UNIDROIT 1989
Etude LXVIII - Doc. 3
(Original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

LE CONTRAT DE FRANCHISAGE

Examen des clauses de contrats de franchisage

(Note du Secrétariat)

Rome, mars 1989

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION

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, afin de décider si le sujet devait être inclu au nouveau Programme de travail pour la période triennale 1987 à 1989. Un sous-comité du Conseil de Direction a examiné ce rapport (C.D. 65 - Doc. 12) à sa 65ème session en avril 1986.

Le matériel examiné lors de la préparation du premier rapport était en majeur partie constitué d'articles et d'ouvrages publiés sur le sujet et disponibles à l'époque, de législations d'un certain nombre d'Etats américains qui avaient adopté des lois ou règles en la matière, ainsi que des *Rules and Guides on Franchising and Business Opportunities* de la Federal Trade Commission américaine. Un certain nombre de problèmes liés au franchisage ont été mis à jour lors de la préparation du rapport préliminaire. Ceux-ci s'étendent de la véritable nature du contrat qui, ayant un caractère hybride, n'est pas facilement assimilable à d'autres contrats plus traditionnels, aux abus et aux conflits avec la réglementation existante et impérative tel que le droit de la concurrence. De nombreuses divergences étaient apparues entre les différents pays étudiés, ainsi qu'un manque général de réglementation (avec quelques rares exceptions). Les diverses solutions qui ont été expérimentées dans certains pays, telles que les procédures de présentation (full disclosure) du *Full Disclosure Act* des Etats-Unis (1979), avaient été examinées, ainsi que la possibilité d'en tirer des éléments pour un instrument international.

Les divergences apparues concernaient:

- la nature du contrat (s'agit-il d'un contrat de distribution, de production, de collaboration, d'association, de licence ou d'un contrat *sui generis?)*;
- les parties au contrat (il peut s'agir soit d'un producteur et d'un grossiste, soit d'un producteur et d'un détaillant, soit d'un grossiste et d'un détaillant, mais non de deux grossistes);
- la force de négociation des parties - l'une est généralement plus forte que l'autre - ce qui aboutit parfois à des abus et à un contrat déséquilibré;
- la forme du contrat: est-il exprès ou implicite? Doit-il ou non être rédigé par écrit?;
- la nature des produits ou services offerts ou fournis par le franchiseur: il devrait s'agir de savoir-faire, mais peut s'agir de formation, de méthode et/ou d'organisation de l'activité, et de publicité;
- ce que le franchisé doit exploiter, c'est-à-dire une marque ou un nom commercial, une enseigne, un procédé, une formule ou un secret commercial;
- les conditions auxquelles le franchisé a le droit d'exploiter, qui peuvent comprendre le procédé, le contrôle du franchiseur (intérêt

continu), une durée prévue et une exclusivité réciproque (qui est le plus souvent territoriale);
- les droits du franchisé et l'investissement financier, qui peuvent être substantiels ou réduits et peuvent comprendre un droit d'entrée et/ou des redevances;
- l'indépendance financière du franchisé par rapport au franchiseur, c'est-à-dire qu'il ne peut s'agir d'une société holding et de ses sociétés annexes, ni de sociétés annexes de la même société holding;
- la dépendance ou l'indépendance au niveau de l'organisation du franchisé par rapport au franchiseur, s'ils font partie d'un réseau de distribution, ou forment une association de sociétés égalitaires.

Il y avait d'autres éléments dont l'importance avait été soulignée par les sources consultées: l'originalité de l'invention ou du produit dont le franchiseur est propriétaire, la nécessité pour le franchiseur d'avoir préalablement expérimenté ses méthodes ou produits dans des magasins pilotes (souligné en particulier dans les documents français), la nécessité d'actualiser constamment le savoir-faire, les problèmes relatifs aux abus et les effets en fin de contrat (le sort des stocks, les clauses de non-concurrence, l'indemnité de clientèle), et comme cela a déjà été mentionné, les conflits avec les lois anti-trust.

Reconnaissant que le franchisage soulève des problèmes juridiques, très variés, dont certains ne semblent pas pouvoir être réglementés au plan international, le sous-comité du Conseil de Direction a recommandé l'introduction du sujet au nouveau Programme de travail. Le Conseil de Direction a souscrit à cette recommandation et demandé au Secrétariat de soumettre aux Gouvernements, aux milieux professionnels et aux experts en la matière le rapport préliminaire accompagné d'un questionnaire destiné à obtenir des informations supplémentaires.

Les Gouvernements d'Afrique du Sud, de la République fédérale d'Allemagne, d'Australie, d'Autriche, du Canada, du Chili, du Danemark, d'Italie, du Japon, du Luxembourg, du Mexique, du Royaume-Uni, de Suède, de Suisse et du Venezuela ont envoyé des réponses. Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique a indiqué qu'il fallait considérer les réponses de l'International Franchise Association située aux Etats-Unis comme reflétant la position des Etats-Unis. La Direction Générale IV de la Concurrence à la Commission des Communautés européennes, les associations professionnelles d'Australie, des Etats-Unis d'Amérique, d'Italie, des Pays-Bas, du Royaume-Uni et de Suède, des particuliers (y compris des collaborateurs correspondants) d'Argentine, du Canada, des Etats-Unis d'Amérique, de France, d'Italie, du Maroc, du Royaume-Uni, de Suède, de Thaïlande, du Venezuela et de Yougoslavie ont également fait parvenir leur réponse.

Les points soulevés dans le questionnaire étaient les suivants:

- la fréquence du recours aux différentes formes de franchisage (avec une indication en pourcentage) et la différence éventuelle entre franchisage national et franchisage international;

- l'existence ou non d'une législation en matière de franchisage en général ou destinée à protéger les droits du franchisé contre la rupture arbitraire ou la revente de la franchise par le franchiseur, ou encore relative à d'autres problèmes importants en la matière - qui peuvent revêtir une importance particulière si l'on considère qu'il y a une carence générale de législation spécifique en matière de franchisage;
- tout autre principe juridique appliqué par les tribunaux;
- cas de jurisprudence rendus en matière de franchisage et abus les plus fréquents;
- les sommes que le franchisé paie au franchiseur, ainsi que leur calcul;
- les codes de déontologie et leur importance;
- les difficultés particulières rencontrées dans le franchisage international par rapport au franchisage au plan simplement national; les différences entre les deux telles que celles qui existent dans les obligations des parties;
- le besoin d'une réglementation spéciale pour les différentes formes de franchisage ou la possibilité de les réglementer toutes dans un seul instrument;
- la forme d'un instrument international la plus adaptée en matière de franchisage.

A sa 67ème session, le Conseil de Direction a examiné une étude des réponses au questionnaire (C.D. 67 - Doc. 9), dont on peut résumer les conclusions comme suit:

- la fréquence des différentes formes de franchisage a été indiquée comme étant, dans l'ordre: distribution, services, production, conventionnelle, concession de licence de marque, *business opportunity ventures*, industrielle, itinérante, de capitalisation et enfin d'autres combinaisons de franchisage. La plupart des réponses ont indiqué qu'il n'y avait pas une grande différence entre le franchisage national et international; toutefois, plusieurs d'entre elles ont donné la fréquence du recours au franchisage dans différents secteurs du commerce et non pas la forme de franchisage; quelques-unes, en particulier celle de l'Association britannique de franchisage, ont contesté la validité des différentes formes indiquées, parlant au contraire de "générations" de franchisage avec le *business format franchise* comme élément le plus récent;
- il a été confirmé qu'il n'y avait pratiquement aucune législation spécifique sur le franchisage, alors que celle qui pourrait avoir des effets sur le franchisage était entre autres la législation en matière de marques, de licences, de savoir-faire et de concurrence. La question de l'importance d'une législation de droit du travail a également été examinée dans diverses réponses;
- les autres principes juridiques appliqués par les tribunaux étaient la bonne foi et la pratique loyale dans les affaires;
- les réponses parvenues de République fédérale d'Allemagne, d'Australie, du Canada, des Etats-Unis d'Amérique, de France, d'Italie, du Japon et de Suède ont cité des décisions judiciaires concernant le franchisage ou ayant un rapport avec le franchisage;

- en ce qui concerne les abus, quelques réponses en ont indiqué à la fois de la part du franchiseur et de la part du franchisé. Ont été indiqués comme les plus fréquents de la part du franchiseur la présentation trompeuse, l'imposition de conditions injustes et excessivement restrictives, l'abus de position dominante (y compris la rupture arbitraire du contrat), la discrimination entre les franchisés, l'équilibre injuste des obligations entre franchiseur et franchisé et une assistance insuffisante de la part du franchiseur. Les abus les plus fréquents de la part du franchisé ont été indiqué comme étant le défaut de paiement, le fait de ne pas remplir correctement ses obligations et de refuser de payer les commissions après avoir fini son apprentissage et avoir "tout appris";
- en ce qui concerne les droits à payer, l'on a indiqué une grande variété de combinaisons possibles, et quelques réponses ont même signalé la combinaison la plus fréquente dans les différents secteurs. Certaines réponses ont indiqué un pourcentage limite autorisé. Certains critères variés de détermination des droits ont été donnés: il peut s'agir d'une indication générale selon laquelle la question est strictement une question d'accord entre les parties, mais on peut aller jusqu'à trouver une détermination des critères qui suit les conditions du marché et l'exigence générale du caractère raisonnable de celles-ci;
- l'importance donnée aux codes de déontologie des associations de franchisage était très variable, allant de "vitale" à "marginale" - la plupart des réponses les ont considérés importants surtout à des fins spécifiques (comme par exemple la mise en place de standards);
- en ce qui concerne les difficultés particulières rencontrées dans le franchisage international, certaines réponses ont indiqué que les problèmes n'étaient pas différents de ceux rencontrés dans toute forme de commerce international, alors que d'autres ont indiqué que les problèmes visaient la détermination de la loi applicable, la juridiction et les problèmes posés par le recours à une juridiction étrangère, les divergences existant entre les différents systèmes nationaux (que certains indiquent comme augmentant l'importance des clauses de choix de la loi), le fait de de pas réussir à adapter le système au pays étranger ou au contraire une adaptation excessive, le manque de reconnaissance de la marque ou du nom commercial, les restrictions du contrôle monétaire, les problèmes de langage, les problèmes dans l'interprétation du contrat, les problèmes dus aux réglementations anti-trust et les contrastes entre ces réglementations nationales et internationales (notamment dans les Etats membres de la CEE), et, enfin, les problèmes de formation et de contrôle;
- quant à la référence au besoin éventuel d'une réglementation différente pour les diverses formes de franchisage, l'écrasante majorité des réponses parvenues a considéré que l'on pourrait traiter les différentes formes de franchisage dans le même instrument; et
- en ce qui concerne la forme d'un instrument international, la majorité des réponses a indiqué que la directive était l'instrument le plus adapté. Quelques réponses ont toutefois indiqué la loi uniforme, souvent combinée avec une loi modèle. Les arguments soulevés contre la législation uniforme, et même l'adoption d'une loi modèle ou d'un contrat-type sont cependant apparus très convaincants.

