

UNIDROIT 1992
Etude LXVIII - Doc. 5
(original: anglais)

U n i d r o i t

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE

LE FRANCHISAGE INTERNATIONAL

**Examen des domaines qui pourraient être réglementés
au niveau international**

(Note du Secrétariat)

Rome, avril 1992

TABLE DES MATIERES

	page
Introduction	1
I. La notion de franchisage	1
II. Législation sur le franchisage ou ayant des effets sur le franchisage.....	2
III. La pratique des tribunaux	4
IV. Le franchisage international	14
V. Problèmes soulevés	17
VI. Domaines à étudier	19

INTRODUCTION

A sa 70^{ème} session en mai 1991, le Conseil de Direction d'Unidroit a demandé au Secrétariat de préparer un document qui préciserait les domaines se prêtant le mieux à une réglementation au niveau international. Le présent document vise à présenter l'analyse voulue.

I. LA NOTION DE FRANCHISAGE

Le "franchisage" est un terme qui est employé pour couvrir des opérations fort différentes. Il est donc important de décider quelle catégorie d'accord l'on vise lorsque l'on parle de franchisage. Le franchisage est souvent qualifié par des termes tels que "industriel", "productif" ou "de distribution". Il y a toutefois certains éléments dont on peut dire qu'ils représentent le plus petit commun dénominateur pour toutes ces opérations. Plusieurs de ceux-ci sont inclus dans la définition du franchisage que fournit la Fédération Européenne de la franchise, la fédération regroupant les associations nationales de franchisage, dans son code de déontologie de la franchise:

La franchise est un système de commercialisation de produits et/ou de services et/ou de technologies, basé sur une collaboration étroite et continue entre des entreprises juridiquement et financièrement distinctes et indépendantes, le franchiseur et ses franchiseés individuels, dans lequel le franchiseur accorde à ses franchiseés individuels le droit, et impose l'obligation, d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept de franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le franchiseé, en échange d'une contribution directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de service, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et pour la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet.

Une note précise que

- "Le savoir-faire est un ensemble d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il est secret, substantiel et identifié;

- 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: cela n'est pas limité au sens étroit que chaque composant individuel du savoir-faire doit être totalement inconnu ou impossible à obtenir hors des relations avec le franchiseur;

- substantiel, le fait que le savoir-faire doit inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de

services aux utilisateurs finals, et notamment pour la présentation de 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 la position concurrentielle du franchisé, en particulier en améliorant ses résultats ou en l'aidant à entrer sur un nouveau marché;

- identifié, le fait que le savoir-faire doit être décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier qu'il remplit les conditions de secret et de substantialité; [...]."

La définition susmentionnée de la Fédération Européenne de la Franchise, qui a été établie en concertation avec la Commission de la CEE, concorde largement avec le Règlement (CEE) n° 4087/88 de la Commission, du 30 novembre 1988, concernant l'application de l'article 85 par. 3 du traité à des catégories d'accords de franchise⁽¹⁾ qui, toutefois, est plus détaillé dans la définition du type d'opérations qu'il vise. Dans le troisième considérant, trois types de franchises différents sont mentionnés: les franchises industrielles qui concernent la fabrication de produits, les franchises de distribution qui concernent la vente de produits et les franchises de services qui concernent la prestation de services. Les franchises industrielles sont expressément exclues du champ d'application du Règlement, et il est précisé que celles-ci "consistent en des licences de production fondées sur des brevets et/ou du savoir-faire technique, combinées avec des licences de marques"⁽²⁾. Le Règlement vise en revanche à couvrir les franchises de distribution et les franchises de services:

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 des moyens de transport visés au contrat,

(1) Journal officiel des Communautés européennes du 28 décembre 1988, N° L 359, p. 46 ss. Le texte du règlement est reproduit dans Etude LXVIII - Doc. 4^{ème}

(2) 4^{ème} considérant.

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;
[...]⁽³⁾

On se sert de plus en plus du terme "franchisage" pour désigner la forme connue sous le nom de "business format franchising", dans laquelle le franchiseur a élaboré et expérimenté une méthode commerciale spécifique (le "business format"), que ce soit dans le secteur de la distribution de produits ou dans celui de la prestation de services, dont il autorise ensuite des franchisés à faire usage. C'est un ensemble qui comprend les éléments susmentionnés (droits de propriété intellectuelle, savoir-faire non breveté, formation et assistance continue de la part du franchiseur, droits de contrôle du franchiseur vis-à-vis du franchisé, obligations du franchisé de suivre les instructions du franchiseur, de respecter les clauses financières de l'accord, etc.), qui permet d'identifier clairement l'établissement franchisé comme faisant partie d'une chaîne de franchise donnée.

Un accord de "business format franchise" est donc conclu entre deux entrepreneurs indépendants, par lequel l'un, le franchiseur, moyennant compensation (normalement sous forme d'un droit d'entrée et/ou de redevances) octroie à l'autre, le franchisé, le droit de commercialiser de la marchandise ou de dispenser des services sous sa marque et/ou son nom commercial en appliquant les méthodes commerciales qu'il a élaborées et expérimentées. Pour permettre au franchisé d'agir de la sorte, le franchiseur lui communique le savoir-faire requis et la formation nécessaire pour exploiter ce savoir-faire. Il lui apporte en outre, pendant la durée de l'accord, toute assistance dont il peut avoir besoin pour gérer son affaire.

En dehors des facteurs mentionnés, il en existe d'autres qui figurent normalement dans les accords de franchise, mais peuvent être l'objet de controverses. Ainsi, le franchiseur s'engage en général à ne pas octroyer d'autres franchises et à ne pas exercer lui-même l'activité franchisée à l'intérieur d'un territoire déterminé qu'il laisse au franchisé le soin d'exploiter ("exclusivité territoriale"); souvent le franchiseur, sans nécessairement fixer les prix à proprement parler, donne au franchisé des listes de prix indicatifs pour les produits que celui-ci vendra ou les services qu'il rendra, ce qui s'apparente parfois à une imposition des prix, ou le devient effectivement.

