits concédés au franchisé principal est traitée de façon approfondie et de nombreuses façons de l'envisager sont indiquées; les questions concernant le consentement et les obligations de rendre compte sont abordées dans le cadre du régime des unités sous-franchisées; enfin, ce chapitre pose le problème des relations contractuelles directes entre le franchiseur et le sous-franchisé et relève les différences entre les solutions fournies par les systèmes juridiques. Dans ce contexte, sont particulièrement examinés les problèmes touchant à la propriété intellectuelle et les moyens de protection à cet égard.

Le Chapitre 3 est consacré à *la durée du contrat et aux conditions de son renouvellement*. Les avantages et les inconvénients de la longue durée y sont exposés, ainsi que l'incidence des accords de sous-franchise tripartites à cet égard. Il présente les conditions habituellement posées par les franchiseurs concernant le renouvellement et insiste sur le fait que la condition couramment stipulée dans le cadre du franchisage national que le franchisé principal conclura un nouveau contrat de franchise, pourrait en fait ne pas être appropriée dans le cadre international.

En ce qui concerne les *aspects financiers* des relations de franchise, le Chapitre 4 commence par la redevance initiale de la franchise principale, et examine un certain nombre de facteurs dont les parties doivent tenir compte. L'on relève que s'il n'existe pas de critères précis pour calculer les redevances initiales, il faut savoir que des redevances élevées sont généralement justifiées lorsque le franchisé principal a des attentes fondées concernant le rendement du système dans le territoire d'accueil. Les éléments pour calculer à un montant raisonnable les redevances d'exploitation que devra payer le franchisé principal sont exposés de façon détaillée, étant entendu que ce montant dépendra des redevances que le franchisé principal recevra des sous-franchisés. Le chapitre présente différents modes de calcul de la redevance: selon une échelle mobile, un montant fixe etc., avant de passer aux sources de revenus des franchisés principaux: les redevances initiales et les redevances d'exploitation, les marges réalisées sur la vente de produits aux sous-franchisés (comme dans un contrat de

distribution), un pourcentage du revenu brut, ou le paiement de sommes forfaitaires négociées à l'avance. Les revenus peuvent également dériver de la fabrication de produits par le franchisé principal, ou encore par certains fournisseurs ou producteurs.

Quant aux *montants et modes de paiements*, sont envisagées les questions suivantes: les délais de paiement et les périodes de référence, l'obligation éventuelle du franchisé principal de payer les redevances d'exploitation dues au franchiseur lorsque ses sous-franchisés ne l'ont pas encore payé, les retards bancaires, la conversion de la monnaie du paiement, les autorisations de change, les aspects fiscaux, les problèmes d'imposition tant dans le pays d'accueil que dans le pays du franchiseur, les définitions différentes attachées aux droits d'auteur ("royalties"); les traités de double imposition et les clauses dites de "gross-up".

Le Chapitre 8 concerne les questions de *publicité* et du pouvoir décisionnel à cet égard; ce dernier est à mettre en balance avec la difficulté de gérer un réseau international, et devra tenir compte du fait que le franchiseur a une moins bonne connaissance de l'environnement juridique et culturel du territoire à développer et devra dès lors se fier surtout au sous-franchisé principal pour surveiller la publicité que font localement les sous-franchisés. Parmi les questions traitées, il y a celles de savoir si le franchiseur devra fournir tout le matériel publicitaire ou simplement approuver le matériel proposé par le sous-franchisé principal avec certaines variations, les différences de langues, les lignes directrices ou les critères fournis, la présentation de programmes de commercialisation. Une attention particulière est portée à l'ensemble des questions financières liées à la publicité (méthodes de calcul, charge des coûts, objectifs appropriés des dépenses, les fonds locaux, régionaux et nationaux, les procédures de prise de décision, les contributions des fabricants et des fournisseurs, et quelques questions particulières qui se posent dans le cadre de la publicité internationale).

Un chapitre entier (Chapitre 9) est consacré à la question souvent problématique de la *fourniture* des équipements, produits et services essentiels à la mise en oeuvre de la franchise. Sont traités successivement les produits qui sont spécifiques au système franchisé et qui sont mis en vente aux clients, et les biens d'équipement qui sont nécessaires au fonctionnement de la franchise, en soulignant certaines différences quant à la façon d'envisager ces deux catégories. Il présente plusieurs des considérations particulières qui se posent dans le cadre de contrats internationaux et le traitement accordés à de tels contrats par différents instruments juridiques qui peuvent être applicables (réglementation en matière de concurrence, Conventions des Nations-Unies, etc.).