A la lumière des réponses reçues et des éléments nouveaux attendus à la fois au plan national et international, en particulier la future adoption tout d'abord du projet de Règlement (CEE) de la Commission concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du Traité de Rome à des catégories d'accords de franchise et, en deuxième lieu, de l'avant-projet de loi préparé par la Commission parlementaire suédoise sur le franchisage, le Conseil de Direction a décidé de remettre toute décision relative à des travaux futurs sur le contrat de franchisage. Le Secrétariat avait été prié de soumettre à la 68ème session du Conseil de Direction un document qui examinerait essentiellement le contenu réel des accords de franchise et les décisions des tribunaux dans les divers pays, ainsi que les éléments nouveaux attendus, en particulier dans la CEE.

A la suite de cette décision, le Secrétariat a demandé à des franchiseurs dans le monde entier de lui envoyer des exemplaires de contrats de franchisage, en garantissant l'utilisation confidentielle du matériel reçu.

Au moment de la rédaction du présent document (début mars 1989), soixante contrats (plus un contrat modèle d'une association professionnelle) étaient parvenus de douze pays différents: Afrique du Sud (1), République fédérale d'Allemagne (6), Autriche (1), Belgique (1), Espagne (2), Etats-Unis d'Amérique (6), France (1), Italie (22), Luxembourg (1), Royaume-Uni (16), Suède (1) et Zambie (2). Le contrat-modèle avait été envoyé par l'Association néerlandaise de franchisage et on peut le trouver dans une brochure sur le franchisage publiée par l'Institut de coordination des petites et moyennes entreprises (Coördinerend Instituut Midden- en Kleinbedrijf). Par ailleurs, deux franchiseurs (l'un du Royaume-Uni et l'autre de la République fédérale d'Allemagne) ont envoyé la brochure d'information destinée aux futurs franchisés, mais n'ont pas joint de contrat. Enfin, quatre banques du Royaume-Uni (National Westminster Bank, Midland Bank, Barclays Bank et The Royal Bank of Scotland) ont fait parvenir des publications relatives au franchisage qu'elles offrent aux futurs franchiseurs et franchisés. La Scottish Developpment Agency, active pour la promotion du franchisage, a également envoyé quelques-unes de leurs publications d'information.

Sur les soixante contrats parvenus, vingt cinq concernent ce que l'on pourrait considérer comme des franchises de services, tandis que trente cinq font référence aux franchises de distribution. Plusieurs combinent certains éléments des deux et c'est alors leur caractéristique prédominante qui a déterminé leur classification dans le présent rapport. Les secteurs concernés sont les suivants: habillement (9), équipement électrique et électroménager (7), restauration rapide (3), informatique (2), papeterie (2), chaussures (2), meubles (2), encadrement de tableaux (2) , maternité et soin de l'enfant (1) , boutiques de cadeaux (1), sacs et accessoires (1), textiles (1), cosmétiques (1) et vente à domicile de nourriture (1); services: services de nettoyage (6), services de réparation de fenêtres (2), hôtels (2), écoles de langue et de perfectionnement (2), centres de beauté de divers types (2), services de publicité (1), opérateurs

financiers (1), agences de voyages (1), services de drainage (1), services de nettoyage automobile (1), agences d'emploi (1), imprimerie (1), courriers express (1), services de toiture (1), production de produits chimiques (1), et brasseries (1). La majorité des contrats reçus concerne le franchisage national et non pas international, bien que souvent les sociétés en question soient d'origine étrangère.

En dépit de la grande variété des secteurs concernés, ainsi que du nombre de pays différents d'où proviennent ces contrats, l'examen des accords conduit à la conclusion qu'en général, les différences qui existent entre eux ne dépendent pas nécessairement du secteur ou même du pays. L'on trouve davantage de détails et une définition plus claire du contenu du contrat de franchisage dans les pays où le phénomène existe depuis plus longtemps - de façon non surprenante, les contrats les plus longs proviennent des Etats-Unis où le franchisage a débuté, et où plusieurs Etats ont des législations avec des exigences de présentation (un contrat, annexes inclues, compte environ 200 pages ou davantage). Par contre, il y a des contrats provenant de pays où le phénomène ne se développe que maintenant, ou doit encore se développer, que l'on peut difficilement considérer comme des contrats de franchisage, étant plus proches d'autres formes de distribution ou des contrats de services.

Il n'a pas été facile de trouver les adresses des franchiseurs. Les associations de franchisage ont été contactées et cinq ont répondu en envoyant la liste de leurs membres (les associations de franchisage australienne, autrichienne, britannique, italienne et suédoise - l'on attend également la liste des membres de l'International Franchise Association située aux Etats-Unis). L'on a par ailleurs utilisé des listes de franchiseurs publiées, comme par exemple celle qui figure dans l'opuscule intitulé "Fare affari con il franchising" annexé au numéro de novembre du mensuel économique italien "Espansione". Le résultat est que si les contrats autrichiens, britanniques et suédois proviennent de franchiseurs qui ont adhéré aux principes déontologiques de leurs associations, ce n'est pas le cas des contrats reçus des franchiseurs italiens Italie par exemple où seuls cinq contrats sur les vingt deux reçus proviennent de franchiseurs membres de l'Assofranchising (l'on ne sait pas si certains franchiseurs d'autres pays sont membres ou non d'associations de franchisage, le Secrétariat ne disposant pas de toutes les listes de membres).

L'on perçoit l'importance de cette observation dans ce contexte lorsque l'on considère que si les associations de franchisage poussent à l'adoption générale de certaines règles déontologiques de base (l'Association britannique de franchisage a obtenu un succès particulier à ce propos), tous les franchiseurs ne sont pas membres de leur association nationale et ne se sentent par conséquent pas liés aux règles déontologiques de base présentées par les associations. Des statistiques de la Fédération européenne de franchisage (qui excluent toutefois les ventes d'automobiles, de camions, d'essence, d'embouteillage de boissons non alcoolisées et d'hôtels) indiquent qu'en 1987 il y avait en Italie 162

franchiseurs, alors que l'association italienne de franchisage, l'Assofranchising, a enregistré 29 membres à part entière et 12 membres potentiels en 1988. De façon similaire, au Royaume-Uni (les statistiques de la Fédération européenne de franchisage se limitent aux *business format franchises)* le nombre des franchiseurs en 1987 était de 244, tandis que l'Association britannique de franchisage a enregistré 89 membres et 29 associés en 1988. En Suède également, les chiffres représentent environ la moitié: 44 franchiseurs en 1987 contre 23 membres de l'Association suédoise de franchisage et 11 postulants. Il convient de peser attentivement ces éléments lorsque l'on examine l'opportunité d'une réglementation uniforme du phénomène, en particulier parce que les activités des associations de franchisage et les codes de déontologie qu'elles ont adoptés sont souvent proposés comme un substitut adéquat à une réglementation à tous niveaux, mais il ne faudrait pas sous-estimer l'importance et les effets à long terme des initiatives des associations de franchisage: puisque de gros franchiseurs en particulier ne peuvent pas se permettre de ne pas tenir compte des règles déontologiques de base proposées par leurs associations, l'on se demande s'il en est de même pour les franchiseurs moins importants.

Dans le présent rapport, l'on prêtera une attention particulière aux points soulevés par l'examen des contrats reçus et qui devraient être examinés davantage avant d'émettre un jugement définitif sur la pertinence d'une action de l'Institut en matière de franchisage.

Le temps à disposition n'a pas permis de se pencher de façon approfondie les décisions des tribunaux, et l'examen des prétendus abus du franchiseur, ou même du franchisé, a donc forcément dû être remis à plus tard.

Lorsque l'on considère le présent rapport, il faudrait garder à l'esprit la tentative de définition du phénomène faite dans la première étude, c'est-à-dire que le franchisage doit 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 savoir-faire 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 devant à son tour suivre les instructions qu'il a reçues et agir conformément à sa formation.

Il convient de faire ici certaines considérations d'ordre général. Le franchisage se base sur le renom de la marque/nom commercial du franchiseur; tous les établissements utilisant cette marque/ce nom commercial doivent donc, pour la bonne réputation de toutes les personnes concernées, répondre aux standards établis par le franchiseur. Afin de

garantir cela, un certain contrôle de la part du franchiseur est essentiel (sans mentionner le fait que la marque/le nom commercial est la propriété du franchiseur et il semblerait justifié de lui permettre de contrôler la façon dont son bien est utilisé par d'autres personnes). La question qui se pose est celle de l'étendue de ce contrôle et sa nature. De façon analogue, les relations étroites entre le franchiseur et les franchisés, qui se manifestent dans certains aspects du contrat telle l'assistance continue offerte au franchisé par le franchiseur, peuvent également faire douter de la véritable indépendance du franchiseur face au franchiseur, bien que, encore une fois, ces relations étroites puissent être essentielles pour le succès du système. Par ailleurs, puisque l'idée est de promouvoir la vente d'un produit ou d'un service, il semblerait logique de permettre une certaine planification de la part du franchiseur concernant de la situation des établissements concernés; cette planification peut toutefois être interprétée comme étant restrictive en termes de concurrence entre entreprises et peut en conséquence être interdite.

Il n'est pas toujours facile de faire une distinction entre les clauses qui, tout en étant restrictives dans une certaine mesure sont autorisées, et celles qui ne le sont pas. Le problème est de savoir comment garantir au franchiseur le contrôle dont il a besoin sur l'établissement afin de faire de l'opération un succès pour toutes les parties, tout en assurant que l'indépendance du franchisé ne soit pas réduite dans la mesure où il devient un représentant ou une succursale du franchiseur.

I. EXAMEN DES CLAUSES DES CONTRATS RECUS

1. Marque, nom commercial, droit d'auteur et brevet

La marque, le nom commercial, le droit d'auteur ou le brevet qui caractérise la franchise est la propriété du franchiseur. Toute action qui vise à les protéger doit donc être intentée par le franchiseur et non par le franchisé. La plupart des contrats examinés prévoit l'obligation générale pour le franchisé d'informer le franchiseur de toute violation de ces droits, et ce sera alors au franchiseur d'intervenir. Quelques contrats prévoient que le franchisé intente une action en son propre nom si le franchiseur ne bouge pas, et le franchiseur doit alors l'assister. D'autres indiquent que le franchiseur peut demander au franchisé d'agir en son nom et à ses frais - la seule limite étant que si le franchisé consulte de façon indépendante un homme de loi, il devra le payer lui-même. Bien que le franchisé ne soit pas titulaire de la marque, du nom commercial, du droit d'auteur ou du brevet, il peut souvent être inscrit comme étant autorisé à utiliser ce droit et quelques contrats prévoient cette possibilité. Presque tous les contrats examinés indiquent que le franchisé ne peut utiliser la marque ou le nom commercial dans le nom de sa propre société.