En outre, il arrive que le franchiseur cède à bail au franchisé l'équipement dont il a besoin pour son activité et soit même le proprié-
tair

(3) Cf. article 1(3).

re des locaux dont se servira le franchisé, à qui il pourra les céder à bail. Le franchiseur, par l'intermédiaire des établissements financiers avec lesquels il est en contact, aide parfois le franchisé à trouver des fonds. Certains contrats contiennent également des clauses déliant le franchiseur de toute responsabilité pour les actions ou omissions du franchisé, et souvent des clauses exigeant la couverture d'une assurance.

Selon le type de franchise, le franchisé s'engage à respecter les normes et/ou à appliquer les méthodes élaborées par le franchiseur, à ne pas révéler à des tiers le savoir-faire que lui a transmis le franchiseur, à ne pas vendre de produits autres que ceux du franchiseur ("exclusivité de produits"), à ne pas se lancer dans une activité faisant concurrence à celle de la franchise ("clauses de non-concurrence"). Ce dernier engagement couvre souvent une certaine période après la fin de l'accord de franchise, en général à l'intérieur de la zone qu'il était chargé d'exploiter comme franchisé, mais également dans un certain périmètre autour d'autres points de ventes du réseau auquel il appartenait.

Habituellement le contrat confère au franchiseur de larges pouvoirs pour contrôler que le franchisé continue à respecter les normes requises et à appliquer les méthodes établies, et pour mettre fin au contrat en cas de non-respect de ses clauses.

II. LEGISLATION SUR LE FRANCHISAGE OU AYANT DES EFFETS SUR LE FRANCHISAGE

Comme on le sait, l'on trouve de législation en matière de franchisage ou le concernant, seulement aux Etats-Unis d'Amérique, dans la province de l'Alberta au Canada, et en France où la loi en question ne mentionne en fait jamais le terme "franchisage".

Aux Etats-Unis il existe, au niveau fédéral et au niveau des Etats, une législation régissant cette activité ou certains de ses aspects ⁽⁴⁾.

Au niveau fédéral, la *United States Federal Trade Commission (FTC)* a adopté en 1979 un règlement sur le franchisage intitulé *Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures* ⁽⁵⁾.

(4) La *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, élaborée par le *Franchising Committee* de la *Section of Antitrust Law* de l'*American Bar Association*, 2e éd., 1989, constitue une source d'informations utiles concernant la législation sur le franchisage, ou ayant des effets sur le franchisage, de 24 pays. Pour ce qui concerne les Etats-Unis, le *Commerce Clearing House (CCH)* publie le *Business Franchise Guide*, diffusé sous forme de feuillets mobiles contenant le texte de la législation fédérale et des Etats, les décisions des tribunaux des Etats-Unis et des rapports.

(5) 16 C.F.R. par. 436.

Ce règlement oblige les franchiseurs à divulguer ("disclosure") des informations aux franchisés éventuels, c'est-à-dire à leur remettre un document contenant des informations précises sur: le franchiseur, ses directeurs et son personnel d'encadrement, les précédents en matière de contentieux et de faillites, la franchise à acheter, les versements initiaux et échelonnés, les obligations d'achat, le financement, la participation personnelle requise, les clauses de résiliation et de renouvellement des contrats et les statistiques sur le nombre de franchisés, la formation, le choix du point de vente et les rapports financiers, y compris les rapports des commissaires aux comptes⁽⁶⁾.

La Uniform Franchise Offering Circular (UFOC)⁽⁷⁾ adoptée par la North American Securities Administrators Association⁽⁷⁾ contient également la liste des informations à fournir aux futurs franchisés. La forme à suivre prescrite diffère de celle du règlement FTC, la substance est pour l'essentiel la même. La Federal Trade Commission autorise l'usage de la circulaire UFOC susmentionnée en lieu et place du document de base qu'elle a prescrit dans son règlement. La circulaire a été acceptée, avec des modifications mineures, dans tous les Etats qui réglementent l'offre et la vente de franchises par enregistrement et/ou présentation d'informations⁽⁸⁾. La NASAA a adopté en août 1990 une loi modèle sur la franchise à proposer aux états et aux provinces en vue de sa promulgation. La loi modèle oblige les franchiseurs à fournir aux franchisés un document contenant les informations détaillées énumérées plus haut, et oblige les services administratifs des Etats à revoir et à approuver avant toute offre de franchise ces informations et les autres informations fournies⁽⁹⁾.

En dehors de ces instruments existant au niveau fédéral, quinze Etats ont adopté des lois exigeant la présentation d'informations aux futurs franchisés avant les ventes, et treize d'entre eux exigent également un enregistrement ou l'approbation des autorités de l'Etat avant l'offre ou la vente d'une franchise⁽¹⁰⁾. Un certain nombre d'Etats réglementent certaines clauses des accords de franchise (conditions de résiliation, par exemple). Les règles varient d'un Etat à l'autre, mais on trouve parfois des

(6) Voir P. ZEIDMAN, *United States*, p. 2, in *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, cit. Pour le texte du règlement de la FTC et les lignes directrices concernant leur interprétation, voir CCH, *Business Franchise Guide*, ¶ 6080 ss.

(7) Pour le texte de la Uniform Franchise Offering Circular, voir CCH, *Business Franchise Guide*, ¶ 5750. La North American Securities Administrators Association comprend parmi ses membres des administrateurs d'Etats des Etats-Unis et de provinces canadiennes.

(8) P. ZEIDMAN, *United States*, p. 2, in *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, cit.

(9) Report from America de P. ZEIDMAN/A. LOEWINGER/J. GILBERT, in *The Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1991, p. 147 ss.

(10) P. ZEIDMAN, *United States*, p. 4, in *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, cit. Une sélection de législations sur le franchisage est reproduite dans Etude LXVIII - Doc. 4.

dispositions analogues dans les lois de plusieurs Etats⁽¹¹⁾. Un certain nombre d'Etats possèdent des lois pour certains secteurs d'activité, comme la distribution automobile et les industries pétrolières.

