

UNIDROIT 1986
Etude LXVIII - Doc. 1
(Originaux: anglais/français)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

LE CONTRAT DE FRANCHISAGE

Etude préliminaire préparée par Mlle Lena Peters (Rome) et

Mlle Marina Schneider (Strasbourg), et questionnaire rédigé

par le Secrétariat d'Unidroit

Rome, octobre 1986

ERRATA

A page 1, note (3), lire :

- (3) Aldo FRIGNANI "Nuove riflessioni in tema di franchising", Giurisprudenza italiana, janvier 1980, 4^{ème} Partie, 204.

A page 42, note (2), lire :

- (2) Pretura di Roma, Ordinanza 11 juin 1984, Giurisprudenza italiana, décembre 1985, 1^{ère} Partie, Section II, 710, note A. FRIGNANI.

A V A N T P R O P O S

A sa 64ème session tenue en mai 1985, le Conseil de Direction a demandé au Secrétariat de rédiger un rapport préliminaire sur le contrat de franchisage en vue de décider si le sujet devait être inclu dans le nouveau programme de travail pour la période triennale 1987 à 1989.

Le rapport a été examiné par un sous-comité du Conseil de Direction au cours de sa 65ème session en avril 1986. Reconnaisant que le franchisage soulève de nombreux problèmes juridiques, dont certains ne semblent pas pouvoir être réglementés au plan international, le sous-comité est arrivé à la conclusion que le sujet devrait être inclu au nouveau programme de travail.

Le Conseil de Direction a souscrit à cette recommandation du sous-comité et a demandé au Secrétariat de soumettre le rapport, avec un questionnaire destiné à obtenir des informations supplémentaires, aux Gouvernements, aux milieux professionnels et aux experts en la matière. Le questionnaire est joint ci-après en annexe au rapport.

TABLE DES MATIERES

	page
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I - LA DEFINITION DU FRANCHISAGE	5
1. Définitions des législations existantes ...	6
2. Définitions des associations de franchisage	19
3. Définitions des tribunaux	21
4. Le contrat de franchise et les autres contrats de distribution	26
(i) La nature du contrat	26
(ii) Franchise et autres contrats de distribution	27
CHAPITRE II - LES PROBLEMES POSES PAR LA FRANCHISE	31
1. L'indépendance du franchisé	31
2. Le franchisage et la législation anti-trust	34
3. Le franchisage international	35
4. Les abus	37
5. La fin du contrat	41
(i) Le sort des stocks	42
(ii) La clause de non concurrence	44
(iii) L'indemnité de clientèle	46
CONCLUSIONS	48

ANNEXE - QUESTIONNAIRE RELATIF AUX CONTRATS DE FRANCHISAGE.

INTRODUCTION

Le terme franchisage (1) indique un type de contrat relativement nouveau en Europe. Il n'existe pas de définition exacte du contrat de franchise - chaque auteur, loi (lorsqu'elle existe) ou Cour le définit de façon différente.

Cela est en effet illustré par le Rapport du Comité ad hoc américain sur le franchisage qui établit :

"The term "franchise" as used in the business world, has been applied so indiscriminately, and to such diverse business arrangements, as to defy consistent definition. At one extreme it is a simple grant from one party to another to sell the granting party's goods. At the other extreme, a franchise relationship is a comprehensive business arrangement in which the franchisor licenses his trade name and trade mark; imparts, in confidence, his know-how, and on a continuing basis, provides guidance and details concerning the precise manner in which the franchisee must operate his establishment" (2)

Plus loin, le Rapport poursuit:

"While the term encompasses a broad range of marketing systems, much of the business community has come to think of a "franchise" as primarily a device for exploiting an established trademark or tradename." (3)

A l'origine, le franchisage est venu des Etats-Unis où il s'est développé comme système de vente de produits et de services. L'on pense qu'il est né après la guerre de Sécession lorsqu'il était à la fois dangereux et difficile pour un producteur de la côte Est de distribuer ses produits dans l'Ouest ou le Sud du pays. Le véritable essor se produisit après la Deuxième Guerre Mondiale. Cela était dû au manque de moyens financiers qui a fait obstacle de façon considérable à l'expansion commerciale des petites et moyennes entreprises.

(1) Tout au long du texte, nous emploierons indifféremment les termes "franchisage" et "franchise" pour désigner la même expression juridique ultérieurement définie. La doctrine française utilise également le terme "franchising" mais un arrêté du 29 novembre 1973, relatif à la terminologie économique et financière, a consacré l'appellation de "franchisage". Nous limiterons cependant l'emploi du terme "franchising" aux citations d'auteurs anglophones.

(2) Report of the ad hoc Committee on Franchising (1969) CCH Trade Reg Supp December 15, 1969, p. 5, in Austin T. STICKELLS, Federal Control of Business, Antitrust Laws, Rochester/San Francisco 1972, p. 237, note 1.

(3) Ibid., p. 7.

Après son formidable succès aux Etats-Unis, le franchisage arriva en Europe, au départ comme forme d'exploitation du marché européen par les franchiseurs américains (Coca-Cola, Hertz, Avis), puis comme contrat conclu uniquement entre partenaires européens (Prénatal, Pronuptia, Standa, Coin Rinascente, Sarma, Nordsee) (1)

Chaque Etat européen a cependant adapté le franchisage aux besoins de son propre marché, au goût de ses consommateurs, ainsi qu'aux dispositions de son système juridique (2). Cela explique en partie les différences que l'on trouve à l'examen des définitions de ce qui est réellement le contrat de franchise. Dans la perspective de cette étude qui consiste, brièvement, à analyser le phénomène du franchisage en vue d'une éventuelle loi uniforme, il faut en trouver une définition. Bien entendu, à ce stade il s'agira davantage d'une explication de ce que l'on a appelé franchisage, ainsi qu'une illustration des différences entre les définitions, apparues pendant l'examen du phénomène.

L'étude se poursuivra en examinant les différents problèmes que pose le franchisage, comme par exemple, les abus les plus courants, le problème de l'indépendance ou de la dépendance du franchisé, le sort des stocks à la fin du contrat, etc. Pour finir, nous évoquerons les remèdes adoptés par la législation existante, ou par celle proposée dans les différents pays, ainsi que par les associations de franchisage à travers les codes de déontologie qu'elles ont adoptés.

Etant données les difficultés que pose la tentative d'adoption d'une loi uniforme ou d'une convention sur le franchisage, la première question qui vient à l'esprit est de savoir si cela est seulement possible, et ensuite, si cela en vaut la peine. Ce travail tentera de donner les éléments nécessaires pour répondre à la première question. L'examen de l'importance économique du phénomène répondra mieux à la seconde.

Grande Bretagne. Le chiffre d'affaires du franchisage a atteint £ 1 milliard.

Il y a 8.000 points de vente qui emploient plus de 70.000 personnes. Le franchisage a triplé au cours des cinq dernières années, et l'on pense en toute confiance qu'il se multipliera par cinq dans les cinq prochaines années. L'on pense que le chiffre d'affaires atteindra £ 5 milliards en 1989, et emploiera 350.000 personnes (3). La croissance des entreprises en franchise

(1) Aldo FRIGNANI "Nuove riflessioni in tema di franchising" (Giurisprudenza italiana, janvier 1980, p. 204).

(2) Ibid.

(3) Tony DUTFIELD, Franchising in Great Britain, info (Publication de la Chambre de Commerce française de Grande Bretagne) vol. 7 n° 2, mars-avril 1985, p. 5.

est de 12% par an (1). L'on estime que le franchisage représente environ 10% du marché de la vente au détail (2).

France. L'on estimait, début 1981, que le nombre de franchiseurs était de 330, et celui des franchisés de 13.891. En 1971, les chiffres étaient respectivement de 34 et 2.000. Le chiffre d'affaires du franchisage était estimé en 1980 à FF 44-50 milliards représentant 6-7% du chiffre d'affaires total du secteur de la distribution (3).

Belgique. En 1981, il y avait 64 franchiseurs et environ 2.000 franchisés avec un chiffre d'affaires de plus de FB 50 milliards. En 1980, les ventes en franchise représentaient 3% des ventes du commerce de détail, et environ 4% de celles du commerce indépendant (4).

Pays-Bas. Fin 1983, il y avait 185 franchiseurs et 5.796 franchisés. Ces chiffres représentent une augmentation, depuis 1981, respectivement de 6,3% et de 63,6%. Au cours de la même période, les personnes employées par les franchisés ont augmenté de 69,6% (24.925). Les ventes des franchisés ont pratiquement doublé, la croissance étant de 94,1%, pour atteindre le chiffre de NFL 8.793.900.000 (5), les services automatisés, les activités industrielles, l'embouteillage des boissons non alcoolisées étant exclus de cette statistique.

Suède. Il y a environ 50 franchiseurs et 490 franchisés. En 1983, le chiffre d'affaires des 410 franchisés et des 90 branches des 30 franchiseurs, membres de l'Association suédoise de franchisage, était d'environ SKR 1,2 milliards (6).

République fédérale d'Allemagne. Il y avait en janvier 1984 plus de 310 franchiseurs et de 60.000 franchisés. Le chiffre d'affaires s'élevait en 1982-83 à environ 93 milliards de DM, qu'il faut porter à DM 105 milliards

-
- (1) Jean Louis BARROIS, Franchise-Franchise, info vol. 7 n° 2, mars-avril 1985 p. 7. Comme chiffre d'affaire total de la franchise, Barrois donne le chiffre de £ 1.041.000.000.
 - (2) Andy POLLOCK, Expanding your business by franchising, info vol. 7 n° 2, mars-avril 1985, p. 25
 - (3) Bulletin financier de la Banque Bruxelles Lambert, Le franchising: une formule insuffisamment exploitée, 17 décembre 1982, publié également par Problèmes économiques, 6 janvier 1983, n° 1.805, p. 23, sous le titre "Le franchisage, avantages et contraintes".
 - (4) Ibid.
 - (5) Dutch Franchising Association, Franchising in the Netherlands, year: 1983, Based on: Business Format Franchising.
 - (6) Kommittédirektiv, Franchising, Dir. 1984: 37, exposé par le Chef du Département de Justice, Wickbom M.P.

étant donnés certains facteurs inconnus. L'entreprise en franchise représente environ 22 à 25% du chiffre d'affaires du commerce de détail. L'on estime que pour la période 1984-1994, cette partie du marché atteindra 33% (1).

Etats-Unis. Au moins un tiers de toutes les ventes au détail se fait par le biais de la franchise, avec approximativement 2.000 entreprises qui proposent le franchisage (2). Ce chiffre inclut les vendeurs d'automobiles et les pompistes, ce qui, le plus souvent, n'est pas le cas en Europe. Dans le secteur automobile, la part de la franchise est de 80% du marché.

Les chiffres ci-dessus donnent une idée de l'étendue du phénomène aujourd'hui. Lorsque cela était possible, nous avons indiqué le taux de croissance. Le franchisage est un système qui s'est développé dans les secteurs les plus divers. Mendelsohn, dans son "Guide to Franchising", donne 65 domaines principaux, avec quelques subdivisions, particulièrement dans le secteur alimentaire (3). Cette liste inclut, parmi d'autres, les domaines suivants: services de comptabilité/fiscalité; agriculture; galeries d'art; centres de diagnostic-automobile; location/leasing automobile; salons de beauté et d'amin-cissement; construction; terrains de camping; produits chimiques d'entretien; cosmétiques; équipement pour la présentation de nourriture et boissons; divertissement; secteur alimentaire; clubs de santé; approvisionnements et services industriels: motels; services contrôle pesticides; services d'imprimerie/photocopie; édition, écoles/instruction; sport/récréation; agences de voyage; systèmes de conditionnement de l'eau, ainsi que des produits et services variés.

(1) Dr Knigge Franchise Management GmbH, Pressenotiz, München 19 janvier 1984.

(2) Tony DUTFIELD, Franchising in Great Britain, info vol. 7 n° 2, mars-avril 1985, p. 5.

(3) Martin MENDELSON, The Guide to Franchising, 3^e ed. Oxford, 1982.

CHAPITRE I - LA DEFINITION DU FRANCHISAGE

L'absence d'une définition exacte est sans aucun doute une difficulté majeure lorsque l'on pense à une éventuelle disposition uniforme pour le franchisage. Comme nous l'avons mentionné dans l'Introduction, chaque auteur, cour ou loi (lorsqu'il en existe une) donne sa propre définition, incluant des points nécessaires à son propre système juridique, mais n'ayant pas la même importance, ou même de sens, dans un autre système. Dans nos recherches pour ce travail, nous avons trouvé plus de trente définitions.

Dans son essence, le franchisage peut être considéré comme un système de vente d'un produit ou d'un service. Il s'agit d'un contrat entre une partie (le franchiseur) et une autre partie (le franchisé) par lequel le premier autorise le second à vendre un certain produit ou service sous sa marque, nom commercial ou enseigne, moyennant le paiement d'un droit d'entrée, d'une redevance, ou des deux. C'est cependant le franchisé qui fait l'investissement nécessaire au commerce - il est commerçant à part entière et non pas un employé du franchiseur. Le transfert de know-how est la caractéristique de la franchise. Cela prend la forme pour le franchiseur d'une obligation d'aider le franchisé dans la conduite de son commerce, dans l'organisation du magasin et du travail. Le franchisé doit à son tour suivre les instructions reçues et agir conformément à sa formation. Ces instructions peuvent également porter sur l'équipement du magasin, et/ou sur les uniformes des employés (voir par exemple McDonald's).

La raison derrière tout cela est simple: le franchiseur offre au franchisé la possibilité d'utiliser sa marque, son nom commercial, ou son enseigne. Ces marque, nom commercial ou enseigne sont connus, ce qui signifie que le franchisé en bénéficie, ayant déjà une clientèle potentielle. En même temps, le franchisé a investi son propre argent, et n'est pas, par conséquent, un employé du franchiseur. Comme, cependant, il entre à faire partie d'un réseau de magasins organisés d'une manière semblable, il doit maintenir les standards et les procédés mis au point par le franchiseur, de façon à ne pas discréditer ses collègues franchisés et le franchiseur. Cela explique la nécessité de la formation assurée par le franchiseur, de l'uniformité de l'équipement commercial des parties contractantes - pour le public, ils apparaissent comme appartenants à une chaîne avec un seul propriétaire.