De la même façon que ces droits de propriété intellectuelle, la clientèle de l'entreprise est également considérée comme la propriété du

franchiseur, cela étant spécifiquement prévu dans plusieurs contrats. Un seul contrat indique qu'à la fin du contrat le franchisé doit être indemnisé pour avoir développer le système.

Plusieurs contrats se réfèrent aux améliorations que le franchisé a apporté au système. Alors que la plupart d'entre eux prévoient l'obligation pour le franchisé de communiquer au franchiseur toute amélioration de son invention apportée au système, donnant au franchiseur le droit d'introduire ces améliorations sans payer aucune indemnité au franchisé, un seul contrat donne au franchisé le droit d'utiliser les améliorations qu'il a conçues après la fin du contrat, à condition que ce droit soit limité aux améliorations qui ne sont pas inséparables du système dans son ensemble.

2. L'exclusivité du produit

Le franchisage est un système conçu de façon spécifique pour promouvoir la vente des produits ou des services du franchiseur. Il n'a donc aucun intérêt à vendre les produits de quelqu'un d'autre. La plupart des contrats contiennent donc une obligation pour le franchisé de ne vendre que les produits du franchiseur. Quelques contrats indiquent toutefois que le franchisé peut vendre des produits d'autres producteurs sous réserve de l'accord préalable du franchiseur.

De la même façon, la plupart des accords de franchise de services prévoient l'obligation pour le franchisé de se fournir directement chez le franchiseur ou chez des fournisseurs autorisés par lui. Seuls quelques contrats autorisent le franchiseur à permettre au franchisé d'obtenir des produits chez d'autres fournisseurs, s'il démontre que cet autre fournisseur a, sans exception, des prix inférieurs pour des produits de même qualité.

Il est intéressant de noter que certains contrats autorisent le franchiseur à modifier la quantité ou la qualité des marchandises commandées par le franchisé, sans que celui-ci puisse se plaindre.

Ce que l'on appelle " la franchise combinée", ou franchise dans une franchise, dans laquelle un franchiseur vend des produits et/ou des services dans l'établissement d'un autre franchiseur est un élément nouveau en pleine expansion. L'on ne dispose cependant d'aucune donnée relative à cet élément.

3. L'exclusivité territoriale

La plupart des contrats prévoient une exclusivité territoriale pour la franchise avec un certain nombre de limites posées par certains contrats: une limite consiste à autoriser le franchiseur à ouvrir lui-même des succursales; droit pour le franchiseur de modifier les limites territoriales, ou de permettre à un autre franchisé d'ouvrir un

établissement si les ventes du franchisé sont inférieures, d'un certain pourcentage, à l'objectif fixé et cela pendant un certain temps; droit pour le franchiseur de conclure des contrats visant la fourniture de services d'importance nationale et, si le franchisé n'est pas en mesure de fournir les services supplémentaires qui lui sont demandés, de charger un autre franchisé du service ou de le faire lui-même, et , enfin, dans le cas d'une franchise itinérante, le droit pour le franchiseur d'ouvrir ses propres succursales ou de donner à des franchises des locaux permanents.

Il convient de noter que l'exclusivité territoriale est l'un des points sur lesquels le franchisage peut entrer en conflit avec le droit de la concurrence (voir cependant le Règlement (CEE) de la Commission N° 4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accord de franchise, annexé au présent rapport). A vrai dire, plusieurs contrats excluent de façon spécifique l'exclusivité territoriale, prévoyant plutôt une position privilégiée du franchisé sur le territoire considéré.

4. Les restrictions de prix

La fixation des prix est une autre question très controversée parce que l'on considère qu'elle retreint la concurrence. La pratique varie ici quelque peu d'un pays à l'autre. Alors que la majorité des contrats italiens indique que le franchisé ne doit vendre les produits du franchiseur qu'au prix de détail indiqué par le franchiseur, ce qui tout à fait acceptable puisqu'il n'existe pas encore de législation anti-trust en Italie, des contrats du Royaume-Uni se limitent souvent à indiquer que le franchisé devrait consulter le franchiseur à propos de l'échelle des prix aux consommateurs. A l'autre extrême, des contrats aux Etats-Unis prévoiront souvent que les franchisés sont libres de fixer les prix.

La pratique qui consiste à restreindre la possibilité du franchisé d'organiser des ventes promotionnelles ou des soldes de fin de saison est liée aux dispositions restreignant la liberté du franchisé de fixer les prix des marchandises qu'il vend. Certains contrats prévoient non seulement des restrictions en ce qui concerne la période au cours de laquelle ces manifestations peuvent avoir lieu, en précisant souvent les jours du mois où cela est permis, mais les restrictions se réfèrent aussi aux prix que l'on peut demander pour les marchandises et aux éléments du stock qui peuvent être vendus - quelques franchiseurs prévoient même un stock particulier qui doit être vendu pendant les soldes et qui peut être demandé par les franchisés.

5. Droits d'entrée et investissement financier

Le fait que le franchisé soit un entrepreneur indépendant, qu'il investit son propre argent et prend tous les risques financiers de l'opération est l'un des traits principaux de la franchise souligné dans la

description que nous avons donné plus haut. Les contrats européens de franchisage examinés ne font en général pas référence à l'investissement nécessaire pour ouvrir et faire fonctionner la franchise - l'on trouve parfois cette information dans les brochures d'information qui décrivent ce que les franchiseurs donnent aux franchisés. La situation est bien entendu différente pour les contrats américains, puisque les franchiseurs aux Etats-Unis doivent respecter les règles relatives à la présentation prescrites par la loi applicable, ce qui signifie qu'une partie considérable des informations financières est fournie dans les documents annexés au véritable contrat. Cela comprend les relevés comptables vérifiés et certifiés en plus des informations sur l'investissement financier que le franchisé devrait faire. Il est intéressant de noter qu'un contrat du Royaume-Uni prévoit cela de façon spécifique comme une obligation pour le franchisé de s'assurer qu'il a des finances suffisantes pour lui permettre de remplir ses obligations et à l'égard du fonds de roulement.

Il existe encore certaines différences dans les contrats d'origines diverses à propos des droits que le franchisé doit payer. Alors qu'il est rare en Italie qu'un franchiseur fasse payer des droits d'entrée, les redevances étant préférées, dans d'autres pays les deux sont demandés. Il est intéressant de noter que si dans les pays de droit civil le renouvellement du contrat est presque toujours automatique à moins que l'une des parties n'annonce son intention de ne pas le renouveler, dans les pays de common law, les contrats de franchisage sont le plus souvent renouvelés après que le franchisé ait fait savoir au franchiseur qu'il entendait poursuivre la relation. Il ne s'agit pas toutefois d'un simple renouvellement, puisqu'un nouveau contrat est signé entre les parties, qui est le contrat de franchisage proposé par le franchiseur également aux nouveaux franchisés au moment du renouvellement, la différence étant que les droits d'entrées que l'on fait peser sur les nouveaux franchisés ne doivent pas être payés, ou ne doivent l'être qu'en partie.

Les redevances sont les droits qui pèsent le plus souvent sur les franchisés, et prennent généralement la forme de frais pour les services de gestion rendus qui sont supposés couvrir les dépenses encourues par le franchiseur pour l'assistance continue qu'il offre au franchisé tout au long du contrat.

Les redevances peuvent ou non comprendre des frais requis pour la publicité faite par le franchiseur en faveur de ses franchisés. Normalement les redevances et les frais de publicité sont exprimés en terme de pourcentage sur les ventes en gros (plus T.V.A.). Il est intéressant de noter que quelques contrats prévoient une obligation pour le franchiseur de préparer un relevé comptable vérifié et certifié de ses dépenses pour la publicité, et de le donner au franchisé si celui-ci en fait la demande. Si le franchiseur a trop dépensé ou pas assez, il sera procédé à un ajustement l'année suivante.

Normalement, les frais dus sont payés par le franchisé au franchiseur dans un certain délai précisé dans le contrat. Toutefois dans un cas au

moins, le contraire a été prévu, à savoir que tous les paiements effectués par les clients du franchisé allaient sur un compte spécial géré par le franchiseur, ou directement chez le franchiseur qui, après avoir déduit les sommes qui lui étaient dues, payait le franchisé - mais il s'agit ici d'un accord qui fait douter de l'indépendance du franchisé à l'égard du franchiseur.

6. Les locaux

Puisque le franchisé est un entrepreneur indépendant, il est logique qu'il fournisse les locaux pour le commerce qu'il se propose d'entreprendre. Il existe toutefois certaines restrictions. En premier lieu, la majorité des contrats prévoit que le franchiseur doit approuver les locaux, tandis que certains prévoient simplement des conseils de la part du franchiseur, déclarant que c'est ensuite au franchisé de décider et que le franchiseur n'est aucunement responsable pour les conséquences. Plusieurs contrats ne prévoient pas seulement que le franchiseur conseille le franchisé pour le choix des locaux, mais aussi que le franchiseur et ses experts préparent des études d'implantation, comprenant certains éléments tels que la densité de la population, la concurrence dans le secteur, les besoins de la population locale, etc.

Un collaborateur correspondant a indiqué un aspect relatif aux locaux qu'il serait bon de considérer plus en détail lors de l'examen des liens qui existent entre franchisé et franchiseur: il s'agit du bail des locaux et/ou du matériel. Ce collaborateur correspondant a indiqué qu'il existait à sa connaissance des cas de franchiseurs qui ont loué à des franchisés des locaux et/ou le matériel qui leur appartenaient. L'on pourrait considérer cela davantage comme une facilité pour le franchisé que comme une charge, si ce n'est que souvent les conditions de la location sont telles qu'il devient peu à peu trop cher pour le franchisé de poursuivre ses activités. En d'autre termes, le franchisé est obligé de mettre un terme à ses activités et doit être reconnaissant envers le franchiseur qui accepte de le libérer du contrat. Notre collaborateur correspondant a déclaré que la plus grande partie des gains des franchiseurs ne provenait pas des droits encaissés, mais davantage des revenus des locations. Selon l'avis différent d'un autre collaborateur correspondant, le franchisé n'est pas dans une situation plus pénible si le franchiseur est son propriétaire que s'il ne l'était pas, en raison des contraintes qui peuvent être imposées au franchisé au moment et juste après la fin du contrat. Il a souligné que dans certains cas les propriétaires ne loueront qu'aux franchiseurs qui ont une plus grande solidité financière que les franchisés, et que cela pourrait être la seule marche à suivre dans les affaires pour un franchisé. En ce qui concerne la location du matériel, il a souligné que les franchiseurs ne loueront normalement du matériel que lorsque celui-ci est breveté ou est une composante essentielle de l'opération de franchise qu'ils ne souhaiteraient pas que le matériel reste aux mains du franchisé après la fin du contrat de franchisage.