Au Canada, seule la province de l'Alberta possède une législation sur le franchisage⁽¹²⁾. Jusqu'en 1983, c'est-à-dire jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi sur les valeurs mobilières ("Securities Act"), la loi du Québec sur les valeurs mobilières s'appliquait au franchisage en englobant dans la définition des "valeurs mobilières" "un contrat de concession en vertu duquel le concessionnaire obtient certains droits particuliers quant à l'exploitation d'une entreprise." La nouvelle loi sur les valeurs mobilières ne contient aucune allusion spécifique au franchisage mais couvre les "contrats d'investissement", c'est-à-dire les contrats par lesquels "une personne s'engage, dans l'espérance du bénéfice qu'on lui a fait entrevoir, à participer aux risques d'une affaire par la voie d'un apport ou d'un prêt quelconque, sans posséder les connaissances requises pour la marche de l'affaire ou sans obtenir le droit de participer directement aux décisions concernant la marche de l'affaire"⁽¹³⁾.

Un pays qui a adopté une loi régissant le franchisage dans sa législation sur la propriété intellectuelle est le Mexique⁽¹⁴⁾. Des renseignements doivent être fournis aux futurs franchisés avant la vente, et des informations concernant le franchiseur doivent être enregistrées, de même que le transfert des droits d'exploitation de la marque au franchisé.

En Europe, le seul pays possédant une législation sur le franchisage est la France. La loi n° 89-1008, relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social⁽¹⁵⁾ a été adoptée le 31 décembre 1989. Son premier article intéresse le franchisage. Fondamentalement c'est une loi sur la présentation des informations, dont les détails ont été ultérieurement fixés dans le décret gouvernemental n° 91-337 du 4 avril

(11) See P. ZEIDMAN, *United States*, p. 6 ss, in *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, cit.

(12) *The franchises Act, Revised Statutes of Alberta* (1980 C.F.-17), amendée. Le texte de la loi de l'Alberta est reproduit dans CCH, *Business Franchise Guide*, ¶ 7010 ss.

(13) Voir CCH, *Business Franchise Guide*, ¶ 7040.

(14) Loi sur la propriété industrielle, publiée au *Diario Oficial*, 27 juin 1991, prenant effet le 28 juin 1991. Les sanctions correspondantes de cette loi sont reproduites dans le CCH, *Business Franchise Guide*, au ¶ 7210, avec traduction en anglais par le CCH et le Monterrey Office of the law firm of Brownstein Zeidman and Schomer, Washington, D.C. Voir aussi, Etude LXVIII - Doc. 4.

(15) Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, publiée au *Journal Officiel* du 2 janvier 1990. Le texte original de la loi est reproduit dans Etude LXVIII - Doc. 4.

1991 ⁽¹⁶⁾. Les informations à fournir au franchisé éventuel devraient comprendre des renseignements sur l'histoire de l'entreprise, sur sa constitution juridique, sur la propriété intellectuelle concernée, les comptes annuels des deux derniers exercices, la liste des autres franchisés du réseau, des informations sur le contrat de franchise comme la durée du contrat, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession ainsi que le champ des exclusivités. Doivent également figurer dans le document la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que le franchisé éventuel devra engager avant de commencer l'exploitation.

Une approche intéressante quoiqu'étonnante, doit être relevée ici, à savoir les faits récemment intervenus en Australie. La possibilité d'adopter une loi sur le franchisage a été examinée dans les années 1980. Une *Franchise Agreements Bill* fut d'abord étudiée, pour être refusée à la conclusion qu'une loi sur le franchisage n'était pas nécessaire. L'idée ne fut toutefois pas entièrement abandonnée. Le 10 décembre 1990, le *Minister for Small Business and Customs* a annoncé la constitution d'un groupe de travail sur le franchisage chargé d'examiner et de proposer des mécanismes permettant de lever les obstacles à l'efficacité et à la croissance du secteur du franchisage. Le rapport final fut publié en décembre 1991 ⁽¹⁷⁾. Le rapport met en garde contre une réglementation spécifique du franchisage, et recommande de mettre au point un "Code professionnel qui régirait les franchiseurs, les franchisés, les conseillers et certains fournisseurs de services indiqués, dans les conditions indiquées dans le Code" ⁽¹⁸⁾. La mise en application du Code serait sous le contrôle d'un Conseil du Code du franchisage ("*Franchising Code Administration Council*") qui comprendrait de représentants des franchiseurs, des franchisés, des associations de conseils, des fournisseurs de service, et au moins un représentant de l'administration. Le rôle du Conseil serait de mettre au point les termes précis du Code, de fournir un avis à intervalles réguliers au *Minister for Small Business and Customs* sur des questions de fond en matière de franchisage et de réaliser des tâches qui lui aurait été confiées par le Ministre, conformément au mandat du Conseil, d'établir un registre des personnes acceptant de se soumettre au Code, de revoir et contrôler l'effet et le fonctionnement global du Code, d'en faire rapport au Ministre, et à travers ce dernier et une fois par an, à la réunion aux

(16) 1^{er} Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, publié au *Journal Officiel* du 6 avril 1991. Le texte original du décret est reproduit dans *Etudes LXVIII - Doc. 4*.

(17) *Franchising Task Force, Report by the Franchising Task Force To the Minister for Small Business and Customs The Hon. DAVID BEDDALL M.P., December 1991.*

(18) *Rapport cit., Recommandation 6.*

Ministres for Small Business and Customs, de dresser la liste des personnes qui ne respectent pas le Code, de nommer un conciliateur pour suivre la procédure de résolution alternative des différends qui s'y trouvent préconisée, et a le pouvoir d'exonérer certains systèmes ou accords qui relèvent de la définition du franchisage, de se conformer totalement ou en partie au Code lorsque le respect de celui-ci ne serait pas approprié compte tenu de la nature des systèmes ou des accords⁽¹⁹⁾. Le groupe de travail conclut qu'une condition indispensable au succès du franchisage est la publicité voulue et "recommande que la divulgation soit faite au moyen d'un Document de publicité ("Disclosure Document") et que cet instrument devrait porter une appellation unique et uniforme pour tous les franchiseurs dans leur présentation aux franchisés"⁽²⁰⁾. En outre, le groupe de travail a appelé de ses vœux l'élaboration et/ou l'approbation d'un "Guide uniforme pour les franchisés" par le Conseil du Code du franchisage⁽²¹⁾

dont un exemplaire serait remis aux franchisés potentiels en même temps que le Document de publicité. Il est difficile d'évaluer l'incidence que pourraient avoir les procédures détaillées qui sont décrites à la page 170 du rapport. Si les recommandations sont en définitive approuvées, les nombreuses questions qui ne sont pas traitées dans le rapport devront trouver réponse dans la pratique.