Bien entendu, le franchiseur voudra avoir les moyens de contrôler la conformité du franchisé avec les modèles et procédés qu'il a mis au point. Le contrat de franchise pourvoit, par conséquent, à un tel contrôle ou "intérêt continu". Survient ici un problème concernant la nature du

contrôle. S'il est trop contraignant, le franchisé court le risque d'être considéré comme employé du franchiseur au lieu d'être un commerçant indépendant. Il faut par conséquent trouver un équilibre entre le besoin pour le franchiseur de contrôler le franchisé, et l'indépendance de ce dernier (voir le chapitre qui concerne l'indépendance du franchisé).

Il n'existe que peu de lois sur le franchisage. Tente-six Etats américains, l'Alberta au Canada, ainsi que le Japon, ont adopté des réglementations. Jusqu'à présent il n'existe aucune réglementation particulière en Europe, même si des propositions ont été faites en France, et si la possibilité ou la nécessité, de l'intervention du législateur a été discutée, ou l'est encore dans d'autres pays. La plupart des lois adoptées aux Etats-Unis sont spécifiques à certaines catégories, comme par exemple le secteur automobile, dont les contrats ne seraient pas considérés en Europe comme contrat de franchise. La Conférence sur l'Uniformisation des lois au Canada a élaboré le Uniform Franchises Act qui présente un intérêt particulier pour cette étude dans la mesure où il tend à créer une loi uniforme dans un Etat fédéral qui comprend des provinces de Common Law et de Civil Law.

Les différents codes de déontologie adoptés par les associations nationales de franchisage, y compris celui adopté au niveau européen, sont également intéressants, mais ne définissent pas le franchisage.

1. Définitions des législations existantes

Comment, alors, définit-on le franchisage? Considérant les définitions données par les lois déjà adoptées, nous pouvons citer les suivantes:

California Franchise Investment Law (1970) (1)

Art. 31005. (a) "Franchise" means a contract or agreement, either expressed or implied, whether oral or written, between two or more persons by which:

- (1) A franchisee is granted the right to engage in the business of offering, selling or distributing goods or services under a marketing plan or system prescribed in substantial part by a franchisor; and
- (2) The operation of the franchisee's business pursuant to such plan or system is substantially associated with the franchisor's trademark, service mark, trade name, logotype, advertising or other commercial symbol designating the franchisor or its affiliate; and
- (3) The franchisee is required to pay, directly or indirectly, a franchise fee."

(1) California Corporations Code, Division 5, Parties 1 à 6, art. 31000 à 31516, repris par les lois californiennes de 1970, Chapitre 1.400, approuvé le 18 septembre 1970, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1971.

La définition d'une "franchise" contenue dans la Wisconsin Franchise Investment Law (1971) est presque identique à celle de la California Investment Law, la différence n'étant pas d'une grande importance ("franchisor's business and trademark" à la place de "franchisor's trademark" tout simplement, au 2.).

La loi poursuit indiquant que, à moins qu'il soit spécifiquement établi autre chose, la "franchise" inclut la franchise territoriale, définie comme "any contract or agreement between a franchisor and a subfranchisor whereby the subfranchisor is granted the right, for consideration given in whole or in part for such right, to sell or negotiate the sale of franchises in the name or on behalf of the franchisor" (1).

Avant de passer à une autre loi, faisons quelques réflexions à propos de cette définition. Tout d'abord, elle inclut à la fois des contrats exprès ou implicites, oraux ou écrits, alors que le plus souvent les contrats oraux ou implicites sont plus qu'exclus, le contrat écrit était une condition requise:

New Jersey Franchise Practices Act:

" "Franchise" means a written arrangement for a definite or indefinite period, in which a person grants to another person a license to use a tradename, trademark, service mark, or related characteristics, and in which there is a community of interest in the marketing of goods or services at wholesale, retail, by lease, agreement, or otherwise" (2).

Le fait d'inclure de façon expresse le contrat oral est difficile à comprendre à propos du franchisage. Comment un tel contrat, avec tout ce qu'il comporte, peut-il être "oral" ou même implicite? L'on admet la validité de telles conventions par rapport aux principes généraux des contrats mais la possibilité d'appliquer ce principe général au franchisage dans la pratique est tout au plus négligeable.

En second lieu, le franchiseur et le franchiseé peuvent être une personne physique ou juridique. Cependant, certaines relations sont exclues: une franchise ne peut pas être une transaction entre une holding et son annexe, ou entre sociétés annexes de la même holding, ou encore entre un individu et une société contrôlée par lui (3). Bien sûr, le problème de la

(1) Wisconsin Franchise Investment Law 1971, 553.03 Définitions (2) (4) (a).

(2) New Jersey Franchise Practices Act 1971, Sec. 3a.

(3) Voir la définition du franchisage par la British Franchise Association.

définition du "contrôle" surgit ici. Quand peut-on considérer qu'un tel contrôle existe? L'on répond souvent à cette question de deux façons, par le pourcentage d'actions dans la compagnie, et par l'examen du contrôle réel exercé par le franchiseur sur la politique et la conduite de l'entreprise du franchisé. Il s'agit essentiellement d'une question de degré de contrôle, puisqu'une certaine dose est nécessaire dans l'intérêt de tous ceux qui utilisent la marque, le nom commercial ou l'enseigne.

En troisième lieu, la définition de la franchise territoriale pose la question de l'exclusivité territoriale. Cela peut, ou non, faire partie du contrat de franchise, mais en général il y a une clause relative aux droits exclusifs du franchisé sur un territoire particulier désigné pour lui par le franchiseur. Le franchiseur s'engage alors à ne pas accorder d'autres franchises dans ce territoire particulier, et le franchisé s'engage à ne pas étendre son entreprise en dehors. L'on a souvent examiné cette clause sous l'angle des pratiques restrictives, et la Cour de justice des communautés européennes l'a fait très récemment dans l'affaire Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main et Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Hamburg (1). Dans cette affaire la Cour a décidé que les clauses d'un contrat qui réalisent un partage des marchés constituent des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1^{er}, du Traité de Rome, et sont, de plus, susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres de la Communauté.

Enfin, l'activité d'un sous-franchiseur - la vente d'autres franchises - est dangereusement proche de l'un des abus les plus fréquents et condamnés dans le domaine de la franchise, c'est-à-dire ce que l'on appelle "la vente à la boule de neige" ou encore vente pyramidale (voir la section sur les abus).

Le Uniform Franchises Act rédigé par la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada contient la définition suivante :

" "franchise" means either or both of the following in respect of which a franchise fee is payable:

- (a) the right to
 - (i) engage in a business of offering, selling or distributing goods or services under a marketing plan or system prescribed or controlled by a franchisor, and,
 - (ii) engage in a business that is associated with the franchisor's trademark, service mark, trade name, logotype, advertising or any business symbol designating the franchisor or its associate,
- or

(1) Affaire 161/84 du 28 janvier 1986 de la Cour de justice des communautés européennes. Voir la partie de cette étude consacrée à la législation anti-trust pour plus de détails.

- (b) the right to sell or negotiate the sale of a franchise described in clause (a) for a stipulated area;"

Plus loin:

" "franchise agreement" means a contract, agreement or arrangement, either expressed or implied, whether oral or written, between two or more persons whereby a person is granted a franchise, but does not include contracts, agreements or arrangements between manufacturers;"(1)

Deux points intéressants peuvent être relevés ici. Tout d'abord, le "marketing plan or system" se retrouve aussi dans d'autres définitions. L'on peut penser que cela concerne à la fois la chaîne des franchisés et les méthodes adoptées par le franchiseur, ce qui nous ramène à la question de la formation du franchisé, de la nécessité pour le franchisé d'adopter ces méthodes ainsi que les signes extérieurs de l'entreprise. Se pose en second lieu la question des parties contractantes. Selon la définition ci-dessus, le contrat de franchise ne comprend pas de contrat, convention ou arrangement entre fabricants. Cela contraste cependant avec ce qu'implique d'autres définitions selon lesquelles le franchisage est "un système de collaboration entre un producteur (ou revendeur) de biens ou de services (franchiseur) et un distributeur (franchisé), juridiquement et économiquement indépendants l'un de l'autre, mais liés par un contrat en vertu duquel le premier accorde au second la faculté de faire partie de sa chaîne de distribution, avec le droit d'exploiter, sous certaines conditions et moyennant le paiement d'une somme d'argent, les brevets, marques, noms et enseigne, ou même une simple formule ou secret commercial qui lui appartient."(2) Il est clair qu'une formule ou un secret commercial sont concédés par un producteur à un autre, mais une telle relation n'est pas envisagée par le Canadian Uniform Act.

L'un des auteurs consultés estime, comme la plupart de ses confrères, que les parties au contrat de franchise sont:

- (a) producteur et grossiste;
- (b) producteur et détaillant;
- (c) entreprise de services et détaillant;
- (d) grossiste et détaillant,

mais non, par exemple, grossiste et grossiste (3). La raison pourrait être

(1) Uniform Law Conference of Canada Proceedings 66th annual meeting, Août 1984, Appendice G, pp. 108-109.

(2) Voir Aldo FRIGNANI: Factoring, Franchising, Concorrenza, Torino 1979, p.38.

(3) Ibid.

que les grossistes travaillent avec des marchandises d'origines diverses, et ne peuvent de la sorte porter aux produits du franchiseur l'attention qu'exige le contrat de franchise. On peut appliquer le même raisonnement à la situation décrite plus haut de deux producteurs, mais on pourrait très bien imaginer une situation dans laquelle ces deux types de franchise seraient possibles, particulièrement dans le franchisage international.

Bien sûr, comme nous l'avons dit plus haut, l'intérêt majeur du Uniform Franchises Act canadien est qu'il peut servir d'exemple de tentative des juristes de systèmes juridiques différents d'arriver à un accord sur le franchisage. Pour l'instant, l'Alberta est la seule province canadienne à avoir une loi en la matière, le Franchises Act de 1971. Avant sa modification en 1982, la Loi sur les valeurs mobilières du Québec se référait également au franchisage, mais elle serait aujourd'hui difficile à appliquer.

Le Alberta Franchises Act, dans son article sur les définitions, établit

"'area franchise' means any contract, agreement or arrangement between a franchisor and a subfranchisor whereby the subfranchisor for consideration given or agreed to be given in whole or in part for that purpose, is granted the right to trade in the franchise;"

Elle poursuit:

" 'franchise' means a contract, agreement or arrangement, either expressed or implied, whether oral or written, between two or more persons by which a franchisee is required to pay directly or indirectly a franchise fee in consideration for any of the following:

- (i) the right to engage in the business of offering, selling or distributing the goods manufactured, processed or distributed or the services organized and directed by the franchisor, or
- (ii) the right to engage in the business of offering, selling or distributing any goods or services under a marketing plan or system prescribed or controlled by the franchisor, or
- (iii) the right to engage in a business which is associated with the franchisor's trademark, service mark, trade name, logotype, advertising or any business symbol designating the franchisor or its associate, or
- (iv) the right to engage in a business in which the franchisee is reliant on the franchisor for the continued supply of goods or services, or

(v) the right to recruit additional franchisees or subfranchisors; but excluding contracts, agreements or arrangements between manufacturers or where the franchisor is the Crown, a Crown agency or a municipal corporation;".

Une autre définition, celle de la franchise en vente pyramidale, est donnée par l'Alberta Act, et nous intéresse ici:

"pyramid sales franchise" means any scheme, arrangement, device or other means whereby a participant pays a franchise fee and

- (i) is required or receives the right to recruit one or more other persons as participants who are subject to a similar requirement or who obtain a similar right, and
- (ii) has the right to receive money, credits, discounts, goods or any other right or thing of value where the amount thereof is dependent upon the number of participants;".

La vente pyramidale, dite également vente à la boule de neige, est considérée comme l'un des abus les plus communs dans le domaine du franchisage. Nous verrons cela plus en détails dans la partie consacrée aux abus.

Il existe en France deux propositions de loi sur le franchisage, qui présentent un intérêt pour nous. L'une fut présentée par MM. Glon et Couste à l'Assemblée Nationale lors de la première session ordinaire de 1973-1974 n.894, la seconde fut présentée par M. Jean Turco à l'Assemblée Nationale lors de la deuxième session ordinaire de 1973-1974 n.979. La première proposition veut régler la situation juridique des franchisés et des concessionnaires, la seconde, celle des commerçants distributeurs.

La proposition Glon et Couste ne définit pas la franchise en tant que telle, mais établit que

"Sont considérés comme franchisés les acheteurs-revendeurs fermes et éventuellement cosignataires d'une partie de leur stock, les franchisés fabricants et prestataires de services à condition qu'ils soient propriétaires de leurs fonds de commerce, qu'ils exercent leur activité sous l'enseigne du franchiseur en utilisant son savoir-faire technique ou commercial original et son assistance commerciale élaborée et qu'ils soient enfin liés par une clause d'exclusivité totale ou partielle."(1)

(1) Proposition de loi tendant à régler la situation juridique des franchisés et concessionnaires présentée par MM. Glon et Couste, art.1 al.2.

La seconde proposition est plus générale, ne traitant que des commerçants distributeurs. Effectivement, le premier article fait simplement référence aux

"contrats d'exclusivité de vente qui comportent l'obligation pour le commerçant de vendre de façon exclusive ou quasi exclusive les produits du même fournisseur dans un local fourni ou agréé par lui aux conditions et prix imposés, relèvent des dispositions de la loi du 21 mars 1941",

auxquels cette proposition de loi serait probablement applicable.

Il est intéressant de noter que souvent, lorsque l'on envisage la possibilité d'adopter une législation sur le franchisage, les auteurs estiment qu'il vaudrait mieux légiférer en matière de concession.

Ces deux propositions françaises ne font pas référence à un droit d'entrée ou à des redevances, auxquels les définitions examinées plus haut (à l'exception de celle du New Jersey Act) attachent une importance particulière. La raison peut être que ces propositions ne définissent pas le phénomène en tant que tel, la première s'occupant du franchisé et la seconde du distributeur. Cela ne devrait cependant pas rendre inutile la mention des formes de paiement en contrepartie des droits accordés.

Le contenu des droits payables au franchiseur varie. L'Alberta Franchises Act pose que:

"franchise fee" means any consideration exchanged or agreed to be exchanged for the granting of the franchise agreement and (...)