Seuls quelques contrats examinés font référence à la location des locaux ou du matériel. Plusieurs prévoient que le franchisé doit s'assurer que le contrat de location des locaux comprend le choix pour le franchiseur de prendre la place du franchisé dans le contrat de bail si la relation de franchisage devait finir. De façon analogue, d'autres prévoient deux possibilités distinctes: ou bien c'est le franchiseur qui prend en location, ou bien c'est le franchisé en son nom, mais il conclut un accord d'option en faveur du franchiseur - le franchisé doit cependant obtenir l'accord du franchiseur pour les conditions de toute location accordée ou cédée au franchisé. D'autre part, dans un cas le contrat exige de façon spécifique que le franchisé fasse en sorte qu'il soit clair dans le contrat de location que lui seul est locataire et que le franchiseur n'a aucune obligation envers le propriétaire. Les informations recueillies dans les contrats examinés ne sont manifestement pas suffisantes pour corroborer l'opinion de l'un de nos collaborateurs correspondants - chaque cas sur ce point devrait être examiné, et il faudrait entendre d'anciens franchisés parler de leur expérience pour se forger une opinion objective en la matière.

Le nouvel équipement des locaux pour les activités auxquelles ils sont destinés est le dernier point soulevé à propos des locaux. La majorité des contrats examinés prévoit que les locaux doivent être rééquipés suivant les instructions du franchiseur, et que l'établissement ne doit pas commencer à opérer avant d'avoir reçu l'approbation du franchiseur. Les questions de savoir si le franchiseur aide ou non à la nouvelle décoration, envoie ou non ses architectes et experts, varient d'un contrat à l'autre. Souvent le franchiseur n'a pas lui-même cette compétence technique, mais a des accords avec des sociétés professionnelles. Il conseille donc le franchisé sur les personnes à contacter, et le franchisé paie à la fois pour les conseils des experts et pour les travaux à faire - dans le premier cas le franchiseur ne fera pas le plus souvent payer les conseils. Par ailleurs, le franchiseur a souvent des accords spéciaux, ou de type collectif, avec des entreprises de construction qui se chargent de rééquiper et de redécorer les locaux, vers lesquelles le franchisé peut se tourner pour obtenir probablement de meilleures conditions.

Un trait curieux de certains contrats est la disposition concernant le téléphone de l'établissement franchisé.Tandis que la plupart des contrats se limitent à prévoir qu'à la fin de la franchise le franchisé doit s'occuper des modifications à faire pour le téléphone et l'inscription dans les annuaires afin de prendre en compte la nouvelle situation, quelques contrats spécifient que le contrat avec la société du téléphone devrait être souscrit au nom du franchiseur et que l'utilisation du téléphone par le franchisé (ou ses employés) doit être strictement limitée aux appels professionnels.

7. Le contrôle de la part du franchiseur

Comme cela a été indiqué ci-dessus, il est extrêmement important que le franchiseur, et à vrai dire également les franchisés, puissent compter sur un travail de qualité uniforme de la part des tous les membres de la chaîne. La première étape vers un certain degré d'uniformité est de prévoir la formation des futurs franchisés. La plupart des contrats le font, certains indiquent aussi la possibilité de bénéficier d'une formation supplémentaire et de remise à jour périodiques sur les nouveaux éléments. La différence tient souvent au fait que si la première formation est fournie gratuitement par le franchiseur (ou est calculée dans les droits d'entrée), le franchisé ne devant assumer que les frais de voyage et de séjour, en cas de formation supplémentaire, c'est le franchisé qui devra dans la plupart des cas tout payer - y compris le cours. Les contrats prévoient souvent, mais pas toujours, que la présence aux cours de formation est impérative, tout comme la gestion des affaires conformément à la formation reçue. Quelques contrats obligent en outre le franchisé à organiser une formation pour ses employés.

La plupart des contrats prévoient l'obligation pour le franchiseur d'apporter une assistance continue au franchisé. Celle-ci revêt les formes les plus variées, même si les détails ne semblent pas dépendre d'un facteur objectif tel que le commerce concerné. La forme la plus répandue est celle d'assurer au franchisé qu'il peut contacter le personnel du franchiseur en mesure de l'aider en cas de problèmes. Des conseils sur des questions telles que le choix des stocks sont en outre prévus. La situation dans laquelle le franchiseur envoie son propre personnel pour aider à la gestion de l'établissement franchisé en cas de ventes trop basses est une forme d'assistance continue qui pourrait être le signe d'une relation trop étroite. Par ailleurs, une assistance est prévue au moment de la négociation des contrats, ce qui encore peut être considéré comme signe d'une relation trop étroite.

Le système des rapports est un facteur important dans le contrôle que le franchisé a sur les activités d'un franchisé: la grande majorité des contrats examinés prévoit des rapports d'un type ou d'un autre présentés périodiquement au franchiseur. Ceux-ci comprennent les bilans mensuels et les comptes de pertes et profits, les relevés financiers annuels comptables vérifiés et certifiés, les exemplaires des déclarations mensuelles de T.V.A., les comptes de dépenses pour la publicité et les activités promotionnelles, l'état des livres de stock, les copies des polices d'assurance contractées et des reçus pour les primes payées, les copies des déclarations d'impôts du franchisé ou, s'il s'agit d'une société, celles de ses directeurs, les copies des commandes passées par les clients et des reçus et factures de toutes les marchandises vendues. Parfois la simple indication selon laquelle le franchisé doit donner au franchiseur les informations dont il a besoin sur les activités de l'établissement suffit à couvrir toutes les combinaisons possibles de ce qui a été mentionné ci-dessus et même davantage.

Tous les relevés fournis par le franchisé sont normalement soumis à vérification de la part du franchiseur. La plupart des contrats donnent au franchiseur, ou à ses représentants, la faculté de pénétrer dans les locaux du franchisé (cette faculté est parfois limitée aux heures d'ouverture du magasin, parfois il n'existe aucune limitation) et d'inspecter les livres du franchisé ainsi que tous ses documents, parfois aussi d'en faire des copies et de les emporter pour contrôle - dans un cas le franchiseur était autorisé à emporter les livres eux-mêmes et non pas seulement les copies qu'il en avait faites. L'on peut se demander si le franchiseur, en ayant cet énorme pouvoir de contrôle des livres du franchisé, ne pourrait pas être tenu responsable pour toute irrégularité que les autorités pourraient trouver par la suite dans les comptes du franchisé.

A ce droit de pénétrer dans les locaux du franchisé pour inspecter ses livres, il faut ajouter le même droit du franchiseur pour inspecter ces locaux, pour vérifier si le franchisé gère ses affaires conformément aux instructions reçues, et même pour parler ou écrire aux clients du franchisé afin de contrôler son travail.

8. L'indépendance du franchisé à l'égard du franchiseur

Toute la question de l'indépendance du franchisé à l'égard du franchiseur, du caractère étroit de leurs relations est intimement liée au système des rapports. L'on a déjà indiqué deux points qui pourraient être discutés à ce propos, et il en existe plusieurs autres. Dans chaque cas, l'on peut percevoir un conflit potentiel entre les intérêts du franchiseur et de la chaîne de franchisage d'une part, et la nécessité de garantir l'indépendance du franchisé, et par là aussi la caractéristique d'une franchise constituant une forme de collaboration entre deux entrepreneurs indépendants, de l'autre.

Plusieurs contrats exigent également que l'on fasse savoir au public que le franchiseur et le franchisé sont deux personnes distinctes, certains précisant les mots que le franchisé devrait utiliser sur ses enseignes extérieures et intérieures et sur les factures pour indiquer qu'il s'agit d'une franchise. Par ailleurs, plusieurs contrats exigent de façon spécifique que le franchisé soit inscrit sur les registres commerciaux comme le prescrit la législation nationale, ainsi que sur les autres registres officiels sur lesquels il doit figurer pour pouvoir diriger ses affaires, par exemple le *H.M. Customs and Excise* au Royaume-Uni (pour la T.V.A.). Le franchisé doit aussi obtenir toutes les autorisations nécessaires pour diriger ses affaires dans ces locaux particuliers (par exemple pour l'implantation d'une franchise de restauration rapide dans un endroit revêtant un grand intérêt culturel).

Les contrats en règle générale abordent simplement la question épineuse du droit du travail en déclarant que le franchisé et le franchiseur sont des hommes d'affaires indépendants, et que rien dans le contrat ne doit être analysé comme indiquant que le franchisé est un

employé, un agent ou un représentant du franchiseur. L'on ajoute en général également une interdiction spécifique faite au franchisé de prétendre de quelque façon que ce soit qu'il est le franchiseur, ou qu'il le représente.

Quelques contrats contiennent cependant certaines indications relatives aux employés du franchisé, dont certaines pourraient soulever des objections - deux contrats vont même jusqu'à prévoir que le franchisé ne doit embaucher que les personnes approuvées par le franchiseur. D'autres limitent les prérogatives du franchisé en établissant que celui-ci ne devrait pas embaucher une personne qui a été au service du franchiseur, ou à celui d'autres franchisés du franchiseur, pendant une certaine période après que cette personne ait quitté leur service. Cette dernière restriction pourrait toutefois se comprendre du point de vue de la concurrence interne à la chaîne, et du risque que les franchisés attirent les employés les uns des autres - en fait, la disposition qui contient cette restriction interdit aussi en général l'incitation faite à ces personnes de quitter leur travail.

D'autres aspects de la conduite des affaires sont également réglés dans les contrats. Dans deux cas, le franchiseur décide même des vacances du franchisé, ce qui ne semble pas conciliable avec le statut d'entrepreneur indépendant du franchisé. Il en est de même lorsque le franchiseur décide des heures d'ouverture de l'établissement, bien qu'il y ait des cas où tout l'intérêt de la chose est d'avoir des heures d'ouverture très particulières (par ex. les *convenience stores)*. Encore une fois, le fait que le franchiseur fournisse un service centralisé pour procurer des affaires aux franchisés, pour la facturation des clients, pour l'encaissement des paiements pour les services rendus par ses franchisés ainsi que pour le paiement des sommes dues aux établissements franchisés pourraient soulever des doutes. Comme indiqué ci-dessus, quelques contrats envisagent la possibilité pour le franchiseur d'intervenir dans et de s'occuper de l'administration et de la gestion de l'établissement franchisé si les ventes n'atteignent pas l'objectif fixé, et ce pendant un certain laps de temps précisé. Certains contrats offrent la même possibilité en cas de décès ou d'incapacité du franchisé, lorsque les représentants du franchisé, ou ses héritiers, demandent au franchiseur de prendre les choses en main jusqu'à ce que la question de l'avenir de la franchise soit réglée. De façon générale, lorsque le franchiseur intervient, ce n'est que pour un temps limité, et aux frais du franchisé.