Si la plupart des pays n'ont pas de législation propre au franchisage, il existe en revanche une multitude de lois ayant des effets sur le franchisage. Au nombre des domaines législatifs à examiner figurent: le droit général des contrats, le droit commercial, le droit de la représentation et la législation gouvernant les autres contrats de distribution, le crédit-bail, les valeurs mobilières et les investissements financiers, les lois sur la propriété intellectuelle et industrielle, les lois sur la concurrence, y compris les lois sur les pratiques commerciales équitables, le droit des sociétés, le droit fiscal, le droit commun sur la propriété, la législation sur la protection du consommateur et sur la responsabilité des produits, le droit des assurances et le droit du travail. Dans certains pays, il convient de faire entrer en ligne de compte les lois régissant le transfert de technologie car elles visent souvent le franchisage⁽²²⁾. Il faut tenir compte également de la législation propre à certaines branches professionnelles.

Au plan international, il faut ajouter à ce qui précède la législation régissant les investissements étrangers, les règlements sur le contrôle des devises, les restrictions aux importations et/ou les quotas, les conventions internationales régissant tel ou tel aspect du contrat (la

(19) Voir Rapport cit., Recommandation 9.

(20) Voir Rapport cit., Recommandation 24.

(21) Voir Rapport cit., Recommandation 43.

(22) Il en existe un exemple en Europe, au Portugal: voir F. FERNANDEZ/R. DIAZ, *El nacimiento de mercado*, rapport présenté à la quatrième réunion sur le franchisage en Europe consacré au thème général *La franquicia europea de los años 90*, tenue du 29 septembre au 1^{er} octobre 1988 à Valence.

propriété intellectuelle par exemple) et les aspects des législations susmentionnées propres aux relations internationales, comme les accords bilatéraux en matière fiscale.

L'un des aspects des accords de franchise pour lesquels la législation supranationale est également importante concerne les pratiques commerciales restrictives et la concurrence. Dans les pays des Communautés européennes, comme d'ailleurs dans ceux qui entretiennent d'étroites relations avec la CEE, le Règlement n° 4087/88 de la Commission revêt une importance considérable ⁽²³⁾. Il indique sous quelles conditions des clauses contractuelles qui seraient autrement considérées comme des entraves à la concurrence entre les Etats membres de la CEE ne doivent pas être considérées comme telles.

Le Règlement précise donc à quelles restrictions de concurrence l'exemption s'applique de toute façon (article 2), et à quelles restrictions elle s'applique malgré la présence de certaines obligations spécifiées imposées aux franchisés (article 3). Les obligations constituant un premier groupe, mentionné au paragraphe 1, sont autorisées 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. Les obligations formant un deuxième groupe, qui fait l'objet du paragraphe 2, sont autorisées sans être soumises à ces conditions. L'article 4 prévoit les conditions dans lesquelles l'exemption s'applique et l'article 5, celles dans lesquelles elle ne s'applique pas. L'article 6 prévoit une procédure d'opposition, selon laquelle l'exemption s'applique aux 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, à la condition que ces accords soient notifiés à la Commission et que celle-ci, dans un délai de six mois, ne fasse pas opposition à l'exemption." Enfin, l'article 8 prévoit dans quels cas la Commission peut retirer le bénéfice de l'exemption qu'elle a accordée.

L'on pense toutefois que le droit de la concurrence ne se prête guère à une initiative d'Unidroit, tant en raison de sa nature que des cadres réglementaires existants tant nationaux que supra-nationaux.

(23) Pour le texte du Règlement, voir Etude LXVIII - Doc. 4. Sur le Règlement, voir, entre autre, O. WELTRICH, *Anpassung von Franchiseverträgen an die neue EG-Gruppenfreistellungsverordnung*, in *Der Betrieb* 1988, p. 1481; J.-M. LÉLOUP, *Le Règlement communautaire relatif à certaines catégories d'accords de franchise*, in *J.C.P. éd. E.* 1989, II. 15455; R. GANDIN, *La disciplina CEE del franchising alla luce del regolamento comunitario n. 4087/88* in *Giurisprudenza commerciale* 1991, I, p. 496 ss.; et V. KORAH, qui a consacré une entière monographie au Règlement; *Franchising and the EEC Competition Rules - Regulation 4087/88*, Oxford 1989.

III. LA PRATIQUE DES TRIBUNAUX

En l'absence d'une législation spécifique applicable au franchisage, les tribunaux ont adopté d'autres réglementations pour les accords de franchise. Ainsi, en Autriche et en République fédérale d'Allemagne on a appliqué aux contrats de franchise les lois gouvernant les contrats de représentation⁽²⁴⁾ tandis qu'en Grande Bretagne on considère la représentation ("agency") et le franchisage comme tout à fait distincts⁽²⁵⁾. En Allemagne, on a également appliqué à des contrats de franchise la loi sur les ventes à tempérament⁽²⁶⁾ et la loi sur les contrats-type⁽²⁷⁾. Assez curieusement, il est arrivé qu'un même contrat ait été classé par un tribunal comme un certain type d'accord, et par un autre tribunal comme un autre type⁽²⁸⁾.

En Espagne, la Cour suprême a assimilé les contrats de franchise aux contrats de licence⁽²⁹⁾ et en France la Cour de Paris a déclaré qu'un contrat de franchise devait être regardé comme nul et non avenu si le prix de ce que le franchiseur vendait au franchisé n'était pas indiqué dans le contrat, ou ne pouvait pas être déterminé à partir du contrat, sauf si le contrat pouvait être assimilé à un contrat de vente successif, dont la nature était différente⁽³⁰⁾.