La question de la *propriété intellectuelle*, en particulier les marques et la question connexe du *savoir-faire* et des *secrets commerciaux*, mériterait un volume entier. Dans le cadre du *Guide*, deux chapitres (Chapitres 10 et 11) y sont consacrés qui devraient être précieux tant pour les praticiens expérimentés que pour les néophytes. Ils traitent des clauses habituellement stipulées, de la question des violations et des problèmes découlant des difficultés rencontrées pour obtenir la protection. Une attention particulière est prêtée aux différences entre certains pays pour ce qui est de certaines pratiques (les sous-licences, les "contrats d'utilisateur inscrit", etc.), et aux effets des conventions internationales, la réglementation des marques, le droit de priorité, etc.

Le chapitre sur le savoir-faire et les secrets commerciaux examine les questions de terminologie et la différence entre la cession et la licence du savoir-faire, cette dernière étant classique dans les accords de franchise. Il est relevé qu'une licence peut être concédée sans exclusivité, ou bien avec une exclusivité soit limitée, soit absolue et les différentes méthodes par lesquelles le savoir-faire est traditionnellement transmis dans le contexte de la franchise sont passées en revue. Sont encore envisagés la protection du savoir-faire dans les accords de franchise principale (par des techniques telles que les clauses de confidentialité, les clauses de non-concurrence, les clauses de concession réciproque et les clauses post-contractuelles), le régime juridique de telles clauses sous l'empire des droits des différents pays – l'Union

européenne a une importance particulière à cet égard –, de même que le traitement que pourra recevoir le savoir-faire développé d'une manière indépendante.

Pour la première fois peut-être dans un traité, le *Guide* traite de *l'adaptation du système* (Chapitre 12). Il relève que les tensions intrinsèques (le franchiseur tentant de conserver la possibilité de modifier le système au fur et à mesure qu'il acquiert de l'expérience, tandis que le franchisé principal et les sous-franchisés préfèrent des obligations clairement indiquées dans un contrat qui n'autorise pas l'adaptation) et les circonstances qui rendront nécessaire d'adapter le système, et en quoi, par exemple, ces circonstances seront différentes selon que le système de franchise est de constitution récente ou plus ancienne. Les modifications peuvent ainsi porter sur l'adjonction ou la suppression de lignes entières de produits, les variations dans l'image du système, l'accroissement des activités publicitaires et promotionnelles, l'augmentation des contributions aux fonds de publicité, ou la modification des critères d'exploitation. Les aspects de la relation les plus enclins à nécessiter une adaptation sont traités avec une attention particulière: l'emplacement et l'affectation des locaux, les territoires concédés, les clients visés, les produits et les services proposés, les méthodes de commercialisation et de distribution, les marques et les signes distinctifs, la rénovation, les contributions aux fonds de publicité, la mise en place de nouveaux programmes de commercialisation ou de critères plus rigoureux. Certaines suggestions sont faites pour rendre les différentes techniques d'adaptation plus attrayantes aux intervenants dans la franchise. Le chapitre conclut sur les contraintes juridiques susceptibles d'affecter la possibilité d'imposer des adaptations.

La question de la *vente*, de la *cession* et du *transfert* des accords de franchise principale revêt une importance croissante au fur et à mesure que le réseau franchisé se développe, et fait l'objet d'un examen détaillé. Le Chapitre 13 traite des conditions que les franchiseurs assortissent le plus souvent à leur approbation pour les transferts proposés, et analyse leurs fondements ainsi que d'autres solutions possibles.

Les questions de la *responsabilité du fait d'autrui*, de *l'indemnisation* et de *l'assurance* sont généralement liées au souci du franchiseur de limiter la responsabilité qu'il peut encourir envers les tiers et sont des sources croissantes de contentieux. Le Chapitre 14 qui leur est consacré présente les moyens d'éviter que ne surgissent les litiges, les précautions à prendre lors de la rédaction du contrat, et la façon de conduire les relations en cours de manière à éviter que ne soit engagée la responsabilité du fait des actes ou omissions des sous-franchisés. Un ensemble de systèmes d'indemnisation et d'assurance est présenté.