Comme cela a été mentionné lors de l'examen de la situation des locaux, le franchiseur donne des instructions relatives au nouvel équipement des locaux, à leur décoration intérieure, etc., et le franchisé est obligé de les suivre. L'on peut ici ajouter qu'il existe des contrats qui ne subordonnent pas seulement le commencement des opérations à l'approbation des locaux par le franchiseur, mais donnent aussi le droit au franchiseur d'enlever tout matériel ou autre chose quelle qu'elle soit qui n'est pas selon lui conforme aux standards élevés associés à la marque.

Les contrats de franchisage étudiés subordonnent en règle générale le droit du franchisé de vendre la franchise à l'exécution de certaines conditions (le futur acheteur doit être prêt à conclure le même type de contrat, doit offrir les mêmes garanties que le premier franchisé, etc.). D'un autre côté, plusieurs contrats contiennent une disposition qui prévoit que le franchiseur a le droit de céder son affaire sans que le franchisé ne puisse rien faire. L'on pourrait évidemment soutenir que ce n'est que justifié, étant donné que l'affaire appartient au franchiseur, bien que les liens particuliers qui existent entre eux exigeraient une certaine forme de consultation (qui est effectivement prévue dans un contrat).

Le consentement écrit du franchiseur doit, en vertu de certains contrats, être obtenu même lorsqu'un franchisé souhaite former une société de laquelle il détient le contrôle, et souhaite transférer la franchise à cette société. Dans ce cas, les contrats prévoient que le franchiseur ne refusera pas de donner son consentement si le franchisé donne certaines garanties, par exemple s'il garantie personnellement l'exécution du contrat par la société, reste également personnellement responsable et garantit tous les crédits, etc.

Les polices d'assurance auxquelles le franchisé doit souscrire illustrent les liens étroits qui existent entre le franchiseur et le franchisé. Plusieurs contrats prévoient que le franchiseur devrait figurer en tant que bénéficiaire de l'assurance, quelques-uns estiment que les rapports entre le franchiseur et le franchisé devraient être signalés dans les polices, alors que d'autres prévoient au contraire que l'assurance devrait être souscrite en commun au nom du franchisé et du franchiseur. De plus, plusieurs contrats prévoient que le franchisé devrait se mettre d'accord avec ses assureurs pour qu'aucune police ne puisse être résiliée ou résolue, pour quelque raison que se soit, à moins que le franchiseur n'ait été averti de l'intention des assureurs un certain temps à l'avance. D'autres prévoient que les assureurs des franchisés doivent informer le franchiseur de toute prime que le franchisé n'a pas payée.

En ce qui concerne les marchandises de façon spécifique, il existe des contrats dans lesquels le franchiseur se réserve la propriété des marchandises jusqu'à leur paiement intégral, et quelques contrats subordonnent leur vente et livraison au franchisé aux conditions générales du franchiseur, qui sont habituellement annexées au contrat. Ces contrats contiennent toutefois souvent une disposition prévoyant que le franchiseur peut modifier ces conditions générales de temps en temps, et qu'elles doivent être appliquées dans leur nouvelle version révisée un certain nombre de jours après avoir été communiquées au franchisé, celui-ci n'ayant aucun droit de soulever des objections contre les modifications proposées.

Le franchiseur et le franchisé sont également étroitement liés dans la publicité de leurs produits. Etant donné qu'ils font partie d'un réseau, cela n'est pas surprenant et peut aisément se justifier par des considérations de politique générale. La plupart des contrats étudiés ont tendance à prévoir que le franchisé doit payer une certaine somme chaque

mois au franchiseur qui utilise ensuite les fonds pour faire de la publicité et promouvoir les affaires au plan national. En général, le franchisé est responsable de la publicité locale, bien qu'il doive toujours obtenir l'approbation du franchiseur pour toute campagne publicitaire qu'il entend entreprendre, afin de s'assurer qu'elle est conforme à la politique promotionnelle générale de la franchise. Le franchiseur fournit souvent tout le matériel publicitaire que doit utiliser le franchisé. Un cas est différent, en ce que les franchisés ne paient pas le franchiseur, mais versent les sommes sur un compte bancaire géré par l'ensemble des franchisés, l'utilisation des fonds étant donc décidée par un accord entre franchisés.

Plusieurs contrats vont dans ce sens en ce qui concerne la politique générale du réseau de franchisage, en prévoyant que les franchisés réunis en assemblée consultent ensemble le franchiseur sur des questions telles que les campagnes publicitaires, l'introduction de modifications dans le système et l'approche générale à suivre.

Enfin, il faut faire ici référence aux clauses de non-concurrence qui figurent dans la grande majorité des contrats. De façon non surprenante, une première clause de non-concurrence fait référence à la période de la durée du contrat: l'on demande au franchisé de ne pas s'engager dans des affaires qui sont en concurrence avec la franchise. Les clauses de non-concurrence qui font référence à la période qui suit la fin du contrat sont en général plus détaillées, certaines contenant non seulement un délai limite, mais aussi des limites territoriales (sur son ancien territoire, sur les territoires du franchiseur et d'autres franchisés), en distinguant entre les différents territoires. Par ailleurs, il existe certaines différences en ce qui concerne le type d'établissement concurrent, et en ce qui concerne le type d'intérêt que l'ancien franchisé a dans l'autre activité (actionnaire, associé, qu'il ait ou non le contrôle sur la politique de l'autre affaire, etc.). Encore une fois, il faut également considérer les dispositions de cette nature du point de vue de la possibilité d'éventuels conflits entre celles-ci et le droit de la concurrence.

9. La résiliation du contrat

La rupture arbitraire du contrat de franchisage par le franchiseur était l'un des points indiqués comme étant un abus par les réponses au questionnaire soumis par le Secrétariat aux gouvernements, aux associations professionnelles et aux experts en matière de franchisage. Les dispositions qui font référence à la rupture dans les contrats étudiés sont, à quelques exceptions près, très détaillées. Toujours mis à part quelques exceptions, elles font référence presqu'exclusivement au droit du franchiseur de mettre fin au contrat. Seuls quelques-uns contiennent des détails relatifs au moment où le franchisé peut mettre fin au contrat, et un contrat seulement accorde pratiquement les mêmes droits à tous les deux.

Il est intéressant de noter que quelques contrats contiennent une disposition commune à certains pays pour les ventes aux consommateurs, à savoir l'acheteur (dans ce cas le franchisé) est autorisé pendant une certaine période, en général sept jours, à revenir sur son acquisition (ce que l'on appelle en Suède "ångervecka"). Par contre, la majorité des contrats prévoit cependant la possibilité pour le franchiseur de mettre fin au contrat avant qu'il ne soit véritablement entré en vigueur. Par conséquent, plusieurs déclarent que si, au cours des cours de formation, il apparaît que le franchisé n'est pas fait pour ce travail, le franchiseur peut mettre fin au contrat. Dans ces cas, le franchiseur doit normalement restituer les droits d'entrée que la franchisé a versé, diminués d'une certaine somme qui serait une indemnité pour les dépenses encourues par le franchiseur. Le franchiseur a également souvent le droit de mettre fin au contrat si le franchisé ne fait pas fonctionner son établissement pendant une certaine période après la conclusion du contrat, s'il n'obtient pas toutes les autorisations nécessaires pour pouvoir travailler dans ses locaux, si les locaux ne sont plus disponibles, ou si les droits d'entrée ne sont pas payés dans un certain délai après la conclusion du contrat.

Les motifs qui autorisent le franchiseur à mettre fin au contrat ne diffèrent pas beaucoup d'un contrat à l'autre; ils sont simplement plus ou moins nombreux. Les plus fréquents sont les suivants: non-exécution de l'une quelconque des obligations du contrat; non-respect de l'obligation de secret; non-exécution de l'obligation de ne vendre que les produits du franchiseur; non-respect des instructions données pour le rééquipement des locaux; retard dans le paiement des sommes dues; non-respect des standards exigés; non-respect des obligations relatives à l'embauche et à la formation du personnel; non-exposition du matériel publicitaire du franchiseur; non-respect des prix fixés par le franchiseur; non-respect des limitations territoriales fixées pour l'activité du franchisé; retard ou non-paiement des fournisseurs; non-respect de la couverture d'assurance requise; usage impropre de la propriété intellectuelle du franchiseur; le fait de ne pas s'adresser à l'établissement de location autorisé; non-respect des clauses de non-concurrence; non-respect des directives relatives à la gestion de l'établissement; le retrait des licences requises; la fin du bail pour les locaux; le fait de donner des informations fausses dans les rapports soumis au franchiseur; le fait de ne pas atteindre l'objectif fixé pour le chiffre d'affaires pendant une période déterminée; un changement dans la direction en activité de la franchise (plusieurs contrats précisent que la franchise est accordée *intuitu personae*, en raison de la confiance que le franchiseur a dans le franchisé, motif toujours mis en avant pour justifier que toute vente de la franchise par le franchisé doit être approuvée par le franchiseur); si le franchisé n'a pas remédié au manquement si cela était possible, au cours d'une période qui commence à courir après que le franchiseur le lui ait fait savoir; contradictions dans la comptabilité de la franchise; si le franchisé copie le Manuel des opérations fournis par le franchiseur (plusieurs contrats précisent qu'il s'agit de la propriété du franchiseur et sur lequel il détient des droits d'auteur); maladie ou incapacité prolongée du franchisé; si le franchisé est reconnu coupable

d'une infraction ayant un lien direct avec le travail mené; insolvabilité; faillite; liquidation de l'affaire; dépôt de bilan volontaire ou forcé du franchisé; nomination d'un administrateur judiciaire; enfin si le franchisé met en question, conteste ou s'attaque à la validité, aux droits, à la propriété ou à l'intérêt du franchiseur relativement à la propriété intellectuelle du franchiseur.

Mais il existe d'autres motifs plus inattendus qui permettent au franchiseur de mettre fin au contrat: lorsque le franchisé ne jouit plus de toutes ses facultés mentales; le fait pour le franchisé d'avoir mal présenté les faits qui, s'ils avaient été présenté comme il faut, auraient entraînés la non-conclusion du contrat par le franchiseur - l'on aurait pu normalement s'attendre à l'inverse, puisque la mauvaise présentation de la part du franchiseur est l'un des abus généralement associé au franchisage.