(i) the consideration may include,

- (A) any fee or charge that a franchisee or subfranchisor is required to pay or agrees to pay, or
- (B) any payment for goods or services, or
- (C) any service which the franchisee or subfranchisor is required to perform or agrees to perform, or
- (D) any loan, guarantee or other commercial consideration exigible from the franchisee or subfranchisor at the discretion of the franchisor or subfranchisor for the right to engage in business under a franchise agreement".(1)

(1) Alberta Franchises Act, I (I)(8)(i) et (ii).

Le même article continue, expliquant ce qu'il ne faut pas considérer comme droits de franchise:

"(ii)(...)

- (A) the purchase of or agreement to purchase goods at the current wholesale market rate;
- (B) the purchase of or the agreement to purchase services at the current market rate;
- (C) the payment of a reasonable service charge to the issuer of a credit card by an establishment accepting or honouring the credit card;"

Le Uniform Franchises Act est très proche de l'Alberta Act, ne changeant que peu de choses aux textes cités plus haut, et ajoute également ce qui n'est pas un droit de franchise:

"the payment, directly or indirectly of a franchise fee which, on an annual basis, does not exceed \$1000".

La California Franchise Investment Law prend quelque distance dans son article 31011:

"franchise fee" means any fee or charge that a franchisee or subfranchisor is required to pay or agrees to pay for the right to enter into a business under a franchise agreement, including, but not limited to, any such payment for such goods and services."

Cet article continue par ce qu'il ne faut pas considérer comme un droit de franchise:

- "(a) The purchase or agreement to purchase goods at a bona fide whole-sale price if no obligation is imposed upon the purchaser to purchase or pay for a quantity of such goods in excess of that which a reasonable businessman normally would purchase by way of a starting inventory or supply or to maintain a going inventory or supply.
- (b) The payment of a reasonable service charge to the issuer of a credit card by an establishment accepting or honoring such credit card.
- (c) (...)"

La Wisconsin Franchise Investment Law définit le droit de franchise de la façon suivante:

"any fee or charge that a franchisee or subfranchisor is required to pay or agrees to pay for the right to enter into a business under franchise agreement, including, but not limited to, any such payment for goods and services"(1);

puis elle précise ce qui n'est pas un droit de franchise. Elle est à ce propos très proche de la California Law.

Le Michigan a réglementé le franchisage de façon complémentaire à la loi n°269 des Public Acts de 1974, "being §445.1501 et seq. of the Michigan Compiled Laws"(2). Ces réglementations contiennent des définitions détaillées, notamment des mots "fee or charge" as used in section 3(i) of that act", qu'il faut inclure, mais auxquelles il ne faut pas se limiter,

- " (a) Present payments, deferred payments, and royalty payments required of the franchisee by the franchisor arising from sales of goods or services offered by the franchisee or its agents or affiliates, or payments as a condition to maintaining the franchise relationship other than payment for goods at a bona fide wholesale price.
- (b) Payments for a lease or sale of real property in excess of a fair rental or market value.(...)
- (c) Payments for services. These payments are presumed to be in part for the right granted to the franchisee to engage in the franchise business. Ideas, instructions, training, and other programs are services and not goods,(...)
- (d) Payments for ownership.(...)
- (e) Minimum purchase or minimum inventory requirements other than at a bona fide wholesale price for which there is a well established market in this state"(3).

"Initial and deferred franchise fee" means the amount of the franchise fee charged at the time of entry into the business, whether paid in full upon commencement or paid on a deferred basis. For purposes of rule 801, it does not include royalties or other franchise fees measured by the amount of goods or services sold during the operation of the franchise"(4).

-
- (1) Wisconsin Franchise Investment Law (1971), 553.03 Définitions, (5m).
 - (2) Michigan Administrative Code, Supplement n°87, Commerce Department, Corporation and Securities Bureau, R 445.101 à 445.901 (Rules 101 through 901), R 445.101. Définitions et explications des termes.
 - (3) Ibid., Rule 101 (2)(a) - (e).
 - (4) Ibid., Rule 101 (3). Rule 801 se réfère à "Contents of Advertisement".

Au niveau fédéral, la Federal Trade Commission des Etats-Unis, dans ses Rule and Guides to Franchising and Business Opportunities, détaille les paiements exigés. Elle fixe un minimum de \$500 de droit d'entrée:

"The franchisee must be required to pay to the franchisor (or an affiliate of the franchisor), as a condition of obtaining or commencing the franchise operation, a sum of at least \$500 during a period from any time before to within six months after commencing operation of the franchisee's business."

Un franchiseur pourra par la suite être obligé de payer au franchiseur ou à un affilié, par contrat ou par nécessité pratique, un droit autre que le droit d'entrée. Ces paiements exigés par contrat incluraient non seulement ceux du contrat de franchise, mais aussi ceux requis par les contrats annexes que les parties pourraient exécuter, tel un bail immobilier. Les paiements par nécessité pratique comprennent, entre autres, ceux pour l'équipement que l'on ne peut obtenir que du franchiseur ou de son affilié. Voici des exemples de paiements que doit effectuer le franchiseur: le loyer, l'assistance en matière de publicité, l'approvisionnement - même s'il provient d'une tierce personne lorsque le franchiseur touche un pourcentage sur le résultat de ces ventes -, la formation, les "security deposits", les "escrow deposits", les frais de comptabilité non remboursables, les plaquettes promotionnelles, les paiements des personnes ayant contribué à l'installation du franchiseur, la location de l'équipement, et les redevances continues sur les ventes (1).

Comme on le voit, il n'y a pas de réelle uniformité entre les droits que le franchiseur doit payer au franchiseur. Cela varie également d'un pays à l'autre - dans certains pays aucun droit d'entrée n'est exigé. Le paiement d'une contrepartie pour le droit accordé au franchiseur d'exploiter la marque, le nom commercial ou l'enseigne du franchiseur est, pour les auteurs consultés, d'une importance fondamentale. Ce que recouvre les autres paiements (comme par exemple les frais de publicité) varie beaucoup.

Les définitions ci-dessus s'attachent à donner une définition unique qui fasse le tour du franchisage. Une autre solution est celle qui consiste à différencier les types de franchises. Ici encore, nous trouvons des différences selon les auteurs.

La Cour de justice des communautés européennes, dans l'affaire Pronuptia citée plus haut, distingue "franchise de service", "franchise de production" et "franchise de distribution" comme suit:

(1) Federal Trade Commission: Franchising and Business Opportunities. Rule and Guides p.5.

"(...) les contrats de franchise de service en vertu desquels le franchisé offre un service sous l'enseigne et le nom commercial, voire la marque, du franchiseur et en se conformant aux directives de ce dernier; les contrats de franchise de production en vertu desquels le franchisé fabrique lui-même, selon les indications du franchiseur, des produits qu'il vend sous la marque de celui-ci; (...) les contrats de franchise de distribution en vertu desquels le franchisé se borne à vendre certains produits dans un magasin qui porte l'enseigne du franchiseur" (1).

Le Centre français du commerce extérieur identifie trois types de franchises:

"La franchise industrielle, à laquelle est adossé un produit. Non seulement le franchiseur cède le droit d'utiliser son nom mais il donne également les éléments techniques de savoir faire pour la fabrication du produit. (...)

La franchise de distribution permet de céder un savoir faire commercial de gestion et un nom dont la notoriété est forte, l'un ou l'autre des deux éléments pouvant être déterminant. (...)

La franchise de service concerne la cession de savoir faire de service avec le plus souvent l'adjonction d'une marque connue dans ce domaine." (2)

Le Centre poursuit en donnant les trois points principaux que les différents types de franchises ont en commun:

- une démultiplication rapide de l'influence d'un franchiseur sans investissement trop lourd;
- elles génèrent le plus souvent un courant d'exportations;
- le contrôle est facilité par l'importance des liens contractuels (3).

Un auteur va jusqu'à compter cinq types de franchises (4):

- la franchise industrielle (deux industriels, comme par exemple Coca-Cola);
- la franchise de distribution (producteur/grossiste; producteur/détaillant; grossiste/détaillant);
- la franchise de service (ex. Hertz, Avis);

(1) Affaire 161/84, paragraphe 13.

(2) Centre français du commerce extérieur (CFCE), Comment distribuer à l'étranger, Collection l'Exportateur, 1985, p. 114.

(3) Ibid., p. 115.

(4) Michel KAHN, La Franchise-Guide du candidat franchisé, pp. 22-26.

- la franchise hôtelière (ex.: Holiday Inn, McDonald's). Elle s'apparente en principe à la franchise de service.
- la franchise de capitalisation (s'applique à des branches dans lesquelles une constitution de stocks se traduit en gain de valeur. Ex.: numismatique).

Lorsque l'on envisage la possibilité de diviser la franchise, la plupart des auteurs suivent ces schémas avec peu de changements. La plus grande différence fut trouvée dans un article américain. Deux grandes classifications sont faites: les systèmes de franchise de service et de produits, et les systèmes de franchise de licence de marque.

"In the former, the franchisor contributes by license the right to distribute the franchisor's products under the franchisor's tradename and trademark. (...) In the latter, the franchisor contributes by license to the franchisee the right to produce and sell goods or services under the franchisor's trademark or trade name. In turn, the trademark franchisor retains the right to control the manner in which the franchisee conducts his business."(1).

Un auteur italien (2) a choisi une autre subdivision de la franchise: la franchise conventionnelle dans laquelle le franchisé a le droit exclusif de vendre le produit ou le service du franchiseur dans un territoire particulier, et la franchise itinérante dans laquelle le franchisé opère toujours dans un territoire spécifique, mais sans constituer un point de vente fixe, en se déplaçant avec des véhicules achetés ou loués. La franchise conventionnelle se divise encore en deux sous-catégories: la franchise territoriale dans laquelle le "sub-franchising" est autorisé, et la franchise opérative dans laquelle le franchisé peut ne pas conclure des contrats de "sub-franchising" mais doit au contraire se limiter à vendre les produits et services offerts par le franchiseur. Cet auteur examine par la suite différents types d'investissements financiers qui peuvent, selon lui, caractériser le franchisage: la copropriété, dans laquelle franchiseur et franchisé réalisent en commun les investissements nécessaires à l'entreprise; la co-direction, dans laquelle le franchiseur assume la charge des investissements nécessaires, confiant par la suite la gestion au franchisé; la location, dans laquelle le franchiseur prend en location une entreprise, et en confie la gestion au franchisé. Enfin, l'auteur mentionne l'"Absentee Ownership Plan" (formule de la propriété de l'absent) dans laquelle celui que l'on appelle franchisé, qui n'apparaît jamais

(1) Voir Donald S. CHISUM, State Regulation of Franchising: The Washington Experience, Washington Law Review, vol. 48, n° 2, pp. 294-295
D. THOMPSON, Franchise Operations and Antitrust, où l'on trouvera cette définition.

(2) Aldo FRIGNANI, Factoring, Franchising, Concorrenza, Torino 1979, pp. 36-38.

face aux tiers, prend à sa charge toutes les dépenses pour la préparation du point de vente et pour le paiement des droits de franchise (droit d'entrée et/ou redevances) en contrepartie des profits réalisés, alors que le franchiseur s'occupe, directement ou indirectement, de la gestion du point de vente.

La Federal Trade Commission américaine divise la franchise en deux grands groupes, "package and product franchises" et "business opportunity ventures":

"A package franchise adopts the business format established by the franchisor and identified by the franchisor's trademark. The franchisee's method of operation in producing the goods or services sold by him are subject to significant controls instituted by the franchisor, or, alternatively, the franchisor promises to render significant assistance to the franchisee in the operation of the business. The franchisee is required to pay money to the franchisor" (1).

"A product franchise distributes goods that are produced by the franchisor (or under his control or direction) and which bear the franchisor's trademark. The product franchisor exercises significant control over the franchisee's method of operation or, alternatively, promises to provide a significant degree of assistance in the franchisee's method of operation. The franchisee is required to pay the franchisor for the right to sell the trademarked goods, either by required purchases of equipment, supplies, etc., or by paying an initial fee for the right to sell the goods" (2).

Dans les "business opportunity ventures",

"the franchisor puts the franchisee into a business of distributing certain goods or services, usually those of a well-known third party, (...) by providing or suggesting a supplier for the goods and representing that the franchisor will establish retail accounts or place vending machines or rack displays in suitable locations. In some cases, the franchisor obtains the services of another person to secure accounts or locations. (...) The franchisee of a business opportunity venture is required to pay a fee or purchase goods or equipment (...) in order to participate in the business opportunity offered by the franchisor" (3).

(1) Voir Federal Trade Commission, Franchising and Business Opportunities, Rule and Guides, p. 2. Ces guides d'interprétation décrivent les dispositions de la réglementation commerciale de la F.T.C. intitulée "Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures" ("the rule"), 1978, en vigueur le 21 octobre 1979 (16 C.F.R. § 436).

(2) Ibid., p. 2

(3) Ibid., p. 6.

2. Définitions des associations de franchisage

Plusieurs pays ont leur association de franchisage qui groupe les franchiseurs. Des codes de déontologie ont été adoptés par:

- l'International Franchise Association
- la British Franchise Association
- l'Association japonaise de franchisage
- l'Associazione italiana del franchising
- la Fédération Française de Franchisage
- la Deutscher Franchise-Verband e.V. München
- l'Association Belge du Franchisage
- la Svenska Franchise Föreningen.

La Fédération européenne de franchisage, avec ses membres, les associations allemande, française, italienne, néerlandaise, belge, anglaise, norvégienne et suédoise, ainsi qu'avec les services de la Commission des Communautés européennes, a adopté un code européen de déontologie en matière de franchisage.

Seul le code allemand contient une définition du franchisage en tant que tel. D'autres associations ont leur propre définition, mais l'ont séparée des codes. Ces définitions sont assez différentes et nous avons choisi d'en citer quatre, en commençant par celle de l':

International Franchise Association (U.S.A.)

"A franchise operation is a contractual relationship between the franchisor and franchisee in which the franchisor offers or is obligated to maintain a continuing interest in the business of the franchisee in such areas as know how and training; wherein the franchisee operates under a common trade name, format and/or procedure owned or controlled by the franchisor, and in which the franchisee has or will make a substantial capital investment in his business from his own resources".