Un chapitre entier (Chapitre 15) est consacré aux *sanctions de l'inexécution des obligations* avec les deux inexécutions essentielles du sous-franchisé principal concernant ses obligations de développement du réseau, et sa défaillance en tant que "franchiseur principal" dans le pays d'accueil. Il aborde en premier lieu les sanctions alternatives à la résiliation du contrat, qui permettent de préserver les relations entre les parties; les dangers de formulations trop générales sont soulignés, de même que les différentes solutions concernant les délais de préavis et les possibilités offertes de remédier à l'inexécution. Finalement, sont envisagées les différentes sanctions possibles, avec leurs avantages et inconvénients. Ce chapitre, qui emprunte énormément à l'expérience des auteurs, sera peut-être l'un des plus précieux pour les lecteurs.

La *fin du contrat* et ses conséquences, font l'objet du Chapitre 16 du *Guide*. Il existe, plus qu'on ne le croit, de nombreuses façons selon lesquelles un contrat peut prendre fin. Chacune d'elles demande à être envisagée au contrat, et peut se voir appliquer des considérations juridiques différentes. Par exemple, parmi les effets à l'égard du sous-franchisé de l'arrivée à terme ou de la résiliation, on peut citer la perte des droits à développer le réseau dans le futur, la cessation d'activité en tant que franchiseur des sous-franchisés, l'interruption de l'utilisation des droits de propriété intellectuelle du franchiseur (notamment les marques, les documents

protégés par le droit d'auteur, la formule du système, le savoir-faire et les informations confidentielles), le retrait des signes distinctifs du réseau franchisé pour chaque unité appartenant au sous-franchisé principal, le transfert de tous les accords de sous-franchise au franchiseur, une période de non-concurrence et la vente de certains biens au franchiseur.

VI. – INFORMATIONS QUE NE RENFERMENT PAS LES AUTRES SOURCES

Le *Guide* renferme des informations qui en font un instrument extrêmement précieux du fait que les autres sources en matière de franchisage international sont excessivement rares. Le *Guide* présente notamment:

- un certain nombre de clauses importantes que l'on rencontre dans les accords de franchise principale, avec une mise en garde à l'intention du lecteur concernant leur efficacité au regard des lois pertinentes applicables. L'importance du préambule est soulignée, et les clauses présentées concernent notamment l'autonomie des dispositions contractuelles ou celles stipulant le caractère entier du contrat, les causes d'exonération, la force majeure et le *hardship*, le cumul des droits et des obligations, les notifications, et les dommages-intérêts compensatoires.
- les documents annexes qui complètent ou précisent les obligations des parties qui n'ont pas été consignées dans l'accord de franchise principale. Les documents annexes peuvent précéder l'accord de franchise principale (par exemple les accords de co-entreprise ou les lettres d'intention) ou succéder à leur conclusion (par exemple, un accord de transfert). Certains peuvent être nécessaires dans des circonstances particulières (par exemples les lettres de crédit et les contrats de financement). Ils peuvent être utilisés pour distinguer les conditions issues de négociations particulières, des stipulations essentielles contenues dans l'accord de franchise principale, ou encore pour lier des tiers qui ne seraient pas tenus par les conditions de l'accord de franchise principale (par exemple les employés qui souscrivent un engagement de non-concurrence). Les changements dans les relations entre les parties peuvent aussi être rapportés dans les documents annexes, et ceux-ci peuvent être utilisés pour satisfaire à la réglementation d'un pays donné.
- les documents annexes généralement utilisés dans le cadre de contrats de franchise principale (traitant par exemple de la confidentialité, de la non-concurrence, des cautionnements et dommages-intérêts, des transferts, de la fin du contrat et de la renonciation à certains recours et actions); ceux requis pour le fonctionnement de la franchise (traitant par exemple de l'approvisionnement, de l'achat ou de la location d'équipements spécifiques et de la licence de logiciels); ceux requis par la nature de certaines opérations (par exemple les lettres d'intention, les contrats de co-entreprise, les accords relatifs aux modes de paiement, et aux opérations financières), et ceux requis par la réglementation locale (tels que les contrats de licence de marque et les contrats d' "usager inscrit");
- Certaines exigences de nature réglementaire que le franchiseur peut rencontrer lorsqu'il signe le contrat international, et qui pourraient ne pas s'appliquer aux contrats internes. Un certain nombre d'exemples sont fournis qui pourront utilement servir d'aide-mémoire. Le chapitre conclut en indiquant qui a la charge d'obtenir les autorisations ou de se conformer aux exigences.