La question de la possibilité d'appliquer le droit du travail aux contrats de franchise a soulevé de vives controverses. Les deux principaux problèmes sont les suivants. Premièrement, certains contrats de franchise limitent l'indépendance du franchisé au point que celui-ci ne peut plus être considéré comme un entrepreneur indépendant, mais plutôt comme un employé du franchiseur. Ces contrats peuvent donc être un moyen de tourner

(24) Voir, pour l'Autriche, les décisions de la Cour suprême (Oberster Gerichtshof), OGH 5.5.1987 - 4 Ob 321/87, in *IPRax* 1988, p. 242; et OGH 21.10.1987 - 1 Ob 641/87, in *Österreichische Juristenzeitung* 1988, p. 207 (EvBl 31). Pour l'Allemagne, voir tribunal régional (Landgericht - LG) Duisburg 15.5.1979 - 15 O 160/78, cité dans G. Eßer, *Franchising ja - aber wie?*, Cologne, 1987, p. 21.

(25) On trouve une analyse des différences entre les contrats de franchisage, de mandat et les autres contrats de distribution en droit britannique dans M. MENDELSON, *The Guide to Franchising*, 4th ed., Oxford (Pergamon Press) 1985, p. 32 ss.

(26) Voir décision de la Haute Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof - BGH) 16.4.1986 - VIII ZR 79/85, in *Betriebs-Berater* (BB) 1986, p. 1115; de la Cour d'appel régionale (Oberlandesgericht - OLG) Schleswig 28.7.1988 - 2 U 28/87, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1988, p. 3024 et de la BGH 8.10.1990 - VIII ZB 176/89, in *NJW* 1991, p. 105.

(27) Voir les débats de la Cour dans BGH 3.10.1984 - VIII ZR 118/83, in *NJW* 1985, p. 1894.

(28) Le tribunal régional (Landgericht) de Duisburg, dans sa décision du 15.5.1979 (15 O 160/78), a considéré qu'il n'existait aucune différence entre le franchisé dans ce cas et un mandataire, tandis que le Landgericht de Lubeck (5 O 279/86) a estimé qu'un franchisé en vertu du même accord devait être considéré comme un *Kommissionsagent* - cité dans G. Eßer, *op. cit.*, p. 21 ss.

(29) TS I S 15.5.1985 in *La Ley* (T. 1985-4), p. 294 ss.

(30) Voir Cour de Paris 5.7.1990, in *Recueil Dalloz Sirey*, 1990, *Informations Rapides*, p. 220.

la loi sur la sécurité sociale et les relations du travail. Deuxièmement, comme le contrat de franchise est conclu entre le franchiseur et le franchisé et que les employés du franchisé ne sont pas parties à ce contrat, ils n'ont pas le droit de négocier des propositions de modifications pouvant parfois avoir d'importants effets sur leur travail avec l'initiateur de ces modifications, c'est-à-dire le franchiseur. On considère qu'il y a également la violation des droits du travailleur définis dans les lois sur les relations du travail (31).

Si un véritable rapport de franchise ne soulève pas la question de savoir si le franchisé est ou n'est pas en réalité un employé du franchiseur et non un entrepreneur indépendant, il existe cependant des cas limites. Il est nécessaire de parvenir à un équilibre entre les intérêts du franchiseur et ceux du franchisé et diverses tentatives ont été faites pour définir les critères qui permettraient de tracer la limite entre ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas.

Une de ces tentatives a été faite en Allemagne par le *Landesarbeitsgericht* (Tribunal régional du travail) de Düsseldorf dans sa décision controversée du 20 octobre 1987⁽³²⁾. Dans cette décision, le tribunal est parvenu à la conclusion que les contrats de franchise pouvaient contenir des dispositions créant entre le franchiseur et le franchisé un lien personnel si étroit que le franchisé devrait être considéré comme un salarié et non comme un entrepreneur indépendant. A l'examen du contrat en question, il a constaté que le franchisé n'avait pas été en mesure de décider comment conduire ses affaires et que ses heures de travail - et même ses vacances - avaient été fixées par le franchiseur. De surcroît, le franchisé n'avait pas de système de comptabilité indépendant car le franchiseur jouissait de larges pouvoirs de contrôle sur sa comptabilité. Il a également regardé comme une indication du manque d'indépendance du franchisé le fait que son revenu était déterminé au vu du rapport mensuel sur l'activité de l'établissement, de sorte que ses gains s'apparentaient plus à une commission qu'à un revenu indépendant. Le tribunal a estimé en outre que le pouvoir du franchiseur de placer un gérant dans le magasin franchisé quand le franchisé était pendant quatre semaines d'affilée dans l'impossibilité de le gérer (pour cause de maladie par exemple) était une ingérence inconciliable avec le statut d'entrepreneur indépendant du franchisé. Selon lui, le fait que le franchisé assumait les risques de son activité et qu'il était en droit

(31) Sur les différentes formes de participation des travailleurs, voir BIT, *Workers' participation in decisions within undertakings*, Genève 1981, et *La négociation collective*, Genève 1986. Pour une analyse comparée, voir M.J. BONELL, *Partecipazione operaia e diritto dell'impresa*, Milan 1983.

(32) Décision n° 16 Ta BV 83/87, in *Der Betrieb* 1988, p. 293. Cette décision a été annulée, pour vice de forme, par le tribunal fédéral du travail (*Bundesarbeitsgericht* - BAG) dans sa décision du 13.9.1989 - 7 ABR 5/88 inédite, citée dans H. GURLAND, *Franchise et agence en R.F.A. - Intégration de la législation communautaire. Particularités et conflits de lois*, in *Gazette du Palais*, 1990, *Doctrine*, p. 526 ss.

d'engager des travailleurs à temps partiel n'était pas une preuve d'indépendance suffisante.

Cette décision a été abondamment étudiée dans la littérature juridique, certains auteurs approuvant l'analyse du tribunal, d'autres la critiquant vivement⁽³³⁾. Certains parmi eux évoquent la nécessité d'uniformité comme fondement de la réussite de l'entreprise et la position de la Cour européenne de Justice dans l'affaire *Pronuptia*⁽³⁴⁾ dans laquelle la Cour a estimé que les liens très étroits entre le franchiseur et le franchisé étaient (dans certaines limites) justifiés et n'entravaient pas la concurrence au sens de l'article 85(1) du Traité de Rome. Ils estiment également que les décisions de la Commission des Communautés européennes⁽³⁵⁾ et le Règlement sur les exemptions par catégorie pour certains types d'accords de franchise confirment la nécessité de liens étroits entre les parties aux accords de franchise. D'après eux le facteur de risque revêt une importance décisive pour déterminer l'indépendance, ou le manque d'indépendance, du franchisé⁽³⁶⁾. Ils estiment essentiel, pour décider si le franchisé possède ou non un statut indépendant, d'évaluer avec soin la relation existant entre les parties, tous les facteurs entrant en jeu et la manière dont l'accord est effectivement exécuté⁽³⁷⁾.