British Franchise Association

"A contractual licence granted by one person (the franchisor) to another (franchisee) which:

- (a) permits or requires the franchisee to carry on during the period of the franchise a particular business under or using a specified name belonging to or associated with the franchisor; and
- (b) entitles the franchisor to exercise continuing control during the period of the franchise over the manner in which the franchisee carries on the business which is the subject of the franchise; and

- (c) obliges the franchisor to provide the franchisee with assistance in carrying on the business which is the subject of the franchise (in relation to the organisation of the franchisee's business, the training of staff, merchandising, management or otherwise); and
- (d) requires the franchisee periodically during the period of the franchise to pay to the franchisor sums of money in consideration for the franchise or for goods or services provided by the franchisee, and
- (e) which is not a transaction between a holding company and its subsidiary (as defined in Section 154 of the Companies Act 1948) or between subsidiaries of the same holding company or between an individual and a company controlled by him."

Fédération Française de Franchisage

Le franchisage se définit comme une méthode de collaboration entre une entreprise franchisante d'une part, et une ou plusieurs entreprises franchisées d'autre part.

Elle implique pour l'entreprise franchisante:

- 1) La propriété d'une raison sociale, d'un nom commercial, de sigles et de symboles, d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, ainsi qu'un savoir-faire mis à la disposition des entreprises franchisées.
- 2) Une collection de produits et/ou de services
 - offerte d'une manière originale et spécifique.
 - exploitée obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales uniformes, préalablement expérimentées et constamment mises au point et contrôlées.

Cette collaboration a pour but un développement accéléré des entreprises contractantes, par l'action commune résultant de la conjonction des hommes et des capitaux, tout en maintenant leur indépendance respective, dans le cadre d'accords d'exclusivité réciproque.

Elle implique une rémunération ou un avantage économique acquis au franchiseur propriétaire de la marque et du savoir-faire.

Deutscher Franchise-Verband e.V. München

"Franchising is a vertical-cooperatively organized sales system of legally independent enterprises, based on a contractual continuing obligation relationship, appearing in the market as a whole and characterized by the common performance program of the system partners as well as by a system of instructions and controls to assure a pattern of behavior in conformity with the system.

The operating program of the Franchisor is the franchise package; it consists of a purchase, sales and organization concept, the use of protected rights, the training of Franchisees and the continuing assistance by the Franchisor of the Franchisee in an efficient and continuing way and to develop the concept permanently.

The Franchisee acts in his own name and on his own account; he has the right and the duty to use the franchise package for a remuneration. As his contribution, he puts work, capital and information at the disposal of the Franchisor"(1).

Nous devrions ici nous pencher sur la question de l'investissement fait par le franchisé. La plupart des auteurs sont d'accord avec l'International Franchise Association pour dire qu'un investissement important en capital est nécessaire. Pour d'autres, il ne s'agit pas là d'un point d'importance majeure. Considérant les frais auxquels le franchisé doit faire face - le coût de l'équipement, des marchandises, l'embauche des employés, la location ou l'achat des locaux et leur entretien exigé, ainsi que les frais de franchise eux-mêmes - l'investissement en capital peut être considéré substantiel. Tout dépend du sens que l'on donne au mot "substantiel", ainsi que du degré d'indépendance du franchisé: s'il est véritablement un commerçant indépendant, son investissement sera supérieur que s'il dépend du franchiseur, bien que l'on puisse insérer des conditions spéciales dans le contrat de franchise.

3. Définitions des tribunaux

Les tribunaux ont eu quelques problèmes dans des affaires de franchisage, souvent parce qu'ils n'ont pas de lois à appliquer. Parfois les tribunaux ont défini le franchisage, mais d'autres fois ils ont considéré ce contrat comme un contrat de distribution et ont appliqué par analogie les lois en la matière. D'autres fois encore, certains tribunaux ont simplement décrit le phénomène le reliant au cas spécifique en question (ce fut le cas par exemple pour l'Oberlandesgericht München dans l'affaire Firma Gem-Collection Cosmetics GmbH du 12 septembre 1985 (2)).

La Cour de justice des communautés européennes a, comme nous l'avons déjà mentionné plus haut, distingué trois différents types de franchise dans l'affaire récente Pronuptia. Dans ce cas particulier, la

(1) Code de déontologie, art.2. Traduction de la Fédération européenne de Franchisage.

(2) 5 U 4430/85, 7 O 8258/85 LG München I.

Cour a examiné les franchises de distribution:

"Dans un système de franchises de distribution (...), une entreprise, qui s'est installée dans un marché comme distributeur et qui a ainsi pu mettre au point un ensemble de méthodes commerciales, accorde, moyennant rémunération, à des commerçants indépendants, la possibilité de s'établir dans d'autres marchés en utilisant son enseigne et les méthodes commerciales qui ont fait son succès. Plutôt que d'un mode de distribution, il s'agit d'une manière d'exploiter financièrement, sans engager de capitaux propres, un ensemble de connaissances"(1).

La Cour d'Appel de Paris a également donné une définition détaillée dans l'un de ses arrêts (2):

"Considérant que le franchising se définit comme une méthode de collaboration entre deux ou plusieurs entreprises commerciales, l'une franchisante, l'autre franchisée, par laquelle la première, propriétaire d'un nom ou d'une raison sociale connus, de sigles, symboles, marques de fabrique, de commerce ou de services, ainsi que d'un savoir-faire particulier, met à la disposition de l'autre le droit d'utiliser, moyennant une redevance ou un avantage acquis, la collection de produits ou de services, originaux ou spécifiques, pour l'exploiter obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales expérimentées, mises au point et périodiquement recyclées, d'une manière exclusive, afin de réaliser un meilleur impact sur le marché considéré et d'obtenir un développement accéléré de l'activité commerciale des entreprises concernées; que ce contrat peut être assorti d'une aide industrielle, commerciale ou financière permettant l'intégration dans l'activité commerciale du concédant franchiseur et d'un certain contrôle du franchiseur à l'égard du franchisé initié à une technique originale et à un savoir-faire hors du commun, permettant le maintien de l'image de marque du service ou du produit vendu et le développement de la clientèle à moindre coût et avec une plus grande rentabilité pour les deux parties, qui conservent juridiquement une indépendance totale."

Cette citation fait apparaître différents points qui valent la peine d'être examinés. Tout d'abord l'importance de la propriété du sujet de la franchise. Parfois le franchiseur doit prouver cette propriété souvent au moyen de documents qu'il doit révéler au franchisé avant qu'il ne signe le contrat (voir par exemple la liste des documents à divulguer dans le Uniform Franchises Act canadien, et les règles de la Federal Trade Commission américaine).

(1) Cour de justice des communautés européennes, affaire 161/84, 28 janvier 1986 paragraphe 15.

(2) Cour d'Appel de Paris, 28 avril 1978.

Le second point important est l'exigence de l'originalité - le sujet de la franchise doit être original et doit avoir été expérimenté par le franchiseur avant d'être proposé aux futurs franchisés. Cela est particulièrement vrai pour la transmission du know-how. Cette nécessité est formellement exprimée par les normes émanant des organismes professionnels et consacrée par la jurisprudence française.

La définition posée par la Fédération Française de Franchisage parle de:

"collection de produits et/ou de services, offerte d'une manière originale et spécifique, exploitée obligatoirement et totalement selon des techniques commerciales uniformes expérimentées et constamment mises au point et contrôlées".

Le Code européen de déontologie reprend les mêmes termes, de même que les tribunaux. La Cour de Paris constate que l'entreprise qui se prétendait franchiseur ne détenait "aucun système de prestations de services présentant une originalité propre, inconnue de non initiés, et sans présenter un savoir-faire qui sorte du domaine public, ni une technique de vente ou de transport uniforme vraiment expérimentée" et disqualifie en conséquence le contrat abusivement présenté comme accord de franchise (1). De même, le tribunal de Commerce de Rennes, le 16 octobre 1981, reprend les termes de la Cour de Paris (2). Il faut noter que seule la jurisprudence française a particulièrement insisté sur ce point.

Il est donc net que la transmission d'un savoir-faire au franchisé est une condition nécessaire à l'existence d'un contrat de franchise. Mais quels sont les caractères que doit présenter le savoir-faire pour répondre à cette exigence ? La définition de la F.F.F. exprime les trois éléments caractérisants le savoir-faire:

a) un savoir-faire original et spécifique: l'originalité s'apprécie in concreto dans les rapports franchiseur/franchisé. La Cour de Cassation reconnaît une valeur à un savoir-faire dès lors que le bénéficiaire de sa révélation en recueillait des avantages, même si des tiers partageaient déjà les connaissances révélées (3): "il faut, mais il suffit que ce savoir-faire soit nouveau pour celui qui l'acquiert de telle sorte qu'il lui procure une économie de temps et d'argent" (4). En revanche, il n'y a pas de valeur du savoir-faire, faute d'originalité au regard du partenaire, si celui-ci était déjà parfaitement au courant des

(1) Cour d'Appel de Paris, 20 avril 1978, Cahiers de droit de l'entreprise 1980, n°5, note J.M. LÉLOUP.

(2) Inédit.

(3) Cass. com., 13 juillet 1966, J.C.P. 1967, 81684.

(4) Cour d'Appel de Colmar, 9 juin 1982, Dalloz Sirey 1982, jurispr., p.553, note J.-J. BURST.

techniques transmises.

La spécificité du savoir-faire s'apprécie quant à elle globalement dans l'ensemble des connaissances transmises et non par rapport à chacune d'elle. Il n'est pas requis, et d'ailleurs impossible, que les éléments du savoir-faire soient tous particuliers au franchiseur. Le modèle à réitérer est

"le système franchisé que nous définissons comme l'ensemble des connaissances, structures d'organisation, plans, schémas, techniques, procédures et modes opératoires constitutifs du savoir-faire spécifique du franchiseur et transmis au franchisé aux fins de réitération fidèle par celui-ci."(1)

L'on peut ici faire deux observations. La première est que l'originalité des divers éléments du système est inégale. Elle peut être très forte (exemple: méthode de prospection de la clientèle potentielle), moins affirmée (contrôle de gestion par exemple), ou encore inexistante (facturation). Mais le système est constitutif d'un savoir-faire spécifique par la bonne adaptation de chaque élément au système, et du système global lui-même au type d'exploitation choisi: un établissement hôtelier d'une certaine capacité et d'un standing déterminé. En conséquence, le système doit être reproduit intégralement pour parvenir à réitérer le succès du franchiseur. La seconde observation touche le cas où, pris isolément, chaque élément du savoir-faire serait parfaitement connu de tous. Même dans ce cas, que l'on peut considérer hypothèse d'école, le système constitue, lui, un savoir-faire. C'est un trait commun de la propriété intellectuelle que l'ensemble peut être protégé quand bien même ses composants ne le seraient pas, l'existence d'un résultat d'ensemble suffit.

Mais la valeur du savoir-faire ne s'apprécie pas dans l'abstrait. Il n'y a d'avantage concurrentiel que pour autant que le savoir-faire a fait ses preuves.

b) un savoir-faire éprouvé: la définition de la F.F.F. confortée par la Cour de Paris en 1978 indique expressément que la franchise implique pour le franchiseur des techniques préalablement expérimentées. Préparer une franchise, c'est exprimer en un système, une expérience aussi large que possible. Il appartient au franchiseur de prouver l'expérimentation de son savoir-faire, et de mesurer, en termes financiers, les résultats provenant de l'avantage concurrentiel obtenu.

(1) Jean Marie LELoup, Franchise et savoir-faire, Cahiers de droit de l'entreprise, éd. Commerce et Industrie, décembre 1982, n°5/6, pp.16 à 20.

L'on désigne habituellement par le terme de "pilote" les établissements qui ont servi au franchiseur de référence pour la découverte et la formulation de son savoir-faire. Pour être significative, cette opération pilote doit respecter les conditions futures, et sa localisation géographique doit aussi être soigneusement étudiée.

A cet égard, les auteurs d'un ouvrage récent (1) recommandent au futur franchisé de vérifier si le franchiseur peut démontrer ce qu'ils qualifient de "règle des trois-deux", à savoir la réussite de trois emplacements commerciaux lancés par le franchiseur (les "pilotes"), ayant deux ans d'activité et situés l'un à Paris (ou dans une des cinq premières métropoles françaises, mais Mendelsohn l'étend à d'autres pays), le second dans une grande ville et le dernier dans une agglomération de moyenne importance. Il est bien évident que le succès de ces "pilotes" devrait garantir la crédibilité de la formule créée par le franchiseur. Il faut concevoir le pilote et le diriger avec le souci permanent de la transférabilité potentielle des expériences tentées. Il fait office de "laboratoire", et ce n'est qu'en cas de résultats satisfaisants que l'innovation sera communiquée à l'ensemble de la chaîne; chaque franchisé en bénéficiant immédiatement à un stade parfait, opérationnel et rentable.

Il faut noter que faute de justifier d'un savoir-faire éprouvé, il ne saurait y avoir de contrat de franchise valide, et qu'alors l'accord abusivement dénommé franchise encourt la nullité pour défaut de cause.

Si le franchiseur, ayant mis au point un savoir-faire original, spécifique et bien expérimenté, cessait de l'actualiser tout au long du contrat, il manquerait alors à l'une de ses obligations fondamentales concernant le savoir-faire; la sanction ne serait plus alors la nullité pour défaut de cause, car celle-ci doit être appréciée à la formation du contrat, mais la résiliation du contrat pour inexécution. Il incombe en effet au franchiseur de tenir à jour son système de franchise.

c) un savoir-faire actualisé: jurisprudence et F.F.F. exigent que les techniques soient constamment mises au point et contrôlées. Cela se comprend aisément, le contrat de franchise étant un contrat à exécution successive. Au cours de la durée du contrat, les composants du savoir-faire vont devoir s'adapter à l'évolution des techniques, du marché... Figurer le système, c'est perdre l'avantage concurrentiel nécessaire. Aussi la franchise entraîne-t-elle une obligation permanente d'information et d'assistance technique du franchisé et réciproquement une obligation pour le franchisé de suivre les formations nécessaires à l'entretien et au perfectionnement de sa capacité professionnelle.

(1) O. GAST et M. MENDELSON, Comment négocier votre franchise, Ed. de l'Usine Nouvelle, 1983.

4. Le contrat de franchise et les autres contrats de distribution

Le contrat de franchise a souvent été confondu avec la concession et avec d'autres contrats de distribution. Nous allons examiner ici les différences qui existent entre eux.