Deux dispositions des contrats examinés sont particulièrement intéressantes. L'une concerne l'exclusion des termes du contrats que les tribunaux ont estimés illicites, ou qui le sont devenus à la suite de dispositions législatives prises par la suite. S'il s'agit de termes dont l'exclusion porterait atteinte au droit du franchiseur d'encaisser le paiement des droits et de toutes autres sommes dues pour la fourniture de marchandises ou de services au franchisé, ou qui porterait atteinte de façon substantielle à la propriété intellectuelle et au savoir-faire du franchiseur, les contrats concernés prévoient un droit pour le franchisé de mettre fin au contrat. La deuxième disposition est une clause de force majeure qui prévoit que les deux parties devraient être libérées de leurs obligations en cas de guerre, de calamité naturelle, etc., en ajoutant toutefois que la clause n'aura effet qu'à la discrétion du franchiseur, excepté quand un tel événement rend l'exécution du contrat impossible pendant une période continue de douze mois.

Des motifs pour le franchisé de mettre fin au contrat ne sont pas souvent prévus, et lorsqu'ils le sont, ils sont en général limités à la violation d'une disposition substantielle quelconque du contrat, et lorsque le franchiseur fait faillite ou devient insolvable.

On peut ajouter qu'en général, les contrats de franchisage sont automatiquement renouvelés à moins que l'une des parties ne fasse connaître son intention d'y mettre fin. Le Royaume-Uni fait exception, le contraire semblant y être la règle, c'est-à-dire que le préavis doit être donné par le franchisé s'il souhaite renouveler le contrat, et celui-ci ne sera alors renouvelé sous réserve des conditions précisées au contrat.

10. Les conséquences de la résiliation du contrat

La majorité des contrats examinés contient des dispositions règlementant les obligations des parties après la fin du contrat. Nous avons déjà mentionné l'une de ces obligations, celle qui pèse sur le franchisé de ne pas faire de concurrence au franchiseur et à son système.

D'autres obligations concernent la restitution du Manuel des opérations fournis par le franchiseur et l'enlèvement de tous les signes et symboles qui peuvent lier l'ancien franchisé au franchiseur. Plusieurs contrats accordent au franchiseur le droit de pénétrer dans les locaux du franchisé pour y effectuer les modifications qui sont requises et que le franchisé n'a pas effectué dans un certain délai, et ce aux frais du franchisé.

Le problème des stocks restants n'est abordé que dans une petite minorité de contrats - la plupart des contrats sont muets sur la question. Parmi ceux qui abordent la question, la majorité donne au franchiseur la faculté de racheter le stock au franchisé - à prix réduits et sous certaines conditions (les marchandises doivent encore être dans leur emballage d'origine, etc.). Dans un cas, le franchisé est autorisé à organiser des soldes avec les marchandises restantes.

La faculté pour le franchiseur de racheter le matériel qu'il a fourni au franchisé est parfois également prévue en ce qui concerne le matériel promotionnel. Un seul des contrats étudiés prévoit une indemnité pour le franchisé pour avoir contribué au développement du système, et un autre accorde au franchisé la restitution d'une partie de son investissement en capital. Comme nous l'avons indiqué plus haut, dans un seul cas le franchisé est autorisé à utiliser les améliorations qu'il a lui-même apportées au système - à condition que ces améliorations ne soient pas trop étroitement liées au système lui-même.

11. Juridiction et loi applicable

Un collaborateur correspondant a indiqué deux autres problèmes éventuels, la juridiction et la loi applicable. En ce qui concerne le premier, il estime que si les parties se mettent d'accord sur le principe de l'arbitrage, les droits des tiers pourraient être mis en danger. A vrai dire, la majorité des contrats examinés prévoit normalement que le tribunal de l'établissement ou du siège central du franchiseur doit être compétent pour tout litige né à propos du contrat, de façon surprenante peu d'entre eux choisissent l'arbitrage. La crainte exprimée par ce collaborateur correspondant n'est pas partagée par un autre, qui ne semble pas voir de danger particulier pour les tiers. Il réfléchit au contraire sur le fait qu'il y a des vues divergentes en ce qui concerne la question de savoir si les accords de franchise conviennent à l'arbitrage. Il estime que la rapidité de la procédure pourrait être un avantage de l'arbitrage (bien que l'on puisse le contester en ce qui concerne l'arbitrage international) et que l'arbitrage est vraisemblablement moins onéreux. Il estime toutefois que l'on ne peut obtenir une aide immédiate, sous la forme d'une injonction, en ayant recours à l'arbitrage, ce qui dissuade les franchiseurs de choisir l'arbitrage. Il estime que la question du choix de la loi applicable est plus intéressante, tout en concluant que les problèmes concernés ne se limitent pas au franchisage.

La question des impôts sur les redevances et de l'exportation de devises est liée à ce qui a été dit plus haut. De l'avis du second

collaborateur correspondant, il s'agit d'un point qui ne poserait probablement des problèmes que si l'on ne le prenait pas en considération lors de l'élaboration du contrat. Il a de plus indiqué que tout problème serait efficacement réglé par les accords de double imposition qui existent. Notre premier collaborateur correspondant estime toutefois que la question de l'imposition sera l'une des plus importante pour le franchisage dans le futur, et va jusqu'à dire que, pour être satisfaisant, tout instrument international en matière de franchisage devrait traiter de cette question.

II. SUEDE: ELEMENTS NOUVEAUX RELATIFS AU PROJET DE LOI SUR LE FRANCHISAGE

L'on s'attendait à ce que le projet de loi sur le franchisage préparé par la Commission parlementaire suédoise sur le franchisage soit adopté par le Parlement au courant de l'année 1988 et entre en vigueur le 1er janvier 1989. Comme cela arrive parfois, cela ne fut pas le cas. Le projet a été sévèrement critiqué et les milieux concernés s'y opposent. Il n'a cependant pas été abandonné. Le Ministre de la Justice a, conformément à la procédure législative en Suède, invité les organes généralement consultés pour de tels projets à donner leur avis. Ceux-ci continuent d'arriver au Ministère. L'on ne sait pas avec exactitude quand des mesures définitives seront prises.

III. COMMUNAUTES EUROPEENNES: ADOPTION D'UNE EXEMPTION PAR CATEGORIE POUR LE FRANCHISAGE

Le 30 novembre 1988, la Commission des Communautés européennes a adopté un Règlement concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise (Règlement N° 4087/88 publié au Journal officiel des Communautés européennes N° L 329 du 28 décembre 1988, p. 46 *et seq.*), dont le texte est annexé au présent rapport. Il s'agit d'une version révisée du projet de règlement annexé au rapport du Secrétariat soumis au Conseil de Direction à sa 67ème session. Aucun commentaire officiel sur le Règlement adopté n'a été publié à ce jour. Il conviendrait d'accorder une attention minutieuse à ce Règlement et à ses implications pour le futur du franchisage. C'est ce que l'on propose de faire pour la prochaine session du Conseil de Direction, si celui-ci décide de poursuivre l'étude de ce sujet.

CONCLUSION

L'examen des contrats de franchisage entrepris par le Secrétariat, dont les résultats figurent au présent document, ne fournissent pas une base suffisante pour permettre de se faire une opinion définitive sur l'opportunité d'envisager un instrument international en matière de franchisage. Au fil de cet examen, le Secrétariat a été de plus en plus convaincu que les réels conflits nés entre les franchiseurs et les franchisés devraient être examinés afin d'évaluer l'importance des facteurs indiqués dans les réponses au questionnaire comme constituant des abus (notamment la mauvaise présentation de la part des franchiseurs). Bien qu'il soit sans aucun doute vrai que la grande majorité des contrats prévoit des liens très étroits entre franchiseur et franchisé, la nature des affaires est souvent telle, que des liens étroits ne sont pas seulement justifiés, mais essentiels. Comme cela a été indiqué dans l'Introduction, il s'agit d'une question de degré, et il peut être très difficile de distinguer les termes qui sont restrictifs de façon justifiée, de ceux qui ne le sont pas. Par ailleurs, le franchisage combine des aspects d'un grand nombre de domaines distincts déjà réglementés par une législation et/ou des accords internationaux. Toute action de la part de l'Institut devrait donc être considérée attentivement.

RÈGLEMENT (CEE) N° 4087/88 DE LA COMMISSION

du 30 novembre 1988

concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise

LA COMMISSION DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES,

vu le traité instituant la Communauté économique européenne,

vu le règlement n° 19/65/CEE du Conseil, du 2 mars 1965, concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords et de pratiques concertées [1], modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal, et notamment son article 1er,

après publication du projet de règlement [2],

après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes,

considérant ce qui suit :

(1) Conformément au règlement n° 19/65/CEE, la Commission est compétente pour appliquer par voie de règlement l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords exclusifs bilatéraux tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 qui, soit ont pour objet la distribution ou l'achat exclusif de biens, soit comportent des restrictions imposées en rapport avec l'acquisition ou l'utilisation de droits de propriété industrielle.

(2) Les accords de franchise consistent essentiellement en des licences de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs ou du savoir-faire, qui peuvent être combinées avec des restrictions portant sur la livraison ou l'achat de produits.

(3) Plusieurs types de franchise peuvent être distingués en fonction de leur objet : la franchise industrielle concerne la fabrication de produits, la franchise de distribution concerne la vente de produits et la franchise de services concerne la prestation de services.

(4) Il est possible, sur la base de l'expérience de la Commission, de définir des catégories d'accords de franchise qui tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, mais peuvent normalement être considérés comme remplissant les conditions de l'article 85 paragraphe 3 ; c'est le cas pour les accords de franchise aux termes desquels une des parties fournit des produits ou des services à des utilisateurs finals ; en revanche, les accords de franchise industrielle ne sont pas couverts par le présent règlement ; de tels accords, qui régissent habituellement des relations entre producteurs, présentent des caractéristiques différentes des autres types de franchise ; ils consistent en des licences de production fondées sur des brevets et/ou du savoir-faire technique, combinées avec des licences de marques ; certains de ces accords peuvent bénéficier d'autres exemptions par catégorie s'ils remplissent les conditions nécessaires.

(5) Le présent règlement couvre des accords de franchise entre deux entreprises, le franchiseur et le franchisé, relatifs à la vente au détail de produits ou à la prestation de services aux utilisateurs finals, ou à une combinaison de ces deux activités telle que le traitement ou l'adaptation de produits pour répondre aux besoins spécifiques de leurs clients ; il couvre aussi les cas où la relation entre franchiseur et franchisé est réalisée par l'intermédiaire d'un tiers, le franchisé principal ; il ne couvre pas les accords de franchise de gros en raison du manque d'expérience de la Commission dans ce domaine.

(6) Les accords de franchise, tels que définis dans le présent règlement, peuvent tomber sous le coup de l'article 85 paragraphe 1 ; ils peuvent en particulier affecter le commerce entre États membres lorsqu'ils sont conclus entre des entreprises de différents États membres ou lorsqu'ils forment la base d'un réseau qui s'étend au-delà des limites d'un seul État membre.