La Cour suprême d'Autriche a également estimé qu'il fallait considérer qu'un franchisé particulièrement dépendant du franchiseur était dans une position analogue à celle d'un salarié⁽³⁸⁾.

En Italie, en revanche, le tribunal de première instance de Palestrina dans sa décision du 14 février 1987 a jugé que le fardeau incontestablement excessif des obligations contractuelles incombant au franchisé ne suffisait pas à transformer une activité d'entrepreneur, même limitée par un dosage délibéré d'accords contractuels visant à donner au franchisé une autonomie et des revenus aussi restreints que possible, en un contrat de travail⁽³⁹⁾.

(33) W. BAUDER, *Zur Selbständigkeit des Franchise-Nehmers* in *NJW* 1989, p. 78.

(34) Arrêt du 28 janvier 1986 dans l'affaire 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH, Frankfurt am Main, v. Pronuptia de Paris Irmgard Schilligalis, Hamburg*, [1986] ECR 153.

(35) Décisions de la Commission de la CEE n° 87/17 du 17 décembre 1986 (*Pronuptia*) in *JO CEE* du 10.8.1987, n° L 222, p. 12 ss.; n° 87/14 du 17 décembre 1986 (*Yves Rocher*) in *Jo CEE* du 11.1.1986, n° L 8, p. 49 ss; et n° 87/407 du 13 juillet 1987 (*Computerland*) in *JO CEE* du 17.1.1986, n° L 13, p. 39 ss.

(36) Voir W. BAUDER, *op. cit.*, et O. WELTRICH, *Zur Abgrenzung von Franchise- und Arbeitsvertrag*, in *Der Betrieb* 1988, p. 806. Pour l'opinion opposée, mais non convaincante, voir R. BUSCHMANN, *Franchise-Arbeitsnehmer, in Arbeitsrecht im Betrieb* 1988, p. 51.

(37) Voir V. MATTHIESEN, *Arbeits- und handelsvertreterrechtliche Ansätze eines Franchisenehmerschutzes*, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)* 1988, p. 1089. C'est la position qu'a suivie également le tribunal régional du travail (Landesarbeitsgericht - LAG) de Cologne dans sa décision du 23.1.1989 - 5 Sa 1028/88, in *Der Betrieb* 1989, p. 1195.

(38) Voir OGH *EvBl* 1980/64 = *DRda* 1981, 136.

(39) *Pretura di Palestrina*, 14 février 1987, *Bratti v. Ges. Com S.r.l. and CIPAC S.p.A.*, in *Il Foro Padano*, 1988, I, 544.

En Suède, la Commission parlementaire constituée en 1984 pour étudier le franchisage a également examiné la possibilité d'appliquer le droit du travail à une relation de franchise⁽⁴⁰⁾, y compris pour ce qui concerne les relations professionnelles⁽⁴¹⁾. La question des possibilités pour le franchisé, ou plutôt pour une organisation de franchisés en son nom, d'exercer le droit, prévu dans la loi sur la participation des travailleurs aux décisions dans les entreprises, de négocier avec le franchiseur est en cours d'examen et des efforts sont faits pour offrir ces possibilités⁽⁴²⁾.

En ce qui concerne la possibilité pour les salariés du franchisé de négocier avec le franchiseur, le rapport de la Commission parlementaire suédoise⁽⁴³⁾ aborde la question, examinée depuis aussi dans la littérature juridique allemande⁽⁴⁴⁾, de savoir si l'on pourrait englober les relations de franchise dans le concept de *Konzern* ou *combinat*, et étendre aux franchises les règles juridiques applicables à ces entités. Ce serait peut-être réalisable en fait, eu égard à la définition donnée à la notion de *Konzern* dans les législations suédoise et allemande⁽⁴⁵⁾, mais on peut se demander comment cela fonctionnerait en pratique.

IV. LE FRANCHISAGE INTERNATIONAL

Les considérations qui précèdent décrivent la situation concernant le franchisage national. Lorsque l'on considère le franchisage international, le premier point à examiner à la forme sous laquelle il est pratiqué⁽⁴⁶⁾.

Il existe principalement quatre moyens de franchiser au niveau international: directement, par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une succursale, par l'intermédiaire d'accords de franchise principale et par l'intermédiaire d'accords de co-entreprise.

(40) Ce rapport est publié par le Ministère de la Justice dans la série *Statens Offentliga Utredningar (SOU 1987:17)* sous le titre *Franchising Betänkande av franchiseutredningen*, Stockholm 1987, p. 89 ss.

(41) Voir par. 10 - 17 de la loi suédoise sur la participation des travailleurs aux décisions dans les entreprises (*Medbestämmandelagen*). Il convient peut-être de rappeler que l'obligation de négocier n'implique pas l'obligation de parvenir à un accord.

(42) Voir l'exposé de S. GUSTAFSSON à la réunion de juristes des pays nordiques (*Nordiska Juristmötet*) tenue du 20 au 24 août 1990 à Reykjavik.

(43) Voir rapport de la commission, *cit.*, p. 111 ss.

(44) Voir B. BUSCHBECK-BÜLOW, *Betriebsverfassungrechtliche Vertretung in Franchise-Systemen*, in *BB 1989*, p. 352.

(45) Voir par. 2 de la loi suédoise de 1975 sur les sociétés par actions (*Aktieföretagslagen*) et par. 18 de la loi allemande de 1965 sur les sociétés par actions (*Aktiengesetz*).

(46) Sur le franchisage international, voir A. KONIGSBER, *International Franchising*, Ardsley-on-Hudson (NY)/Washington, 1991, est un excellent guide du franchisage international. Voir également M. MENDELSON, *How to Franchise Internationally*, London 1989; et M. ABELL (ed.), *The International Franchising Option*, London 1990.