(i) La nature du contrat

La franchise est un contrat consensuel dont l'existence ne dépend que de la volonté des parties. C'est de plus un contrat synallagmatique qui prévoit des obligations réciproques pour chacun des co-contractants. La franchise constitue pour la plupart des auteurs un contrat de distribution et un contrat sui generis recouvrant des accords purement commerciaux(1).

Si ce contrat est aléatoire en ce que les redevances (prestations du franchisé) seront proportionnées au succès de l'entreprise, on peut dire qu'il est commutatif pour ce qui est de l'étendue des autres prestations des parties.

Enfin, il s'agit très souvent d'un contrat d'adhésion. Un franchiseur dont la renommée est faite, à l'avantage du choix au niveau de ses éventuels franchisés. Il impose des clauses qui lui ont été avantageuses du fait qu'elles ont contribué au succès de l'entreprise. Pour le franchiseur, l'intérêt du client est de retrouver d'un point de vente à un autre, l'ambiance, la qualité des produits appréciées chez un autre franchisé. Un co-contractant avisé devra donc s'enquérir préalablement de la rentabilité du projet, du support publicitaire accordé et des relations entretenues par le franchiseur avec ses franchisés avant de signer ce contrat d'adhésion.

"Le contrat de franchisage ... se caractérise par l'absence de négociation, l'une des parties se voyant imposer d'avance toutes les conditions du contrat. Ce type de contrat se nomme un contrat d'adhésion.

Le franchisé adhérera à la convention généralement sans avoir réussi à faire modifier le contrat type du franchiseur. La force économique du franchiseur, l'intégrité de la formule et la protection de sa spécificité, de même que le souci d'accorder un traitement identique à tous les franchisés portent le franchiseur à une intransigeance qui, à maints égards, s'avère essentielle".(2)

(1) Christiane BARODY, le franchising, Hommes et Techniques, vol.26, n° 314, décembre 1970, p. 1045.

(2) Comité d'étude sur le fonctionnement et l'évolution du commerce au Québec, par J. PROULX, Le commerce et la distribution au Québec, 1978, Ministère de l'Industrie et du Commerce, p. 137.

De cela il ressort qu'il existe autant de contrats de franchise différents, qu'il existe d'entreprises travaillant en franchise.

(ii) Franchise, et autres contrats de distribution

La franchise fait partie de la grande catégorie des entreprises de distribution. Mais où se situe-t-elle exactement dans ce réseau ?

Le discours autour de la "concession", inconnue dans les écrits américains sur le franchisage, paraît naturel, surtout dans les pays de civil law dans lesquels la concession est soit règlementée de façon législative (c'est le cas de la Belgique, par la loi du 27 juillet 1961, modifiée par la loi Henckaerts du 21 avril 1972), soit entrée depuis longtemps dans la pratique contractuelle, comme cela est le cas en France et en Italie. Le problème se pose inévitablement, parce que dans ces systèmes, le franchisage s'est superposé ou ajouté à la concession, réclamant une autonomie aux dépens de celle-ci. Le fait que le contrat de franchise soit encore un contrat innomé oblige à une grande prudence dans la comparaison.

Il faut tout d'abord signaler l'étendue d'application du contrat de franchise par rapport aux autres contrats de distribution, et à la concession en particulier. La finalité de la concession est uniquement de produire ou de distribuer des produits, tandis que celle de la franchise est de vendre un certain nombre de services (know-how, assistance technique...), cette vente pouvant ou non accompagner une vente de produits, cette fourniture de produits n'étant en tout état de cause qu'un élément de l'ensemble du contrat. Il s'agit donc d'une commercialisation organisée de produits ou de services, habillés de marque de fabrique, de commerce ou de services, dont le franchiseur est titulaire. Il existe également une autre catégorie de franchise (1), la franchise industrielle, dans laquelle le franchisé a le droit de fabriquer et de distribuer les produits du franchiseur (c'est le cas de Yoplait ou de Coca Cola). Cette catégorie sera beaucoup plus proche de la concession.

Ce n'est pas tout; il faut toujours partir de l'idée, même si elle n'est pas toujours exacte dans les faits, que le contrat de franchise suppose l'indépendance juridique du franchisé. Nous pouvons alors éliminer toute comparaison avec des systèmes qui n'offrent pas cette indépendance juridique par leur nature même, et l'on évoquera ici le succursalisme. Mis à part l'enseigne commune et l'aspect uniformisé des magasins, la situation juridique découlant du contrat de succursalisme est différente puisque les succursalistes sont employés de la maison-mère, et non pas des commerçants

(1) Voir la discussion à la fin de la section concernant les définitions des lois existantes.

indépendants. Toute l'économie du contrat en découle, ainsi que la gestion du magasin. Si alors nous considérons les contrats qui, à l'heure actuelle dans le domaine de la distribution, laissent peu ou prou cette indépendance aux commerçants, se pose le problème de leur collaboration, et de l'éventuel contrôle d'une partie sur l'autre.

Selon les auteurs du Report of the Minister's Committee on Referral Sales, Multi-level Sales and Franchises, connu sous le nom de Grange Report, c'est l'existence même d'un contrôle du franchiseur sur les activités du franchiseé qui permet de distinguer la franchise des autres contrats de distribution et spécialement de la concession commerciale.

Et la franchise se situe à mi-chemin entre le contrat de concession (contrôle léger ou nul) et le contrat d'agence, le succursalisme ou le simple contrat de travail, où le contrôle suit une gamme de "développé" à "absolu".

Schématiquement, nous pourrions donc établir le tableau suivant, par ordre décroissant de contrôle exercé (1):

<u>Degré de contrôle</u>	<u>Entreprise de distribution</u>	<u>Conséquences</u>
Plein contrôle	Agence de distribution	Mandant/mandataire
	ou	ou
	Succursale distributrice de produits	Committant/préposé
Contrôle relatif (selon les clauses du contrat)	Contrat de franchise	Contact d'association d'intérêt et non de subordination - indépendance juridique.
Contrôle léger ou nul	Concession d'une licence d'exploitation	Indépendance juridique du concessionnaire vis-à-vis du concédant.

(1) Notes de cours de droit commercial général, préparées par Me Claude SAMSON et Edith FORTIN, Université de Laval, Faculté de droit, Sept.1985.

Nous verrons par la suite l'étendue et les conséquences du contrôle sur les franchisés dans le cadre des contrats qu'ils négocient.

En droit français, la distinction entre franchise et concession s'établit en insistant sur la notion d'assistance plutôt que sur celle de contrôle. Christiane Barody s'exprime ainsi:

"Le fait différenciateur entre le franchising et d'autres types d'exploitation commerciale demeurera, dans la majorité des cas, le fait de l'assistance technique permanente et omniprésente dans le cas d'un contrat de franchise (...) de sorte que le franchising est un intermédiaire entre le succursalisme et la concession exclusive, dérivé de la chaîne volontaire et de l'affiliation" (1).

Ce qui est essentiel, mais ce qui est aussi original et caractéristique du contrat de franchise, c'est que cette assistance n'est pas à sens unique. Le franchiseur ne réussira lui-même que si les franchisés, de leur côté, réussissent. Il se créera ainsi une sorte de collaboration dans les activités du franchiseur et du franchisé, ce dernier fera part au franchiseur de ses idées en matière d'application du procédé par exemple.

Jean Guyénot, pour sa part, considère l'adoption de techniques commerciales uniformes comme l'élément distinctif de la franchise (2). La Cour de justice des communautés européennes, dans son arrêt récent du 28 janvier 1986 (affaire 161/84) estime que l'utilisation d'une même enseigne, l'application de méthodes commerciales uniformes et le paiement de redevances en contrepartie des avantages consentis sont les éléments essentiels du contrat de franchise de distribution, et c'est en cela qu'il se différencie des contrats de concession de vente notamment.

Par ailleurs, soulignons que I. Berlinski traite des clauses de limitations territoriales comme critère de distinction entre franchise et concession. Selon lui, le mot "franchise" implique un champ d'opération restreint géographiquement, alors qu'il n'en est rien pour les concessions (3). Les faits semblent cependant contredire ce critère.

D'autres auteurs enfin, distinguent la franchise des autres contrats de distribution, par l'obligation faite au franchisé de payer un droit d'entrée, ainsi que des redevances, ce qui ne constitue pas la règle

(1) Ch. BARODY, op. cit., p.1043.

(2) J. GUYENOT, La franchise commerciale, 1973, Revue trimestrielle de droit commercial, 12.

(3) I. BERLINSKI, Franchising in the United States and Canada, Revue juridique Thémis, 1978, 13, pp.547-549.

pour les autres contrats.

Pour ce qui concerne la licence de marque, la différence est aisée à faire: alors que la licence de marque est un des éléments de la franchise, mais non l'essentiel, elle est le seul élément du contrat de concession de marque. Ce rôle est bien sûr essentiel et caractéristique de la franchise, mais s'il éclipse les autres éléments constitutifs de la franchise, le contrat dégénère en une simple licence de marque ou d'usage de nom commercial. Dès lors, non seulement il y aura lieu d'appliquer exclusivement les règles de cette licence, mais également il faudra admettre que la clientèle n'est pas attachée à l'établissement du pseudo-franchisé, mais à celui du pseudo-franchiseur, avec bien sûr des conséquences quant à l'indemnité de clientèle.

Comparons enfin franchise et chaîne volontaire. Dans les deux cas, nous retrouvons l'identité d'enseigne, l'exclusivité territoriale et l'exercice de l'activité en indépendant. Mais l'indépendance est en fait bien plus grande pour la chaîne volontaire que pour la franchise, puisqu'un enchaîné volontaire traité d'égal à égal avec ses collègues, ne subit pas d'inspection ni de contrôle de sa gestion, et, s'il paie une redevance, celle-ci rémunère la centrale d'achats et la publicité en commun. Enfin, il n'y aura pas à respecter une identité d'aspect avec les autres magasins de la chaîne.

Mais, naturellement, il ne bénéficiera d'aucun know-how, d'aucune assistance, d'aucune aide, d'aucune image de marque.

Ce chapitre est long. Cette longueur est due avant tout à la nécessité de déterminer de la façon la plus exacte possible ce qu'est une franchise. S'il est possible d'arriver à une définition du phénomène qui puisse satisfaire les besoins des divers pays dans lesquels la franchise existe, alors elle pourrait servir de base à un instrument international.

CHAPITRE II - LES PROBLEMES POSES PAR LA FRANCHISE

Une situation juridique aussi incertaine que celle décrite au Chapitre I pose forcément des problèmes. Le premier qui vient à l'esprit est celui qui concerne les abus de toute nature, mais il n'est pas le seul, même si les autres sont souvent en rapport. C'est le cas du problème de l'indépendance du franchisé face au franchiseur.

1. L'indépendance du franchisé

Dans l'intention commune des parties, le contrat de franchise est conclu entre personnes ou entreprises qui sont, ou tout au moins se veulent, indépendantes. Or, pour les deux cocontractants, la qualification du statut juridique de franchisé est très importante. Elle va commander l'application d'un régime juridique (commercial ou civil), d'un régime fiscal et social. Elle va régir les relations entre les parties (liberté des conventions contractuelles ou non), vis-à-vis des tiers (détermination du droit de la responsabilité), ainsi que les rapports patrimoniaux (droit à la propriété commerciale).

Leur collaboration se réalise juridiquement par des obligations que les parties s'imposent dans le contrat, mais ne s'établit pas sur un plan d'égalité, le franchiseur occupe une position dominante. Cette domination se manifeste par un contrôle des entreprises franchisées, notamment sur la gestion, la comptabilité ou la publicité. Mais ce contrôle est nécessaire, l'efficacité de la formule concédée par le franchiseur suppose une homogénéité aussi grande que possible des procédures et des standards au sein de la chaîne (respect des normes de qualité du ou des produits, uniformité des prix, méthodes de publicité, de vente, de gestion, de comptabilité, localisation et agencement des points de vente, formation du personnel, rapports avec la clientèle, etc.). Le contrôle exercé sur les méthodes de comptabilité, par exemple, vise plusieurs buts: l'inspection des livres peut aider à établir des études de marché, à la fixation des redevances et à un examen de la position économique du franchisé.

S'il advient que les contrôles soient trop lourds à supporter, ce qui pourrait freiner la motivation du franchisé, les franchiseurs utilisent une tactique: ils suscitent la motivation par des bonus proportionnels à la montée des ventes. Cet instrument s'avère quelquefois efficace (1).

(1) Notes de cours de droit commercial général préparées par Me Claude SAMSON et Edith FORTIN, Université de Laval, Faculté de droit, Septembre 1985.

Se pose alors le problème du délicat équilibre entre la collaboration qui doit fondamentalement exister entre le franchiseur et le ou les franchisés, et la vocation directive du premier par rapport au second. Il faut éviter que le franchisé ne soit dans une situation de subordination à l'égard de son franchiseur, ce qui pourrait entraîner la disqualification du contrat de franchise. Il est toujours possible à un tribunal de modifier la qualification donnée à une convention par les parties contractantes. Il lui appartient de dégager "l'économie générale du contrat", la réalité des faits. Or le franchiseur, si son contrôle est excessif, court le risque, si le franchisé est une personne physique, d'être considéré comme le véritable employeur de ce dernier.

En effet, la jurisprudence française considère que, dès qu'il y a service organisé et qu'il existe un lien de subordination entre la personne travaillant dans le cadre de ce service, et celle qui l'organise, il y a contrat de travail (1).

Si le franchisé est une société, le risque encouru par le franchiseur, s'il s'immisce dans la gestion de la société franchisée, sera d'être considéré comme gérant de fait de la société franchisée avec toutes les conséquences qui en résultent en ce qui concerne notamment la possibilité de mettre en jeu sa responsabilité et son patrimoine en cas de faillite (2).

Aux Etats Unis, les relations entre employeurs et employés, et entre associés d'une société sont exclus du cadre des dispositions de la loi Full Disclosure de 1979. La Federal Trade Commission appliquera le traditionnel test du droit de contrôle pour conclure à l'existence effective d'une relation employeur-employé: elle examinera, par exemple, si telle somme d'argent, versée à telle personne, représente la rémunération ou le salaire d'un travail effectué, si l'employé peut être démis de ses fonctions sans que la partie principale ait à supporter des dommages-intérêts, ou encore si l'employé est tenu d'investir une somme d'argent dans l'entreprise avant d'y être employé. La Commission examinera de près ces contrats de travail ou de société, qui sont structurés de manière à déguiser leur vraie nature et à permettre à l'employeur (franchiseur) ou à l'associé d'échapper à ses responsabilités, au détriment de son employé ou associé (franchisé) (3).