Le *Guide* contient enfin différentes annexes présentant des informations sous une forme plus facile à consulter que si elles ne se trouvaient dans le corps du livre:

- L'Annexe 1 présente un résumé des différentes formes que peut revêtir la franchise, et met l'accent sur la franchise d'exploitation d'entreprise ("*business format franchising*"); les avantages et les inconvénients du franchisage sont illustrés pour chacune des parties au contrat;
- L'Annexe 2 expose tout d'abord la dimension économique du franchisage. Des données statistiques sont présentées pour illustrer l'incidence du franchisage dans les économies de différents pays. Les avantages du franchisage pour les économies nationales sont mis en lumière, notamment pour ce qui est des pays en développement. Enfin, une liste indique un ensemble d'activités commerciales en franchise;
- L'Annexe 3 concerne les lois et réglementations spécifiquement applicables au franchisage, outre la réglementation régissant les contrats commerciaux ou les droits de propriété intellectuelle. Elle énumère les domaines juridiques pertinents en matière de franchisage (droit général des contrats, droit de la représentation et autres accords de distribution, droit du crédit-bail et des sûretés, législation relative aux investissements financiers, droit de la propriété intellectuelle, droit de la concurrence, droit de certaines pratiques commerciales, droit des sociétés, droit fiscal, droit de la propriété, protection des consommateurs et responsabilité du fait des produits, droits des assurances, droit du travail, lois relatives au transfert de technologies, lois réglementant les investissements étrangers, les contrôles des changes et les restrictions aux importations ou quotas, réglementations en matière de co-entreprises et toute autre loi ou réglementation propre à l'activité commerciale considérée);
- L'Annexe 3 présente ensuite les législations spécifiques réglementant le franchisage aux Etats-Unis, au Canada, en France, en Espagne, au Brésil, au Mexique, en Indonésie, au Japon, en République de Corée, dans la Fédération de Russie, en Australie et dans l'Union Européenne. L'annexe présente pour finir le code de déontologie adopté par la Fédération européenne de la franchise et divers codes de déontologie adoptés par des associations fédérales. Ces informations seront complétées par des mises à jour sur le site Internet de l'Institut.

VII. – CARACTERISTIQUES SPECIFIQUES DES ACCORDS DE FRANCHISE PRINCIPALE

Même si la plus grande partie du *Guide* est également applicable à une grande variété d'accords de franchise, il traite principalement des accords de franchise principale, qui est la technique la plus généralement utilisée dans les accords transfrontaliers. Les sujets qui font l'objet des différents chapitres sont examinés dans chacun de ceux-ci sous l'angle spécifique de la franchise principale et deux chapitres lui sont entièrement consacrés.

Ces chapitres (Chapitres 5 et 6) présentent les obligations du franchiseur et du franchise principal dans les contrats de franchise principale: celles qui, par leur nature, sont exécutées par l'un ou par l'autre, et celles qui sont généralement mises à la charge du franchiseur et du franchise principal selon les négociations. Le *Guide* souligne la nature double des obligations du franchise principal, à l'égard du franchiseur d'une part et à l'égard du sous-franchise d'autre part, avec les tensions que cela peut engendrer. S'ils voient avantage à ce que les franchise principaux disposent d'un droit d'action indépendante, les franchiseurs ressentent néanmoins le besoin de réserver certaines matières pour eux seuls, et leurs droits à cet égard seront stipulés dans l'accord de franchise principale. Le *Guide* expose les droits et obligations respectifs des parties, sous réserve de l'application des réglementations ou pratiques locales.