(7) Les accords de franchise, tels que définis dans le présent règlement, améliorent normalement la distribution de produits et/ou la prestation de services, puisqu'ils donnent aux franchiseurs la possibilité d'établir un réseau uniforme avec des investissements limités, ce qui peut favoriser l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché, particulièrement dans le cas de petites et moyennes entreprises, accroissant ainsi la concurrence entre marques ; ils permettent aussi à des commerçants indépendants d'installer des établissements plus rapidement et avec de meilleures chances de succès que s'ils avaient dû le faire sans l'expérience ni l'assistance du franchiseur ; ils ont ainsi la possibilité de concurrencer plus efficacement de grandes entreprises de distribution.

[1] JO n° 36 du 6. 3. 1965, p. 533/65.
[2] JO n° C 229 du 27. 8. 1987, p. 3.

(8) En règle générale, les accords de franchise réservent également aux consommateurs et aux autres utilisateurs finals une part équitable du bénéfice qui en résulte, du fait qu'ils combinent les avantages d'un réseau uniforme avec l'existence de commerçants personnellement intéressés au fonctionnement efficace de leur entreprise ; le caractère homogène du réseau et la coopération constante entre le franchiseur et les franchisés assurent une qualité constante des produits et des services ; l'effet favorable de la franchise sur la concurrence entre marques et le fait que les consommateurs soient libres de traiter avec tout franchisé dans le réseau garantissent qu'une part raisonnable des bénéfices résultant de l'accord iront aux consommateurs.

(9) Le présent règlement doit définir les obligations restrictives de concurrence qui peuvent être comprises dans les accords de franchise ; c'est le cas en particulier pour l'octroi d'un territoire exclusif aux franchisés combiné avec l'interdiction de chercher activement des clients hors de ce territoire, ce qui leur permet de concentrer leurs efforts sur le territoire qui leur a été attribué ; c'est également le cas pour l'octroi d'un territoire exclusif à un franchisé principal, combiné avec l'obligation de ne pas conclure d'accords de franchise avec des tiers hors de ce territoire ; lorsque les franchisés vendent, ou utilisent dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur, ou selon ses instructions, et/ou des produits portant sa marque, l'obligation pour les franchisés de ne pas vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, de produits concurrents, permet d'établir un réseau cohérent qui s'identifie avec les produits franchisés ; cependant cette obligation ne peut être acceptée que pour les produits qui forment l'objet essentiel de la franchise ; elle ne peut pas s'appliquer en particulier aux accessoires ou aux pièces de rechange de ces produits.

(10) Les obligations susvisées n'imposent donc pas de restrictions qui ne sont pas nécessaires pour atteindre les objectifs mentionnés ci-dessus. En particulier la protection territoriale limitée accordée aux franchisés est indispensable pour protéger leur investissement.

(11) Il convient d'énumérer dans le présent règlement un certain nombre d'obligations normalement non restrictives de concurrence qui sont communément incluses dans des accords de franchise et de prévoir que si, du fait de circonstances économiques ou juridiques particulières, elles tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, elles sont aussi couvertes par l'exemption. Cette liste, qui n'est pas exhaustive, comprend en particulier des clauses qui sont essentielles soit pour préserver l'identité commune et la réputation du réseau, soit pour empêcher que le savoir-faire et l'assistance fournis par le franchiseur ne profitent à des concurrents.

(12) Le règlement doit préciser les conditions qui doivent être satisfaites pour que l'exemption s'applique ; pour garantir que la concurrence ne soit pas éliminée pour une partie substantielle des produits qui font l'objet de la franchise, il est nécessaire que les importations parallèles restent possibles ; par conséquent, les livraisons croisées entre franchisés doivent toujours être permises ; en outre, lorsqu'un réseau de franchise est combiné avec un autre système de distribution, les franchisés doivent être libres de s'approvisionner auprès des distributeurs agréés. Pour mieux informer les consommateurs, ce qui contribue à garantir qu'ils reçoivent une part équitable du bénéfice résultant de l'accord, il doit être prévu que les franchisés sont tenus d'indiquer leur qualité d'entreprise indépendante par tout moyen approprié qui ne mette pas en danger l'identité commune du réseau franchisé ; de plus, si les franchisés doivent accorder une garantie pour les produits du franchiseur, cette obligation doit également s'appliquer aux produits fournis par le franchiseur, d'autres franchisés ou d'autres distributeurs agréés.

(13) Le règlement doit aussi préciser les restrictions qui ne peuvent figurer dans les accords de franchise pour que ceux-ci bénéficient de l'exemption par catégorie, du fait qu'elles constituent des restrictions tombant sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, par lesquelles il n'existe pas de présomption générale qu'elles produisent les effets positifs exigés par l'article 85 paragraphe 3. Cela s'applique notamment au partage de marché entre producteurs, aux clauses limitant indûment le choix du franchisé pour ses fournisseurs ou ses clients et aux cas où le franchisé est soumis à des restrictions quant à la détermination de ses prix. Le franchiseur doit toutefois être libre de recommander des prix aux franchisés lorsque cela n'est pas interdit par les législations nationales et dans la mesure où cela ne donne pas lieu à des pratiques concertées pour l'application effective de ces prix.

(14) Les accords, qui ne sont pas automatiquement exemptés parce qu'ils comprennent des clauses non expressément admises par le règlement sans comporter de restrictions expressément exclues, sont néanmoins susceptibles de bénéficier de la présomption générale de compatibilité avec l'article 85 paragraphe 3, sur laquelle est fondée l'exemp-

tion par catégorie et la Commission est à même d'établir rapidement si tel est le cas pour un accord déterminé. Il y a donc lieu de considérer de tels accords comme couverts par l'exemption prévue au présent règlement lorsqu'ils sont notifiés à la Commission et que celle-ci ne s'oppose pas à l'application de l'exemption dans un délai déterminé.

(15) Si, dans des cas particuliers, des accords exemptés par le présent règlement ont cependant des effets incompatibles avec l'article 85 paragraphe 3, en particulier tel que ce dernier est interprété par la pratique administrative de la Commission et la jurisprudence de la Cour de Justice, la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption par catégorie. Cela s'applique en particulier lorsque la concurrence est restreinte de façon significative du fait de la structure du marché en cause.

(16) Les accords qui sont exemptés automatiquement au titre du présent règlement n'ont pas à être notifiés ; il est cependant loisible aux entreprises de demander une décision en vertu du règlement n° 17 du Conseil [1], modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de l'Espagne et du Portugal.

(17) Les accords peuvent bénéficier des dispositions du présent règlement ou d'un autre règlement, en fonction de leur nature particulière et à condition qu'ils remplissent les conditions d'application nécessaires ; ils ne peuvent pas bénéficier d'une combinaison des dispositions du présent règlement avec celles d'un autre règlement d'exemption par catégorie,

A ARRÊTÉ LE PRÉSENT RÈGLEMENT :

Article premier

1. Conformément à l'article 85 paragraphe 3 du traité et aux conditions prévues au présent règlement, l'article 85 paragraphe 1 dudit traité est déclaré inapplicable aux accords de franchise auxquels ne participent que deux entreprises et qui comportent une ou plusieurs des restrictions prévues à l'article 2.

2. L'exemption prévue au paragraphe 1 s'applique également aux accords de franchise principale auxquels ne participent que deux entreprises. Le cas échéant, les dispositions du présent règlement concernant les relations entre franchiseur et franchisé s'appliquent *mutatis mutandis* aux relations entre franchiseur et franchisé principal ou entre franchisé principal et franchisé.

[1] JO n° 13 du 21. 2. 1962, p. 204/62.

3. Pour l'application du présent règlement on entend par :

a) « franchise », un ensemble de droits de propriété industrielle ou intellectuelle concernant des marques, noms commerciaux, enseignes, dessins et modèles, droits d'auteur, savoir-faire ou brevets, destinés à être exploités pour la revente de produits ou la prestation de services à des utilisateurs finals ;

b) « accord de franchise », un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise dans le but de commercialiser des types de produits et/ou de services déterminés ; il doit comprendre au moins les obligations suivantes :

— l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne communs et une présentation uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat,

— la communication par le franchiseur au franchisé de savoir-faire

et

— la fourniture continue par le franchiseur au franchisé d'une assistance commerciale ou technique pendant la durée de l'accord ;

c) « accords de franchise principale », un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé principal, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise en vue de conclure des accords de franchise avec des tiers, les franchisés ;

d) « produits du franchiseur », des produits fabriqués par le franchiseur ou selon ses instructions et/ou portant le nom ou la marque du franchiseur ;

e) « locaux visés au contrat », les locaux utilisés pour l'exploitation de la franchise ou, lorsque la franchise est exploitée hors de ces locaux, la base à partir de laquelle le franchisé met en œuvre les moyens de transport utilisés pour l'exploitation de la franchise (« moyens de transport visés au contrat ») ;

f) « savoir-faire », un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci, ensemble qui est secret, substantiel et identifié ;

g) « secret », le fait que le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, ne soit pas généralement connu ou facilement accessible ; cette notion ne doit pas être comprise au sens étroit, à savoir que chaque composant individuel du savoir-faire doive être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur ;

h) « substantiel », le fait que le savoir-faire doive inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation des produits pour la vente, la transformation des produits en liaison avec la prestation de services, les relations avec la clientèle et la gestion administrative et financière ; le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible, à la date de conclusion de l'accord, d'améliorer sa position concurrentielle, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer sur un nouveau marché.

i) « identifié », le fait que le savoir-faire doive être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité ; la description du savoir-faire peut être faite dans l'accord de franchise, dans un document séparé ou sous toute autre forme appropriée.

Article 2

L'exemption prévue à l'article 1er s'applique aux restrictions de concurrence suivantes :

a) l'obligation pour le franchiseur de ne pas, dans une partie définie du marché commun, le territoire visé au contrat,

— donner le droit d'exploiter tout ou partie de la franchise à des tiers,

— exploiter lui-même la franchise ou commercialiser lui-même les produits ou services qui font l'objet de la franchise en appliquant une formule similaire,

— fournir lui-même les produits du franchiseur à des tiers ;

b) l'obligation pour le franchisé principal de ne pas conclure de contrats de franchise avec des tiers hors du territoire visé au contrat ;

c) l'obligation pour le franchisé de n'exploiter la franchise qu'à partir des locaux visés au contrat ;

d) l'obligation pour le franchisé de s'abstenir de rechercher des clients hors du territoire visé au contrat pour les produits ou services qui font l'objet de la franchise ;

e) l'obligation pour le franchisé de ne pas fabriquer, vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services des produits concurrents des produits du franchiseur qui font l'objet de la franchise ; lorsque l'objet de la franchise est de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services à la fois certains produits et des pièces de rechange ou accessoires de ceux-ci, cette obligation ne peut pas être imposée en ce qui concerne ces pièces de rechange ou accessoires.