(1) Chambres Réunies de la Cour de cassation, 23 juin 1966, Bull. Civ. Ch. Réu., p.3.

Cour d'Appel d'Agen, 8 novembre 1977 (J.C.P. 1979, éd.com. II, 13114)

Cour d'Appel de Paris, 28 avril 1978 (Bull. des Transports, 31 mai 1978, p.277).

(2) Cour d'Appel de Rouen, 23 mai 1978 (J.C.P. 1979, II, 19235, note NOTTE).

(3) O.GAST, Aperçu général de la loi américaine sur le franchising, Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, 1982, pp.225-239.

Il peut être intéressant de souligner que la Commission des relations de travail de l'Ontario considère les franchisés comme des employés aux fins de l'exercice de leur juridiction, si le franchiseur exerce un contrôle si poussé sur l'entreprise du franchisé qu'il élimine toute forme d'autonomie au niveau de la gestion.

Ce délicat problème de la dépendance ou de l'indépendance du franchisé fut à l'origine du travail de recherche au niveau parlementaire actuellement poursuivi en Suède. Les syndicats estiment que le concept de franchisage est utilisé pour circonvenir celui d'employé. Dans ces cas, les employés d'un franchiseur seraient devenus sur l'initiative de ce dernier, des franchisés. Les syndicats prétendent alors que le franchisage est un moyen pour le franchisé d'échapper à ses obligations d'employeur. Il a une telle responsabilité vis-à-vis de ses employés, mais en même temps, il est fortement lié au franchiseur par le contrat. Le contenu du contrat ne peut être négocié par le syndicat qui organise les employés du franchisé (alors que normalement des représentants des employés prennent part au processus de décision dans l'entreprise où ils travaillent, en vertu du "Medbestämmanderätt" ou "Mitbestimmungsrecht" en Allemagne). Si le franchisé changeait quoi que ce soit au contrat de franchise, le franchiseur demanderait des dommages-intérêts, et pourrait rompre le contrat. Le franchisé n'a donc pas la liberté de négocier avec ses employés, comme le prévoit la loi en matière de travail.

Entre autres choses, le Comité créé par le Parlement suédois doit se demander si des dispositions légales protégeant le franchisé d'une trop forte dépendance par rapport au franchiseur seraient justifiées. Un tel lien constitue un obstacle pour les employés qui ne peuvent pas exercer leurs prérogatives selon les lois et les conventions collectives (1).

Ces réflexions sont typiquement suédoises -en République fédérale d'Allemagne et en Suisse où des lois similaires existent (le "Mitbestimmungsgesetz"), celles-ci n'ont pas été faites.

Si les juridictions estiment que le franchiseur s'est ingéré dans la gestion de la franchise, elles en tireront deux conséquences:

- qualifier le contrat du franchisé de contrat de travail: imposer son affiliation comme salarié et lui reconnaître le bénéfice des dispositions du Code du travail,
- rendre le franchiseur responsable vis-à-vis des tiers et, notamment, des clients et fournisseurs du franchisé.

(1) Suède, Directive au Comité, Dir. 1984: 37, sur le franchisage.

2. Le franchisage et la législation anti-trust

La législation anti-trust fait partie du domaine public. Elle est par conséquent en dehors de l'objectif de cette étude, en ce sens qu'aucune loi uniforme de droit privé ne peut empiéter sur ce domaine. Il est facile de considérer les systèmes de franchise comme ayant plus une nature de trust qu'une nature de contrat de coopération entre opérateurs indépendants, et cela pose problème dans le domaine du franchisage.

Chaque pays a sa propre législation anti-trust ou législation en matière de concurrence dont les franchiseurs doivent tenir compte lorsqu'ils envisagent de travailler en franchise. Cette législation nationale peut avoir, parfois, des effets extraterritoriaux. Les Etats membres de la Communauté européenne sont également soumis à une réglementation européenne en la matière. Les futurs franchisés devront donc en tenir compte, particulièrement lorsqu'ils veulent travailler dans une franchise internationale, ou lorsque leurs activités risquent d'affecter le commerce entre Etats membres de la Communauté.

Ce dernier point est clairement illustré dans l'affaire Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main et Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Hamburg du 28 janvier 1986 (1). Dans cette affaire, la Cour de justice des communautés européennes était appelée à se prononcer sur l'interprétation à donner à l'article 85 du Traité de Rome ainsi qu'au règlement n° 67/67 de la Commission, du 22 mars 1967 relatif à l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité CEE à des catégories d'accords d'exclusivité. Il s'agissait, dans ce cas particulier, d'un contrat de franchise de distribution. Les conclusions auxquelles la Cour est arrivée sont intéressantes, même si elles laissent un certain nombre de questions sans réponse. Il sera probablement difficile d'appliquer ces conclusions à d'autres affaires:

- "1. a) la compatibilité des contrats de franchise de distribution avec l'article 85, paragraphe 1er, est fonction des clauses que contiennent ces contrats et du contexte économique dans lequel ils s'insèrent;
- b) les clauses qui sont indispensables pour empêcher que le savoir-faire transmis et l'assistance apportée par le franchiseur profitent à des concurrents, ne constituent pas des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1er;
- c) les clauses qui organisent le contrôle indispensable à la préservation de l'identité et de la réputation du réseau qui est symbolisé par l'enseigne, ne constituent pas non plus des restrictions

(1) Affaire 161/84

de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1er;

- d) les clauses qui réalisent un partage des marchés entre franchiseur et franchisés ou entre franchisés, constituent des restrictions de la concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1er;
- e) le fait pour le franchiseur de communiquer au franchisé des prix indicatifs n'est pas constitutif d'une restriction de la concurrence, à la condition qu'il n'y ait pas entre le franchiseur et les franchisés ou entre les franchisés une pratique concertée en vue de l'application effective de ces prix;
- f) les contrats de franchise de distribution qui contiennent des clauses réalisant un partage des marchés entre franchiseur et franchisé ou entre franchisés, sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres".

En outre, la Cour est arrivée à la conclusion que le règlement n° 67/67 n'était pas applicable en l'espèce.

La décision dans cette affaire était attendue avec beaucoup d'espoir, mais elle a déçu parce qu'elle laisse beaucoup de choses en suspens. Le franchiseur qui veut connaître ses possibilités au point de vue anti-trust ne tirera que peu de conseils de cette décision -pour commencer, elle n'indique aucun critère à utiliser pour décider ce qui est indispensable, et en même temps licite, à l'entreprise.

3. Le franchisage international

Lorsque l'on utilise le terme "franchisage international", l'on entend le plus souvent la situation dans laquelle un franchiseur propose des franchises dans un autre pays. Très peu de choses ont été écrites sur ce sujet, et le peu qui existe ne parle pratiquement que de la situation nationale des pays considérés.

Le manque de législation en la matière ne facilite pas les choses, ni d'ailleurs les différentes façons d'aborder le phénomène qui varient d'un pays à l'autre. Les opérateurs eux-mêmes disent que ce manque d'uniformité gêne leurs activités.

Les auteurs qui traitent ce sujet font souvent référence aux difficultés économiques, et à la nécessité pour le franchiseur d'adapter sa franchise aux réalités économiques du pays où il la propose. G.E. Boisvert, dans son article "Aspects juridiques du franchisage international" indique

les points juridiques que les futurs franchiseurs doivent étudier avant de proposer des franchises à l'étranger (1):

- 1) la protection des marques de commerce à l'étranger;
- 2) l'adaptation du contrat de franchise aux lois et règlements locaux;
- 3) les lois se rapportant à l'importation dans le pays choisi;
- 4) les lois monétaires et de devises;
- 5) les lois se rapportant à la formation du véhicule juridique choisi;
- 6) les lois à caractère social;
- 7) les lois régissant les relations entre propriétaires et locataires;
- 8) les lois concernant le droit de propriété immobilière;
- 9) les lois à caractère fiscal;
- 10) les lois protégeant le patrimoine national;
- 11) les lois contre le monopole, contre la concurrence déloyale ou prévoyant des prohibitions restreignant l'achat et la vente.

Comme on peut le voir, l'information exigée pour le franchisage international nécessite l'examen de toutes les disciplines qui forment le système juridique des pays concernés. D'autres auteurs ont mentionné cela dans leurs travaux (2).

Mais les problèmes ne s'arrêtent pas là. Lorsque des conflits surgissent, il faudra connaître la loi applicable, celle du franchiseur ou celle du franchisé, ce qui implique une discussion compliquée quant à la nature du contrat. Connaître la loi applicable est également nécessaire au début des relations contractuelles, particulièrement pour ce qui concerne le paiement des redevances.

Le problème du paiement des redevances se pose aussi pour un autre opérateur de la franchise internationale: le "master" franchisé ou "sub" franchiseur. Lorsqu'un franchiseur souhaite se développer sur un marché étranger, il confie souvent un grand espace (souvent un pays) à un

(1) Présenté par l'auteur à un séminaire sur le franchisage qui s'est tenu à Montréal les 6 et 7 mars 1981, sous les auspices du Ministère de l'Industrie et du Commerce du Gouvernement du Canada, in "Documentation pour colloque pour l'expansion de votre commerce par le franchisage" publié par ledit Ministère.

(2) Voir O. GAST, le concept du franchising comme méthode de développement international, Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation, 1983, pp. 11-26.

franchisé qui a le pouvoir de proposer des "sub" franchises. Ce "master" franchisé ("sub" franchiseur) reçoit du franchiseur tout ce qui est nécessaire à la conduite de l'entreprise (savoir-faire, marque de commerce, licence de nom commercial, formation, etc.). Il agit en retour en tant que substitut du franchiseur. Le problème des redevances concerne leur paiement: qui le franchisé doit-il payer, le "master" franchisé ou le franchiseur directement ? Selon O. Gast, il paie le "master" franchisé qui transmet par la suite la somme au franchiseur après avoir déduit un certain pourcentage prévu au contrat (1). Cela n'est cependant pas l'avis de tous.

Les auteurs conseillent aux futurs franchiseurs internationaux de s'entourer d'une assistance juridique spécialisée dans le pays où ils ont l'intention d'opérer, de façon à éviter les erreurs en voulant trouver son chemin dans la forêt des réglementations existantes dans les différents pays. M. Boisvert conseille même aux franchiseurs de faire traduire leur contrat de franchise avant d'aller à l'étranger et de le faire accompagner de notes et commentaires préparés par un avocat de ce pays donnant le sens et la portée que les franchiseurs veulent donner à certaines clauses importantes qui risqueraient de ne pas être comprises (2). Une telle pratique aiderait sans aucun doute à éviter les problèmes posés par les difficultés de langage, et par la non compréhension de la terminologie juridique spécifique aux systèmes juridiques considérés.

4. Les abus

La volonté d'éviter les abus est la raison la plus souvent invoquée par ceux qui veulent une réglementation en matière de franchisage. Le "Committee on Uniform Franchising Legislation" de la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a identifié quatre facteurs qui peuvent favoriser les abus:

- " 1. The assumption of significant financial and personal risks by prospective franchisees when entering into a franchise business;
2. The franchisee's relying on franchisor's purported expertise and stability;
3. The informational imbalance between the parties pre-sale negotiations so that during the period prospective franchisees often never obtain complete or accurate information about the vital aspects about the proposed relationship of the risks being assumed;

(1) O. GAST, op. cit., p.20.

(2) G.E. BOISVERT, op. cit., p.7.

4. The absence of a ready and reliable source of information for the prospective franchisee about vital aspects of the proposed franchise business"(1).

Cette citation met l'accent sur l'importance que revêt l'information complète et précise qu'il faut fournir au franchisé avant la signature du contrat. La mauvaise ou fausse présentation ("misrepresentation") est en fait un abus fréquent que les autorités américaines ont essayé d'enrayer par des réglementations en matière de divulgation (voir par exemple, le Full Disclosure Act de 1979).

La conclusion à laquelle est arrivé le Procureur Général de New York après une enquête sur la vente des franchises dans son Etat, illustre cette nécessité:

"In almost every instance, the franchise-offering literature was either inaccurate, misleading, wholly lacking, or blatantly false as to material facts necessary to making an intelligent investment decision."(2)

La Federal Trade Commission a adopté une réglementation commerciale intitulée "Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures" ("the rule"), promulguée le 21 décembre 1978 et en vigueur depuis le 21 octobre 1979 (3). Ce texte est extrêmement détaillé, de même que les guides qui l'interprètent. Il contient des dispositions quant à l'information que le franchiseur doit fournir au franchisé ("disclose") afin de permettre à ce dernier d'évaluer les possibilités réelles de la franchise.

Le Uniform Franchises Act élaboré par la Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada a consacré sa "Part II" à la divulgation, spécifiant quelle information le franchiseur doit inclure dans le "Statement of material facts" qu'il donnera au franchisé. En voici différents points: une copie du plus récent état des comptes financiers du franchiseur; le montant des droits de franchise à payer, l'application que propose le franchiseur des profits de ces droits, ainsi que la formule de calcul des droits s'ils ne sont pas les mêmes dans tous les cas; l'existence de redevances

-
- (1) "Committee on Uniform Franchising Legislation", "Report on a Uniform Franchises Act Background", Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, Actes 1982, Appendice O, p.248.
 - (2) "Report of the Senate Select Comm. on Small Business on the Impact of Franchising on Small Business, Based on Hearing Before the Subcomm. on Urban and Rural Economic Development, 91st Cong., 2nd Sess., at 13 (1970) in D.S. CHISUM, State Regulation of Franchising: the Washington Experience, Washington Law Review, vol.48, n.2, 1973, p.297 note 18."
 - (3) 16 C.F.R. §436 .

permanentes; un exposé décrivant tous paiements ou droits autres que les droits de franchise que le franchisé doit payer au franchiseur, y compris les redevances et paiements ou droits que le franchiseur perçoit en totalité ou en partie en faveur de tiers, ainsi que les noms des tiers en question; un compte rendu relatif à l'équipement et aux fournitures, et leur acquisition; une indication pour savoir si le franchiseur doit assurer au franchisé une assistance continue sous quelque forme que ce soit, et si c'est le cas, la nature, l'étendue et le coût de l'assistance, etc...

L'Alberta Franchises Act contient également des dispositions détaillées sur le contenu d'un compte rendu des faits matériels (1). L'on espère que des obligations comme celles-ci diminueront les possibilités de mauvaise ou fausse présentation de la franchise du type "get rich quick".