Ce chapitre expose aussi l'obligation du franchiseur de fournir les informations nécessaires au franchisé principal, tant au stade du lancement du système franchisé, qu'ultérieurement lorsque le territoire se développe, de même que de fournir une formation à la fois initiale et continue, ainsi que les obligations qui découlent de l'échec de la formation. La fonction des manuels et leur adaptation aux changements de circonstances ainsi que les autres formes d'assistance de la part du franchiseur, comme la fourniture de produits au franchisé principal et aux sous-franchisés, la promotion du système du franchiseur, et la protection des marques, sont également passées en revue. Les caractéristiques de la franchise principale dans le contexte international sont évoquées: les auteurs font ressortir par exemple qu'en ce qui concerne l'information initiale, le franchisé principal a généralement connaissance de la réglementation applicable et des marchés locaux, et qu'il pourra juger des modifications qu'il convient d'apporter au système. Les auteurs suggèrent que soit prévu dans un manuel du franchisé principal ses fonctions pour recruter ses sous-franchisés, et son rôle de franchiseur à l'égard des sous-franchisés et de promoteur du système.

Le *Guide* observe que le contrat de franchise principale assortit les obligations du franchiseur d'un droit de contrôle et de supervision du système: ainsi, le franchiseur pourra effectuer des visites au franchisé principal et se rendre dans les locaux de celui-ci ou des sous-franchisés. Ces inspections visent à obtenir de meilleurs résultats d'exploitation, mais elles permettent aussi au franchiseur de mieux comprendre les marchés locaux. Un second exemple est la fourniture de produits par le franchiseur.

Un autre chapitre (Chapitre 6) examine le rôle du franchisé principal dans les relations de franchise principale. Il présente les opérations pilotes, les fonctions des plans de développement et les problèmes qui lui sont liés, ainsi que les obligations du franchisé principal dans le cadre du fonctionnement de la franchise. En ce qui concerne les opérations pilotes, le *Guide* illustre l'opportunité de réaliser une unité prototype initiale tant pour tester le marché qu'en tant qu'exemple pour les sous-franchisés. De plus, il est noté qu'il peut être exigé des franchisés principaux qu'ils ouvrent plusieurs unités avant d'être autorisés à sous-franchiser, afin d'assurer qu'ils disposent d'une expérience suffisante dans le fonctionnement des unités pour soutenir les sous-franchisés efficacement.

La section consacrée à la négociation du plan de développement évoque la possibilité de mesurer les obligations du franchisé principal selon le nombre d'unités ou en volume de ventes. Le taux de croissance annuel requis en nombre d'unités et le taux de croissance cumulée font généralement l'objet de négociations serrées pour déterminer le rôle du franchisé principal quant au développement local. La concession de droits exclusifs durant la période de développement est un aspect important de la plupart des accords de franchise principale. Les auteurs font état des préoccupations des franchisés principaux que leurs obligations de développement pourraient les empêcher de se consacrer à d'autres objectifs dans le fonctionnement des unités. Certains risques afférents aux projections excessivement optimistes sont soulignés, comme celui où le franchisé principal serait poussé à accepter des sous-franchisés qui ne répondent pas aux critères qu'il exigerait normalement. Le *Guide* recommande que le franchisé principal élabore une programmation commerciale avant de conclure le contrat, et que le rythme de développement proposé fasse partie intégrante du programme commercial élaboré par le franchisé principal.

D'autres difficultés afférentes à l'élaboration d'un plan de développement approprié tiennent à l'introduction d'un nom inconnu ou d'un système nouveau dans le territoire du franchisé principal. Des complications additionnelles sont introduites lorsque les plans de développement prévoient l'ouverture d'unités satellites, qui diversifient les services fournis aux clients. Il est évident qu'il est encore plus difficile de prévoir, lors de la conclusion initiale du

contrat de franchise principale, un plan de développement relativement à la période de renouvellement, et que plus les projections sont à long terme, et plus elles deviennent aléatoires. Un certain nombre de solutions sont suggérées pour pallier ces incertitudes – aucune d'entre elles évidemment n'étant complètement satisfaisante.

Dans le cadre des obligations à la charge des franchisés principaux prévues dans le contrat de sous-franchise, sont passées en revue l'application des critères de sélection des sous-franchisés, les procédures de formation des franchisés et la durée des accords de sous-franchise. L'on observe que l'accord de franchise principale impose nécessairement aux sous-franchisés des obligations financières et des obligations de rendre compte. Une partie ou la totalité des informations et des rapports initialement fournis par les sous-franchisés au franchisé principal doivent aussi en règle générale être communiqués par celui-ci au franchiseur, après en avoir vérifié l'exactitude. Le *Guide* examine également l'obligation du franchisé principal d'assurer le respect des règles relatives à la protection des marques et de superviser l'utilisation des marques par les sous-franchisés.