Dans le franchisage direct, le franchiseur octroie lui-même les franchises dans le pays étranger. Il conclut alors des contrats internationaux auxquels sont parties le franchiseur et le franchisé. Parmi les problèmes posés par le franchisage direct au niveau international, on peut citer la difficulté pour les franchiseurs de contrôler les réalisations des franchisés et de leur fournir l'assistance dont ils ont besoin tant avant d'ouvrir l'établissement (choix du site et études de faisabilité précédant ce choix, contacts avec les fournisseurs locaux, etc.) que pendant toute la durée du contrat. Les formules de franchise demandent souvent à être adaptées lorsqu'on les transpose dans un autre pays et, sauf quand les pays sont culturellement, et peut-être géographiquement, proches l'un de l'autre, les franchiseurs peuvent parfois avoir de la peine à combler un écart culturel qui se traduit par des différences de langue, d'habitudes, de goûts et de législation. Le choix de la loi applicable et du tribunal compétent, les droits de propriété intellectuelle et industrielle, la fiscalité (retenues d'impôts par exemple) et l'exportation des bénéfices, les restrictions en matière de devises, les restrictions et/ou les quotas d'importation sont également des problèmes qui se posent. Le franchisage direct est, toutefois, assez rare dans un contexte international.

Le franchiseur peut aussi établir dans le pays étranger une succursale ou une filiale, qui fait fonction de franchiseur. L'avantage de cette approche est de lui permettre d'être présent en tant que personne morale dans le pays étranger. Le contrat de franchise est dans ce cas un contrat interne soumis à la législation locale. Le franchiseur doit, dans une très large mesure, s'appuyer sur du personnel local pour éviter d'avoir à transférer un trop grand nombre de ses employés dans la filiale étrangère: cela poserait des problèmes liés à l'obtention de permis de travail et à l'application à ces personnes des lois locales sur le travail, sans parler de l'inconvénient de priver l'entreprise dans son pays d'origine du personnel expérimenté. Les autres problèmes soulevés par ce mode de franchisage international sont analogues à ceux que pose le franchisage direct.

La formule la plus usuelle est peut-être de l'accord de franchise principale ("*master franchise agreement*"). Le franchiseur dans ce cas octroie à un sous-franchiseur le droit exclusif sur un certain territoire (un pays par exemple) d'ouvrir lui-même des établissements franchisés et/ou d'octroyer des franchises à des sous-franchisés. Autrement dit, le sous-franchiseur fait fonction de franchiseur dans le pays étranger. Deux accords entrent alors en jeu: un accord international entre le franchiseur et le sous-franchiseur et un accord national de franchise entre le sous-franchiseur et les sous-franchisés. Il n'existe aucune relation directe entre le franchiseur et les sous-franchisés. Parmi les avantages d'un système de franchise principale figure le fait que le sous-franchiseur local est familiarisé avec les habitudes, les goûts, la culture et les lois de son pays, qu'il connaît la bureaucratie locale et qu'il sait où

s'adresser dans ses démarches. En revanche, les bénéfices du franchiseur sont réduits car le sous-franchiseur en reçoit une part. De plus, le franchiseur doit compter sur le sous-franchiseur pour contrôler les résultats des sous-franchisés, car lui-même il n'a aucune relation directe avec eux. Pour la même raison, les sous-franchisés doivent compter sur le sous-franchiseur pour tout ce qui concerne la franchise. Ce type d'arrangement peut soulever plusieurs problèmes, notamment le sort de l'accord de sous-franchise lors de la résiliation de l'accord de franchise principale suite à l'inexécution de la part du sous-franchiseur. Selon une opinion, l'accord de sous-franchise prendrait fin automatiquement, auquel cas se pose le problème de savoir si le sous-franchisé peut obtenir un dédommagement, et de qui. De même, si le franchiseur nomme un nouveau sous-franchiseur, qui possède également le droit d'octroyer des franchises, et donc d'accorder des droits d'exclusivité territoriale à d'autres sous-franchisés, se pose la question de la position du sous-franchisé du premier sous-franchiseur et s'il peut conserver, au moins pour un certain temps, les droits d'exclusivité territoriale qui lui ont été accordés par l'ancien sous-franchiseur. Il faut également examiner la situation en matière de responsabilité, en cas de produit défectueux par exemple, ainsi que les questions relatives aux droits de propriété intellectuelle et industrielle. Comment le droit de faire usage de la propriété intellectuelle et industrielle du franchiseur peut-il être octroyé à la fois au sous-franchisé et au sous-franchiseur? Pourrait-il y avoir un usager enregistré dans le pays concerné? Il faudrait également prendre en considération les questions relatives au droit du travail examinées plus haut, et, bien entendu, les problèmes mentionnés dans le cadre du franchisage direct⁽⁴⁷⁾.

La quatrième forme de franchisage international s'effectue au moyen d'entreprises communes ("joint ventures"). Les choses se passent généralement ainsi: le franchiseur et un partenaire local créent une éco-entreprise qui conclut un accord de franchise principale avec le franchiseur puis ouvre des établissements de franchise et octroie des sous-franchises comme le ferait normalement un sous-franchiseur. Pour mettre en oeuvre un arrangement de cette sorte, il faut tenir compte en dehors des autres lois pertinentes de la législation sur les entreprises communes. Il convient peut-être d'observer que ce double lien avec le franchiseur peut entraîner pour lui des conflits d'intérêt. Cette formule peut néanmoins être une façon de résoudre le problème du financement des opérations de franchise dans les pays dans lesquels il y a pénurie de moyens financiers, et sera probablement appelée à prendre une importance croissante pour développer le franchisage dans des pays tels que les anciens Etats socialistes d'Europe de l'Est.

(47) Les problèmes décrits ci-dessus font l'objet d'un questionnaire préparé par l'Association internationale du Barreau, et approuvé par le Conseil de Direction d'Unidroit dans le cadre de la coopération entre les deux organisations. Le texte final du questionnaire est reproduit en Annexe I au document C.D. (71) 7.