Il faut noter que certains abus communs en matière de franchisage sont déjà sanctionnés dans d'autres lois. Par exemple, l'article 2(1) du Misrepresentation Act en vigueur en Angleterre et en Ecosse, dispose comme suit :

"Where a person has entered into a contract after a misrepresentation has been made to him by the other party thereto and as a result thereof has suffered loss, then, if the person making the misrepresentation would be liable to damages in respect thereof had the misrepresentation been made fraudulently, that person shall be so liable notwithstanding that the misrepresentation was not made fraudulently, unless he proves that he had reasonable ground to believe and did believe up to the time the contract was made that the facts represented were true".

J.-P. Clément, dans son article "De quelques problèmes posés par le franchisage aux rédacteurs de contrats" (2), considère la "franchise frauduleuse" qui a trouvé son domaine d'élection dans les chaînes pyramidales, la "franchise bâtarde" c'est-à-dire celle où il manque un ou plusieurs éléments essentiels de la définition. C'est par exemple la chaîne de franchise dans laquelle l'assistance technique est réduite à sa plus simple expression bien que les autres éléments (enseigne et marque, know-how, etc.) se retrouvent.

Un autre aspect du franchisage qui pose problème est la collaboration constante entre franchiseur et franchisé. Le franchiseur a normalement une position nettement plus forte, et il est celui qui rédige le contrat.

(1) Voir art.4 (1).

(2) Gazette du Palais, 15 novembre 1977, pp.543-550.

Une liste de douze activités de gestion sur lesquelles le franchiseur exerce normalement un contrôle a été dressée: la source des produits et de l'équipement; l'assortiment des produits; les prix de vente; la qualité du produit ou du service; les services offerts tels les horaires d'ouverture du magasin, le crédit ou la livraison; la publicité; les quotas de vente; les programmes de formation; les systèmes de tenue de registres; l'utilisation de la marque déposée; les plans d'architecte concernant le point de vente (1).

Les franchiseurs ont utilisé ce pouvoir qu'ils détiennent pour mettre un terme à la franchise de façon arbitraire, pour contraindre les franchisés sous cette menace, pour les obliger à acheter leurs fournitures chez le franchiseur ou des revendeurs agréés à des prix prohibitifs, pour les forcer à supporter des stocks excessifs, ou travailler en fonction d'horaire pénible et souvent inutile. Enfin, les franchiseurs les obligent à utiliser des pratiques qui ne sont d'aucun profit (2).

Les ventes pyramidales ou vente à la boule de neige constituent un autre abus, qui concerne à la fois le public et les franchisés. Il existe différentes définitions de ce phénomène. Nous avons gardé deux d'entre elles à titre de comparaison:

"VENDRE A LA BOULE DE NEIGE

Qualifie une vente à la chaîne contractée sous la condition suspensive d'une revente. L'acheteur n'acquiert pas immédiatement la chose, mais des bons d'une valeur égale au prix, qu'il se charge de revendre à des tiers, moyennant quoi il aura droit à la chose, objet de la vente.(...) La vente à la boule de neige débouche très vite sur l'impossibilité d'exécuter la condition prévue: si, à la première opération, 10 acquéreurs suffisent, à la seconde il en faut 100, à la troisième 1000, à la quatrième 10 000 ...; à brève échéance, le marché est saturé et les acquéreurs restent avec les bons qu'ils n'ont pu remplacer, sans obtenir, en contrepartie, la livraison de l'objet souhaité."(3)

"The typical multi-level distributorship plan involves the manufacture or sale by a company, under its own trade name, of a line of products

-
- (1) S. GILLESPIE, An Analysis of Control in Franchise Distribution Systems, 1966 (thèse non publiée de l'Université d'Illinois, bibliothèque Urbana), in D.S. CHISUM, *op. cit.*, p.297 note 19.
 - (2) D.S. CHISUM, *op. cit.*, pp. 297-298.
 - (3) H. ROLAND et L. BOYER, Dictionnaire des expressions juridiques, Lyon, pp. 407-408.

through "franchises" which appear to be regular franchise distributorships. These plans may include three to five levels of non exclusive distributorships, and individuals may become "franchisees" at any level by paying the company an initial fee based on the level of entry. Once a member of the plan, the individual earns a commission by selling the company's products and attracting new members. Each distributor pays less for the product than the price he receives from the public and from those at lower levels in the distribution chain to whom he sells. Since one profits merely by being a link in the product distribution chain, the emphasis is on recruiting more investor-distributors rather than on retailing products "(1).

La vente pyramidale comporte des éléments malhonnêtes a-t-on reconnu au Royaume Uni. C'est pourquoi le Fair Trading Act de 1973 contient des dispositions qui interdisent les systèmes de vente pyramidale. D'autres dispositions de la loi permettent de légiférer:

- "(a) to control or prohibit the issue, circulation, or distribution of documents which contain invitations to persons to participate in a scheme; and
- (b) prohibiting the promoter of a scheme from performing functions which are vital to the operation of such a scheme, e.g. supplying goods or receiving payment for goods."(2)

Une affaire récente, Firma Gem-Collection Cosmetics GmbH (3) a trait à la vente pyramidale. Le franchisé pouvait bénéficier d'avantages particuliers à la fois financiers et en terme de territoire, s'il acceptait de recruter des "sub"franchisés. Il y avait également un problème de prix excessif des produits. Mais, en conclusion, le contrat fut déclaré nul. La responsabilité pénale fut engagée.

5. La fin du contrat de franchise

Il s'agit là d'un problème qui est très important dans le domaine des contrats en général, et du franchisage en particulier, et qui fait naître de nombreux abus. Indépendamment d'abus tels que la révocation arbitraire ou le non renouvellement du contrat, nous allons voir de plus près trois questions: (i) le sort des stocks; (ii) la clause de non concurrence et (iii) l'indemnité de clientèle.

-
- (1) 61 Georgetown LJ 1257 (1973) in J. ADAMS et K.V. PRITCHARD JONES, Franchising: Practice and precedents in business format franchising, Londres 1981, p. 255.
 - (2) M. MENDELSON, The Guide to Franchising, 3e édition, Oxford 1982, p. 63.
 - (3) 12 septembre 1985, Oberlandesgericht München 5 U 4430/85 7 O 8258/85. LG München I.

(i) Le sort des stocks

La reprise des marchandises en stock est une éventualité qui doit être prévue et réglée par le contrat. L'abondance du contentieux en la matière montre son importance. Le concessionnaire automobile dont le contrat n'est pas renouvelé, ou est brusquement rompu, se trouve ainsi à la tête d'un stock de pièces détachées d'une marque qu'il ne représente plus. L'exemple s'applique mutatis mutandis en matière de franchisage.

En l'absence de clause de reprise de stock détenu par le franchisé, la jurisprudence considère, en principe, que le franchiseur n'a pas l'obligation de reprendre les stocks en fin de contrat, sauf si le franchiseur y a mis fin brusquement - il y a alors une obligation implicite (1). Les invendus sont un risque sciemment accepté par le franchisé en raison de la précarité du contrat. Mais la jurisprudence française a tenté de nuancer cela à propos du contrat de concession, et les magistrats ont invoqué soit une clause résolutoire tacite affectant les ventes faites au concessionnaire par le concédant, soit une obligation de reprise liée à l'existence et au maintien du contrat de concession exclusive, soit enfin le versement d'une indemnité destinée à réparer le préjudice subi par le concessionnaire obligé de conserver un stock inutile.

La jurisprudence a récemment réaffirmé sa position en la matière (2). Il n'y a pas d'obligation juridique de nature extracontractuelle pour le franchiseur de reprendre ou racheter le stock. Le remède consiste à autoriser le franchisé à vendre son stock, soit jusqu'à épuisement, soit pendant une certaine période, utilisant bien sûr les signes distinctifs du franchiseur, mais en précisant bien deux choses: il ne faut entendre par stock que les biens produits ou achetés par le franchisé avant la résiliation, et non ceux produits ou achetés après; parmi ces articles le franchiseur pourra acheter une part, qu'il pourra bien sûr revendre au nouveau franchisé. Cela ne signifie en aucune façon la poursuite de l'accord commercial de collaboration, le franchisé ne continue à utiliser la marque que pour écouler son stock sur le marché.

Le Franchise Investment Protection Act de l'Etat de Washington, qui date de 1971, établit dans son article 18(2)(i) qu'un franchiseur ne peut refuser de renouveler la franchise que s'il paie au franchisé la "fair market value" de l'inventaire, fournitures, équipement achetés au franchiseur. Le but de cette obligation est de ne pas surcharger le franchisé avec des articles spécialisés qui n'ont que peu de valeur pour lui sans la fran-

(1) Ed. Jupiter, droit des affaires, Marché Commun, FRANCE, T.2 - Statut des personnes. Mise à jour n°155 - juin 1985 p.43...(2).

(2) Pretura di Roma, 11 juin 1984 (ordinanza) Giurisprudenza italiana Décembre 1985, p.710, note FRIGNANI.

chise, mais qui ont une valeur significative pour le franchiseur. Il n'y a cependant aucune raison de limiter l'obligation de rachat à des articles "achetés au franchiseur". Les franchiseurs pourront, dans de nombreux cas, éviter cette obligation en faisant acheter l'équipement et d'autres choses semblables de leurs franchisés par des pourvoyeurs indépendants.

Le second problème que pose l'obligation de rachat concerne la détermination d'un "fair market value". L'inventaire et les fournitures devraient normalement être rachetés à leur coût, mais il y a souvent un très petit marché pour le matériel d'occasion, surtout s'il est hautement spécialisé. Le Franchise Investment Protection Act dispose que dans certains cas, le contrat de franchise devra donner une base pour la détermination de cette valeur (1). La valeur ainsi déterminée devra être raisonnable.

La Conférence sur l'uniformisation des lois au Canada, en 1982, avait déclaré que si le franchiseur est autorisé à arrêter sa relation avec son franchisé, il pourrait y avoir une obligation législative de racheter l'inventaire du franchisé. La Conférence estimait qu'une telle disposition devrait tenir compte des circonstances qui entraînent une telle obligation, du contenu de l'inventaire couvert, de l'évaluation, et enfin s'il s'agit de la résiliation du contrat, du non renouvellement, ou des deux.

La même Conférence, réunie en août 1984, s'est à nouveau penchée sur ce problème. Si le franchiseur résilie ou refuse de renouveler le contrat de franchisage non conformément au Uniform Franchises Act, il devra offrir au franchisé de lui racheter son stock qui répond aux standards actuels du franchiseur, qui est prévu par le contrat ou la pratique commerciale, et qui sera utilisé ou vendu dans la franchise. Le franchiseur rachètera cela au prix le plus bas entre le prix de gros et le prix payé par le franchisé. Le franchiseur ne sera pas obligé de racheter les articles personnalisés qui n'ont pas de valeur pour lui dans le domaine où il concède des franchises.

Enfin, une proposition de loi française, celle de MM. Glon et Couste (2), dispose dans son article 6:

"Au cas où l'intermédiaire a acquis des marchandises chez son intégrant, ce dernier peut:

-
- (1) Le contrat de la société Baskin-Robbins 31 Ice Cream Store prévoit le rachat de l'équipement au coût, moins 25% de dépréciation la première année, 15% par année ensuite, mais jamais au dessous de 30% du coût.
 - (2) Proposition de loi tendant à régler la situation juridique des franchisés et concessionnaires, n° 891, Première session ordinaire de 1973-1974, Titre I, article 6.

- soit laisser l'intermédiaire écouler les stocks restant sous l'enseigne du réseau pendant une période de six mois à un an commençant à courir au jour de la cessation du contrat;

- soit reprendre dès la cessation du contrat les marchandises qu'il a vendues dans les douze mois qui précèdent le point de départ du délai de préavis, à condition que l'intermédiaire ait fait preuve d'une diligence normale pour les vendre à la clientèle. L'intégrateur reprend alors les invendus au prix initialement facturé lors de la livraison à l'intermédiaire.

Au cas où le concédant ou le franchiseur ne choisit aucune de ces deux solutions, il est redevable d'une indemnité égale à la valeur, taxes comprises, de l'intégralité du stock de l'intermédiaire au jour de la rupture du contrat."

C'est la première fois qu'apparaît l'idée d'indemnisation du franchisé à cause d'un stock dont il ne peut rien faire, puisque son contrat étant rompu, il ne bénéficie plus des avantages, mais il est tenu par différentes clauses appelées à jouer à la fin du contrat, dont la clause de non concurrence.

(ii) La clause de non concurrence

Il est de l'intérêt du franchiseur de vouloir se prémunir contre la concurrence que pourrait lui faire son franchisé à l'expiration du contrat, pour quelque raison que ce soit. Mais cela sera sans effet si la rupture du contrat est due à une faute de sa part ou à un abus de droit de son fait. Il est évident que, bien que le contrat de franchise ne soit pas censé faire partie du fonds de commerce, celui-ci peut, à l'expiration du contrat, se trouver fort dévalué du fait de l'existence d'une clause de non concurrence trop contraignante.

MM. Gast et Mendelsohn (1) insistent sur le fait qu'une telle clause ne doit pas être applicable si la rupture du contrat est provoquée par le non respect d'une des obligations du franchiseur. En effet, le franchiseur procéderait ainsi à une récupération gratuite d'une clientèle développée par le travail du franchisé. Par le simple fait que le franchiseur, non seulement interdira au franchisé d'exploiter tout commerce identique dans la zone d'exclusivité concédée, mais en lui retirant son enseigne, il provoquera sa ruine totale et le mettra dans l'obligation de se recycler une fois de plus! Il faut être conscient de ce risque, car les tribunaux français sont encore à cet égard très indécis et plutôt du côté des intérêts du franchiseur.

(1) O. GAST et M. MENDELSON, Comment négocier une franchise, Ed. du Moniteur, p. 57.

Quoi qu'il en soit, la clause de non concurrence est valable dans son principe, à condition qu'elle soit limitée dans le temps, l'espace et quant au secteur d'activité, car elle ne doit pas empêcher le franchisé de retrouver une activité.