Il est également fait mention des problèmes importants, notamment dans la rédaction, qui se posent lors de la préparation du contrat de sous-franchise. Il est observé que l'accord de franchise principale prévoit généralement l'obligation de préparer le modèle de contrat de sous-franchise qui sera utilisé entre le franchisé principal et les sous-franchisés. Généralement il est requis du franchisé principal d'utiliser le contrat type de franchise fourni par le franchiseur, ou encore le franchisé principal peut soumettre pour approbation au franchiseur l'exemplaire du contrat de sous-franchise. Dans le premier cas, une certaine latitude est généralement concédée au franchisé principal pour suggérer certaines adaptations tenant compte des exigences juridiques et commerciales existant sur son territoire. Dans les deux cas, les contrats de franchise interne utilisés par le franchiseur dans son propre pays peuvent constituer un bon point de départ; en revanche, des difficultés peuvent se présenter à cet égard si le type de franchise mis en oeuvre par le franchiseur dans son propre pays n'est pas celui de la franchise principale.

Finalement, les auteurs notent que lorsqu'un contrat type est exigé, le franchisé principal est souvent soumis à de nombreuses restrictions pour pouvoir l'adapter. L'obligation du franchisé principal de faire respecter les accords de sous-franchise est généralement prévue. La pratique diffère entre les franchiseurs en ce qui concerne l'approbation de chacun des sous-franchisés et les dispositions de chacun des contrats de sous-franchise. En général cependant, tout écart par rapport à la forme convenue requiert l'accord du franchiseur. Les auteurs désapprouvent le fait que le franchiseur ait des droits aussi étendus qui alourdissent l'opération et accroissent sa responsabilité potentielle, et se disent favorables à ce que le franchisé principal ait la charge de la rédaction des contrats de sous-franchise, quitte à ce que le franchiseur fournisse les termes de certaines dispositions impératives. Les exemples fournis concernent la description du système franchisé, l'étendue des droits octroyés, et la délimitation politique et/ou géographique du territoire. Certaines clauses que le franchiseur pourrait exiger sont fournies.

Il est souligné l'importance que les contrats de sous-franchise prévoient ce qui se produira lorsque le contrat de franchise principale prendra fin (par exemple, est-ce que les accords de sous-franchise prendront fin également?). Il est donc utile que le sous-franchisé accepte que les droits du franchisé principal seront repris par le franchiseur dans un tel cas.

Le *Guide* suggère que le franchisé principal devrait être tenu d'indiquer au franchiseur toute clause d'un contrat type de sous-franchise qui ne serait pas autorisée en vertu des lois locales, puisqu'une telle clause serait privée d'effets et dans des cas extrêmes pourrait rendre nulle la totalité du contrat. Les problèmes liés à l'exécution des contrats de sous-franchise sont exposés et sont accompagnés de suggestions pour les résoudre de manière efficace.

VIII. – CONSEILS D'UTILISATION DU *GUIDE*; QUELQUES MISES EN GARDE

Bien que ce *Guide* ait été rédigé par des praticiens expérimentés représentant les franchiseurs et les franchisés principaux, un effort particulier a été fait pour le rendre utile à des utilisateurs potentiels très différents: franchiseurs, franchisés principaux, sous-franchisés, avocats et conseils représentant ces opérateurs, fonctionnaires, organes de presse générale et spécialisée dans les relations commerciales, et dans le milieu universitaire, aux enseignants et aux étudiants.

Comme en règle générale pour toute publication, une mise en garde s'impose. Même si les auteurs se sont efforcés de présenter ce qui leur semble être les "meilleures pratiques", ils sont conscients que les "meilleures" ne signifie pas les seules. De plus, l'évolution rapide de la nature du franchisage et des réglementations qui lui sont applicables – législations, règlements, jurisprudence – implique que le *Guide*, notamment l'Annexe 3, demandera à être périodiquement mis à jour. De même que les contrats types et les lois modèles supposent que les réglementations et la pratique ne changent pas, il en ira de même pour la présentation qui est faite des "meilleures pratiques". Et pourtant nous savons que rien n'est immuable dans le domaine du franchisage.

Malgré cette précision, le *Guide* fera certainement partie de la documentation indispensable pour tous ceux veulent comprendre le franchisage international. Dans les bibliothèques des pays en développement, on peut penser qu'il pourra devenir le seul volume de référence en la matière.