Article 3

1. Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1er, dans la mesure où elles sont nécessaires pour protéger les droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé :

a) vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, exclusivement des produits répondant aux spécifications objectives minimales de qualité fixées par le franchiseur ;

b) vendre ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués seulement par le franchiseur ou par des tiers désignés par lui, lorsqu'il n'est pas possible en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications objectives de qualité ;

c) ne pas exercer, directement ou indirectement, une activité commerciale similaire dans un territoire où il concurrencerait un membre du réseau franchisé, y compris le franchiseur ; cette obligation peut être imposée au franchisé après la fin de l'accord pour une période raisonnable n'excédant pas un an, dans le territoire où il a exploité la franchise ;

d) ne pas acquérir de participations financières dans le capital d'une entreprise concurrente qui donneraient au franchisé le pouvoir d'influencer le comportement économique d'une telle entreprise ;

e) ne vendre les produits qui font l'objet de la franchise qu'aux utilisateurs finals, aux autres franchisés, et aux revendeurs appartenant à d'autres canaux de distribution qui sont approvisionnés par le fabricant de ces produits ou avec son consentement ;

f) commercialiser les produits ou prester les services faisant l'objet de la franchise au mieux de ses possibilités ; offrir à la vente un assortiment minimal de produits, réaliser un chiffre d'affaires minimal, planifier ses commandes à l'avance, détenir un stock minimal et assurer le service à la clientèle et la garantie ;

g) payer au franchiseur une part déterminée de ses ressources pour la publicité et réaliser lui-même de la publicité, en devant obtenir l'accord du franchiseur sur la nature de celle-ci ;

2. Les obligations suivantes imposées au franchisé ne font pas obstacle à l'application de l'article 1er :

a) ne pas divulguer le savoir-faire fourni par le franchiseur ; cette obligation peut être imposée au franchisé après l'expiration de l'accord ;

b) communiquer au franchiseur toute expérience acquise dans le cadre de l'exploitation de la franchise et lui accorder, ainsi qu'aux autres franchisés, une licence non exclusive pour le savoir-faire résultant de cette expérience ;

c) informer le franchiseur des contrefaçons des droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés, intenter une action contre les contrefacteurs ou assister le franchiseur dans une action en justice engagée contre un contrefacteur ;

d) ne pas utiliser le savoir-faire licencié par le franchiseur à d'autres fins que l'exploitation de la franchise ; cette obligation peut être imposée au franchisé après l'expiration de l'accord ;

e) suivre les cours de formation organisés par le franchiseur pour lui-même ou pour son personnel ;

f) appliquer les méthodes commerciales mises au point par le franchiseur, y inclus toute modification ultérieure de celles-ci, et utiliser les droits de propriété industrielle ou intellectuelle licenciés ;

g) respecter les normes du franchiseur en matière d'équipement et de présentation des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat ;

h) permettre au franchiseur d'effecter des contrôles des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat, y compris les produits vendus et les services fournis ainsi que les inventaires et les états financiers du franchisé ;

i) ne pas modifier l'emplacement des locaux visés au contrat sans l'accord du franchiseur ;

j) ne pas céder les droits et obligations résultant du contrat sans l'accord du franchiseur.

3. Dans le cas où, en raison d'un contexte particulier, les obligations visées au paragraphe 2 tombent sous le coup de l'article 85 paragraphe 1, elles sont également exemptées, même lorsqu'elles ne sont accompagnées d'aucune des obligations exemptées à l'article 1er.

Article 4

L'exemption prévue à l'article 1er s'applique à condition que :

a) le franchisé soit libre d'acheter les produits faisant l'objet de la franchise aux autres franchisés ; en cas de distribution parallèle par un autre réseau de distributeurs agréés, le franchisé doit être libre de s'approvisionner auprès de ceux-ci ;

b) si le franchiseur impose au franchisé d'assurer une garantie pour les produits du franchiseur, cette obligation s'applique en ce qui concerne les produits vendus dans le marché commun par d'autres membres du réseau franchisé ou par d'autres distributeurs qui donnent une garantie similaire ;

c) le franchisé soit tenu d'indiquer sa qualité de commerçant indépendant ; cette indication ne doit cependant pas interférer avec l'identité commune du réseau franchisé qui résulte en particulier de l'utilisation d'un nom ou d'une enseigne identiques et de l'apparence uniforme des locaux et/ou moyens de transport visés au contrat.

Article 5

L'exemption prévue à l'article 1er ne s'applique pas lorsque :

a) des entreprises fabriquant des produits ou prestant des services, qui sont identiques ou considérés comme similaires par les utilisateurs en raison de leurs propriétés, de leur prix et de leur usage, concluent entre elles des accords de franchise concernant ces produits ou services ;

b) sans préjudice de l'article 2 point e) et de l'article 3 paragraphe 1 point b), le franchisé est empêché de s'approvisionner en produits de qualité équivalente à ceux qui lui sont proposés par le franchiseur ;

c) sans préjudice de l'article 2 point e), le franchisé est tenu de vendre ou d'utiliser dans le cadre de la prestation de services, des produits fabriqués par le franchiseur ou des tiers désignés par le franchiseur et lorsque le franchiseur refuse, pour des raisons autres que la protection des droits de propriété industrielle et intellectuelle du franchiseur ou le maintien de l'identité et de la réputation du réseau franchisé, de désigner comme producteurs autorisés des tiers proposés par le franchisé ;

d) le franchisé est empêché de continuer à utiliser après l'expiration du contrat le savoir-faire licencié, alors que ce savoir-faire est devenu généralement connu ou facilement accessible sans que cela résulte d'une violation de ses obligations par le franchisé ;

e) le franchisé est limité par le franchiseur, directement ou indirectement, quant à la détermination des prix de vente des produits et services qui font l'objet de la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de recommander des prix de vente ;

f) le franchiseur impose au franchisé de ne pas contester les droits de propriété industrielle ou intellectuelle qui constituent la franchise, sans préjudice de la possibilité pour le franchiseur de mettre fin à l'accord dans un tel cas ;

g) les franchisés sont tenus de ne pas fournir, à l'intérieur du marché commun, les produits ou services qui font l'objet de la franchise à des utilisateurs finals en raison de leur lieu de résidence.

Article 6

1. Bénéficient également de l'exemption prévue à l'article 1er les accords qui remplissent les conditions de l'article 4 et qui contiennent des obligations restrictives de concurrence qui ne sont pas couvertes par l'article 2 et l'article 3 paragraphe 3 sans relever du champ d'application de l'article 5, cela à la condition que ces accords soient, conformément aux dispositions du règlement n° 27 de la Commission [1], notifiés à la Commission et que celle-ci, dans un délai de six mois, ne fasse pas opposition à l'exemption.

[1] JO n° 35 du 10. 5. 1962, p. 1118/62.

2. Le délai de six mois court à partir du jour où la notification est reçue par la Commission. Toutefois, lorsque la notification est envoyée par lettre recommandée, ce délai court à partir de la date indiquée par le cachet de la poste du lieu d'expédition.

3. Le paragraphe 1 ne s'applique que si :

a) la notification ou une communication l'accompagnant se réfèrent expressément au présent article

et que

b) les renseignements à fournir lors de la notification sont complets et conformes aux faits.

4. En ce qui concerne les accords déjà notifiés lors de l'entrée en vigueur du présent règlement, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être invoquées dans une communication à la Commission se référant expressément au présent article et à la notification. Les dispositions du paragraphe 2 et du paragraphe 3 point b) sont applicables *mutatis mutandis*.

5. La Commission peut faire opposition à l'exemption. Elle fait opposition lorsqu'un État membre en fait la demande dans un délai de trois mois à compter de la date de la transmission à l'État membre de la notification visée au paragraphe 1 ou de la communication visée au paragraphe 4. Cette demande doit être fondée sur des considérations relatives aux règles de concurrence du traité.

6. La Commission peut lever l'opposition à l'exemption à tout moment. Toutefois, lorsque l'opposition résulte de la demande d'un État membre et que celui-ci la maintient, elle ne peut être levée qu'après consultation du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes.

7. Si l'opposition est levée parce que les entreprises ont démontré que les conditions prévues à l'article 85 paragraphe 3 sont remplies, l'exemption prend effet à la date de la notification.

8. Si l'opposition est levée parce que les entreprises intéressées ont modifié l'accord de manière à remplir les conditions de l'article 85 paragraphe 3, l'exemption prend effet à compter de la date à laquelle les modifications entrent en vigueur.

9. Si la Commission fait opposition et que celle-ci n'est pas levée, les effets de la notification sont régis par les dispositions du règlement n° 17.

Article 7

1. Les informations recueillies en application de l'article 6 ne peuvent être utilisées qu'aux fins visées par le présent règlement.

2. La Commission et les autorités des États membres ainsi que leurs fonctionnaires et autres agents sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies en application du présent règlement et qui, de par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne s'opposent pas à la publication de renseignements généraux ou d'études ne comportant pas d'indications individuelles sur les entreprises ou associations d'entreprises.

Article 8

Conformément à l'article 7 du règlement n° 19/65/CEE, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du présent règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté en application du présent règlement a cependant certains effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 85 paragraphe 3 du traité notamment lorsqu'une exclusivité territoriale est concédée au franchisé et que :

a) l'accès au marché en cause, ou la concurrence sur celui-ci, est restreint de façon significative par l'effet cumulatif de réseaux parallèles d'accords similaires établis par des producteurs ou distributeurs concurrents ;

b) les produits ou services faisant l'objet de la franchise ne sont pas soumis, dans une partie substantielle du marché commun, à la concurrence effective de produits ou de services identiques ou considérés par l'utilisateur comme similaires en raison de leurs propriétés, de leurs prix et de leur usage ;

c) les parties, ou l'une d'entre elles, empêchent les utilisateurs finals, en raison de leur lieu de résidence, d'obtenir dans le marché commun, directement ou par des intermédiaires, les produits ou services faisant l'objet de la franchise, ou utilisent les différences de spécifications concernant ces produits ou services dans les différents États membres pour cloisonner les marchés ;

d) les franchisés réalisent des pratiques concertées en ce qui concerne les prix de vente des produits ou services qui font l'objet de la franchise ;

e) le franchiseur utilise son droit d'examiner les locaux et moyens de transport visés au contrat, ou refuse son accord à une demande du franchisé de déplacer les locaux visés au contrat ou de céder ses droits et obligations au titre de l'accord de franchise, pour d'autres motifs que de protéger ses droits de propriété industrielle ou intellectuelle, de maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ou de vérifier si le franchisé respecte ses obligations au titre dudit accord.

Article 9

Le présent règlement entre en vigueur le 1er février 1989.

Il est applicable jusqu'au 31 décembre 1999.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 30 novembre 1988.

Par la Commission
Peter SUTHERLAND
Membre de la Commission