La Cour d'Appel de Colmar (1) décide que la clause "est pleinement licite en matière de franchisage" dès lors qu'elle répond à "l'intérêt légitime de la société bénéficiaire, elle était limitée dans le temps, dans l'espace et quant au secteur d'activité". On observera simplement que la Cour exige cumulativement les deux conditions de limitation dans le temps et dans l'espace. La Cour de Cassation, Chambre commerciale, a pour sa part abandonné cette double exigence et se contente d'une limitation soit dans le temps, soit dans l'espace, tout au moins dans les contrats commerciaux (2).

Bien que les franchiseurs aient intérêt à prévoir de telles clauses, celles-ci n'ont pas la faveur des autorités américaines en matière de concurrence. Habituellement, les tribunaux américains ne les font exécuter que lorsqu'il faut protéger des secrets commerciaux, et lorsqu'un tel accord est

"limited both as to time and territory to a scope to which can be justified as necessary to protect trade secrets."

De plus, l'accord appelé à jouer à la fin du contrat, qui applique la non concurrence à des "activités similaires" peut être ambiguë et, selon les lois américaines et canadiennes, impose des restrictions déraisonnables.

La jurisprudence du Québec a établi que lorsque

"parties had agreed to refrain from competing with one another... Such covenants are enforced if they are reasonable and not in restraint of trade. But even when not in restraint of trade in the sense of the Combines Investigation Act, they may be struck down on the grounds of public policy." (3)

Il semble que les tribunaux du Québec essaient, tout comme leurs homologues américains, de faire en sorte que les clauses de non concurrence, particulièrement celles en fin de contrat, ne soient pas déraisonnables et ne violent pas l'ordre public.

-
- (1) Cour d'Appel de Colmar, 9 juin 1982 in Dalloz Sirey 1982, jurisp., p.554.
 - (2) Cour de Cassation, Chambre commerciale, 27 octobre 1981 in Bull. civ. IV, n°371, p.295; Dalloz 1982.IR.204, observations SERRA.
 - (3) C.A. SHEPPARD, The enforcement of Restrictive Covenants in Quebec Law, 1963 in Revue du Barreau 311, p.346, in I. BERLINSKI, Franchising in the United States and Canada (1978) 13 Revue Juridique Thémis, n° 2-3, p. 584.

Certains auteurs trouvent choquant que cette clause s'applique au franchisé sans lui donner une indemnité quelconque. J.-P. Clément (1) rappelle qu'en droit du travail, les conventions collectives prévoient généralement le versement d'une quote part du salaire pendant la durée d'application de la clause. Or, en vertu de l'application des simples dispositions du droit commercial, le franchisé n'a pas droit à une telle indemnité. En Allemagne fédérale, une clause de non concurrence d'une durée de deux ans est généralement prévue, mais sans dédommagement financier pour l'ex franchisé (2).

Se pose ici le problème de l'accaparement, prétendu ou réel, de la clientèle du franchisé par le franchiseur qui aurait été la conséquence du jeu de la clause de non concurrence, et celui de l'éventuel octroi d'une indemnité de clientèle à l'ex franchisé.

(iii) L'indemnité de clientèle

Que le contrat soit à durée déterminée ou non, le franchisé ne bénéficie pas d'un droit au renouvellement, étant donnée l'indépendance des parties. Quel est alors le sort de la clientèle, et à qui appartient-elle ? Dans des proportions variables selon les réseaux de franchises, la clientèle se partagera entre le franchiseur, l'ancien franchisé et l'éventuel nouveau franchisé. C'est justement pour cela qu'il a paru difficile aux tribunaux d'attribuer une indemnité de clientèle au franchisé. Comme le remarque Didier Ferrier, ceux-ci

"se trouvent exclus du bénéfice d'un régime d'indemnité de clientèle prévu uniquement pour des intermédiaires salariés ou mandataires, qui n'ont eux aucun droit sur la clientèle créée pour le compte du mandant ou de l'employeur. En effet, l'indemnité d'un droit de clientèle n'est pas la sanction d'un droit patrimonial du représentant sur la clientèle, elle répare le préjudice causé au représentant par la rupture du contrat; elle est à cette fin calculée en tenant compte de l'importance en nombre et en valeur de la clientèle apportée, créée ou développée par le représentant."(3)

A cette raison juridique s'ajoute une constatation pratique: la clientèle ira vers celui auquel elle est attachée, le franchiseur qui l'a attirée par sa marque, ou l'ancien franchisé dont il a apprécié les qualités de commerçant ainsi que les services rendus. Il apparaît donc conforme

(1) Jean Paul CLEMENT, De quelques problèmes posés par le franchisage aux rédacteurs de contrats, Gazette du Palais 1977.II. p.543.

(2) Services commerciaux français en République fédérale d'Allemagne, poste de Munich, mars 1981.

(3) Didier FERRIER in J.-P. CLEMENT, op. cit., p.547.

au droit et à l'équité qu'aucune indemnité ne soit versée au franchisé dans la mesure naturellement où celui-ci peut continuer une activité similaire au même endroit.

Mais limiter l'indemnité à la seule perte de la clientèle est trop restrictif, c'est le préjudice causé par le retrait de la franchise qui doit être intégralement réparé. Or cela ne pourra être le cas que s'il y a rupture abusive du contrat à la charge du franchiseur.

CONCLUSIONS

Décider s'il est ou non possible de rédiger un instrument international en matière de franchisage est une tâche difficile. Une telle décision implique des appréciations et une prise de position, dont l'une, et non la moindre, concerne la définition exacte du contrat de franchise. L'examen des différentes définitions met à lui seul en évidence les divergences qui existent et qui ne sont pas toujours mineures. Ces divergences peuvent être rangées en catégories et résumées comme suit:

1. Nature du contrat

- distribution
- production
- collaboration
- association
- licence
- "sui generis"

2. Parties au contrat

- producteur/grossiste
- producteur/détaillant
- grossiste/détaillant

3. Liberté contractuelle des parties

- égalité
- l'une plus forte que l'autre

4. Forme du contrat

- express
- implicite
- écrit

5. Nature des produits/services offerts/fournis par le franchiseur

- produits/services
- savoir faire
- formation

- méthode
- organisation
- publicité

6. Ce que le franchisé doit exploiter

- marque/ nom commercial
- "format"
- procédé
- enseigne
- formule
- secret commercial

7. Conditions auxquelles le franchisé a le droit d'exploiter

- selon le procédé
- contrôle du franchiseur
- durée prévue
- exclusivité réciproque (le plus souvent territoriale)

8. Droits de franchise et investissement financier

- substantiel/ réduit
- droit d'entrée
- redevances

9. Indépendance financière du franchisé par rapport au franchiseur

- pas entre une société holding et ses sociétés annexes
- pas entre sociétés annexes de la même société holding

10. Dépendance/ indépendance au niveau organisation du franchiseur par rapport au franchiseur

- réseau de distribution
- association de sociétés égalitaires

D'autres éléments importants à considérer sont:

- l'originalité de l'invention ou du produit dont le franchiseur est propriétaire
- la nécessité pour le franchiseur d'avoir préalablement expérimenté ses méthodes/ produits dans des magasins pilotes
- la nécessité d'actualiser constamment le savoir-faire
- les problèmes relatifs aux abus et à la fin du contrat
- les conflits avec les lois anti-trust.

Il faudra être attentif à ce dernier point, même s'il va au-delà de la portée d'un instrument juridique international de droit privé, parce qu'il a une grande influence en matière de franchisage.

De plus, il faut, avant d'élaborer tout instrument international, délimiter de façon claire ce qui est de droit public et privé. Il faut également examiner la législation relative à la responsabilité civile et pénale. Tout cela pour éviter une superposition avec les législations existantes.

Le type d'instrument international à adopter devra être envisagé avec précaution du fait des particularités du franchisage. Il faudrait déterminer l'objectif de l'instrument - doit-il être avant tout un remède aux abus, ou doit-il faire plus, et dans ce cas de quelle façon ? Doit-il servir de stimulant pour l'adoption de lois nationales ? Dans quelle mesure les remèdes apportés au niveau national peuvent-ils être adoptés au niveau international ?

Au niveau national, l'adoption d'une législation sur le franchisage est sans aucun doute la meilleure solution quant à ce phénomène. Le contenu d'une telle législation est un point qui pourrait être controversé. Une disposition sur la divulgation ("disclosure") devrait y figurer, bien que moins détaillée que celles de la Federal Trade Commission ou du Full Disclosure Act du 21 octobre 1979 américaines. La formule suggérée par le Uniform Franchises Act canadien contient tous les éléments nécessaires, mais n'essaie pas de tout régler dans le détail - elle représente en cela une solution de compromis possible. Dans toute loi uniforme, il est probable que les points retenus pour être divulgués devront être plus schématiques que dans un système national.

L'enregistrement ("registration") est un autre remède que l'on peut suggérer. Dans ce cas, le franchiseur doit enregistrer devant une autorité compétente avant de proposer sa franchise au public. L'enregis-

trement ne sera accordé que si le franchiseur réunit certains critères de compétence, de solvabilité et d'intégrité. L'on pourrait également exiger l'enregistrement du document de divulgation, au cas où l'information fournie n'est pas complète. Il est clair que des problèmes surgiront dans la franchise internationale - avec quelles autorités nationales est-il possible d'enregistrer ?

Une combinaison entre divulgation totale et enregistrement a été proposée, et à laquelle on pourrait parvenir.

Un autre problème relatif à une législation est la réglementation du contenu du contrat: la loi devrait-elle aller aussi loin, jusqu'à régler en détail: la fin ou le renouvellement du contrat, les droits de franchise, les contrats de distribution entre franchiseur et franchisé sous condition ("tie-in arrangements"), les interdictions de vendre à un prix qui ne soit pas juste ou raisonnable, etc.? Il est clair qu'un instrument international pourrait contenir moins de détails qu'un instrument national.

Le rôle des codes de déontologie doit également être envisagé. Ces codes pourraient servir de base au développement d'instruments juridiques, à la fois nationaux et internationaux. Cela pose la question de la valeur normative des codes de déontologie. En général, les membres d'une association devraient être liés par les réglementations internes de l'association. Ces codes, malgré leur importance considérable et le fait qu'ils sont considérés comme complétant la loi d'un pays (1), apparaissent comme faisant partie de ces réglementations internes. Les tribunaux font le plus souvent application des principes généraux régissant les contrats, ne reconnaissant pas aux contrats de franchise une spécificité qui ne résulte ni d'une réglementation légale qui n'existe pas, ni d'un usage qui s'imposerait à tous les professionnels, en l'absence d'une règle de droit écrite (2).

L'importance économique croissante du franchisage, ainsi que l'incertitude de sa situation aussi bien au niveau national qu'international, appellent à prendre des mesures. Que ces mesures aient un caractère national ou international, quelle forme devraient-elles revêtir, et ce qu'il est en fait possible de faire, est une question d'appréciation. Les opérateurs ont exprimé leur appréhension quant à une éventuelle loi, craignant qu'elle ne freine leurs activités de façon excessive, en par-

(1) G.E. BOISVERT, op. cit., p. 4.

(2) F. CAQUELIN, La franchise et le droit, Gazette du Palais, 4 nov. 1982, p. 567.

ticulier si elle prend une forme proche de la loi américaine existante. Mais ils seraient favorables à l'élaboration et à l'adoption d'une loi qui soit plus libérale.

D'un autre côté, il semble qu'il faille régler ce phénomène économique pour éviter les problèmes qui pourraient surgir en l'absence de règles nationales ou internationales.

QUESTIONNAIRE RELATIF AUX CONTRATS DE FRANCHISAGE

1. A quelle forme de franchisage a-t-on le plus souvent recours dans la pratique (veuillez indiquer dans quel ordre et le pourcentage approximatif):

- (a) la franchise de services
- (b) la franchise de production
- (c) la franchise de distribution
- (d) la franchise industrielle
- (e) la franchise de capitalisation
- (f) la franchise de concession de license de marque
- (g) la franchise conventionnelle
- (h) la franchise itinérante
- (i) business opportunity ventures
- (j) d'autres formes ou combinaison de celles ci-dessus mentionnées?

2. Existe-t-il dans votre pays une législation réglementant le franchisage, par exemple les relations franchiseur/franchisé, ainsi qu'un contrôle officiel sur ces relations, comme par exemple une loi de divulgation (disclosure act)?

3. S'il n'existe aucune loi spécifique réglementant le franchisage dans votre pays, quelles lois applique-t-on par analogie aux contrats de franchisage?

4. S'il n'existe aucune disposition légale sur la divulgation, quels sont les principes juridiques appliqués par les tribunaux?

5. Veuillez indiquer des cas de jurisprudence rendus en matière de franchisage.

6. Quels sont les critères adoptés dans votre pays pour fixer la somme que le franchisé doit payer au franchiseur? S'agit-il de:

- (a) droit d'entrée
- (b) redevances proportionnelles au chiffre d'affaires
- (c) autres?

Dans quelle mesure les clauses qui réglementent un tel paiement sont-elles considérées comme valables?

7. Quels sont, en fonction de votre expérience, les abus les plus communs en matière de franchisage?

8. Existe-t-il dans votre pays une législation qui protège les droits du franchisé contre la rupture arbitraire du contrat de franchisage ou la revente de la franchise par le franchiseur, ou qui pourrait être appliquée à cet effet?

9. Quelle est à votre avis l'importance pratique des codes de déontologie adoptés par les associations de franchisage?

10. Concernant le franchisage international, votre réponse à la question 1 serait-elle différente?

11. Quels sont, à votre avis, les aspects des opérations de franchisage international qui posent des difficultés particulières et/ou différent de celles que l'on rencontre dans les transactions de franchisage au plan national?

12. En particulier, les obligations soulevées par le franchisage international sont-elles ou non différentes de celles qui existent dans le franchisage national?

13. Dans quelle mesure pensez-vous que les différentes formes de franchisage utilisées dans les transactions internationales méritent un traitement spécial, individuel, ou pensez-vous que l'on puisse les réglementer de façon adéquate par les mêmes règles et dans le même instrument?

14. Dans la mesure où l'on estime que des règles internationales en la matière sont souhaitables, quelle forme serait à votre avis la plus adaptée:

(a) législation uniforme internationale;

(b) une loi modèle;

(c) une combinaison de (a) et de (b), gardant à l'esprit que certains sujets qui sont à présent normalement couvert dans la pratique par des contrats-type ou conditions générales des franchiseurs, devraient peut-être être soumis à des règles obligatoires sans toutefois porter préjudice au principe de base de l'autonomie des parties.

(d) une directive, ou

(e) un contrat-type.