Dans ce contexte, il y a lieu de noter que le franchisage est également envisagé dans le cadre de la privatisation des entreprises d'Etat en Europe de l'Est. Il semblerait cependant qu'il soulèverait au moins un problème de plus, celui de savoir qui serait le franchiseur. Si une entreprise d'Etat était mal gérée, ceux qui la dirigeaient pour le compte de l'Etat ne peuvent pas assurer la formation des franchisés. Une entreprise étrangère ayant de l'expérience dans le domaine concerné pourrait peut-être se charger de la formation, éventuellement en créant une entreprise commune avec l'ancienne entreprise d'Etat, mais il reste à voir comment on pourrait faire fonctionner un tel arrangement.

Il faut garder à l'esprit que, notamment dans le contexte du franchisage international, les sous-franchiseurs peuvent être de très grosses sociétés: il leur faut avoir l'expérience et le financement nécessaires pour mettre sur pied un réseau de franchise dans tout un pays, et il s'agit donc d'entrepreneurs chevronnés d'un niveau très différent de celui du franchisé moyen désireux d'ouvrir un établissement - les sous-franchiseurs sont en fait parfois de plus grosses sociétés que les franchiseurs qu'ils représentent.

V. PROBLEMES SOULEVES

La question essentielle lorsque l'on envisage la préparation d'instruments internationaux sur le franchisage est de savoir si les problèmes qui se présentent avec ce type d'opération commerciale appellent une action du législateur pour établir un équilibre entre les parties en présence, ou si tous les intérêts en jeu se trouvent protégés de façon satisfaisante en l'état actuel des choses. L'utilité d'une législation spécifique sur le franchisage est controversée, la majorité des praticiens, notamment de pays de Common Law estimant que le cadre légal existant est amplement suffisant pour protéger les intérêts en cause, tandis que ce point est contesté en particulier par certains hauts fonctionnaires et des professeurs.

Certains des problèmes liés à l'accord de franchise en cours de validité ont déjà été abordés: questions de licences de droits de propriété intellectuelle et industrielle; questions fiscales; loi applicable et tribunal compétent (y compris la possibilité d'arbitrage); questions soulevées par les accords de crédit-bail, notamment quand le franchisé reçoit en location du franchiseur de l'équipement et/ou des locaux, et leur effet sur l'indépendance du franchisé; investissements et financement de l'établissement franchisé; responsabilité du produit et questions d'assurance; et questions de responsabilité générale des parties aux accords de franchise pour les actes ou omissions des autres parties, notamment dans les accords de franchise principale. Il faut y ajouter la question de savoir à qui appartiennent les améliorations apportées à la propriété intellectuelle ou industrielle et au savoir-faire et les

questions qui peuvent dériver du fait que le savoir faire et les techniques ne sont pas couverts par les droits de propriété industrielle et intellectuelle.

A propos de la résiliation des accords de franchise, il faut examiner les problèmes qui se posent en cas de faillite du franchiseur ou du sous-franchiseur, et les problèmes liés au sort du stock qui existe encore dans l'établissement du franchisé⁽⁴⁸⁾, liés à la propriété de la clientèle et aux possibilités de dédommagement pour le préjudice subi par suite de la fin du contrat. Une autre question liée à la précédente est celle de l'équipement employé dans l'établissement franchisé: lorsque cet équipement a été fourni par le franchiseur et est si spécialisé qu'il ne peut servir pour d'autres activités, que devient-il en cas de résiliation? Le franchiseur est-il dans l'obligation de le racheter ou le franchisé doit-il le passer par profits et pertes⁽⁴⁹⁾. Ce risque existe également pendant la durée de l'accord, car le renouvellement d'un équipement onéreux peut même s'il n'est pas toujours nécessaire, être exigé par un franchiseur lorsque c'est sa principale source de revenus.

Enfin, se pose le problème des obligations implicites⁽⁵⁰⁾. Le franchiseur est-il tenu par exemple de renouveler le contrat en l'absence de motif de résiliation même si le contrat est silencieux sur ce point? Est-il obligé de fournir certaines informations aux franchisés quand ce n'est pas stipulé? Le franchiseur a-t-il l'obligation implicite de garantir que les autres franchisés de la chaîne rempliront leurs obligations quant à la qualité de l'exécution⁽⁵¹⁾? Peut-on considérer que le fournisseur est implicitement tenu de négocier avec les franchisés, et peut-être aussi avec les syndicats des salariés des franchisés quand il envisage des changements majeurs de politique? Dans quelle mesure le principe général de bonne foi et de procédés loyaux s'applique-t-il aux relations de franchisage? Impliquerait-il la reprise de l'équipement devenu inutile au franchisé à la fin du contrat?

(48) Voir Pretura di Roma, décision du 11.6.1984, dans l'affaire *Sangemini S.p.A. e Acqua Minerale Ferrarelle v. Schweppes Int. Ltd. e Soc. Acqua minerale S. Benedetto*, in *Il Foro Italiano* 1984, I. 2909.

(49) Voir G. HADFIELD, *Problematic Relations: Franchising and the Law of Incomplete Contracts*, in *Stanford Law Review* Vol. 42, 1990, p. 951 ss.

(50) Voir G. HADFIELD, *op. cit.*, *passim*; et A. KONIGSBERG, *An Examination of the Nature of the Relationship between Franchisor and Franchisee*, rapport présenté à une réunion de l'American Bar Association 1987. Voir également la décision de la Cour suprême autrichienne: OGH 5.5.1987 - 4 Ob 321/87, in *IPRax* 1988, p. 242, et le commentaire à ce sujet de H. SCHLEMMER, *Kollisions- und sachrechtliche Fragen bei Franchising*, in *IPRax* 1988, p. 252.

(51) Dans *Creel Enterprises, Ltd., et al., v. Mr Gatti's, Inc.*, la U.S. District Court, Northern District of Alabama, Southern Division, 1990, a conclu que le non respect par le franchiseur des critères à l'égard d'autres franchisés ne constituait pas une rupture de l'accord de franchise car "les demandeurs n'ont fait état d'aucune clause de leurs accords de franchise qui oblige M. Gatti's à respecter les clauses relatives aux normes de qualité contenues dans les contrats signés par un autre franchisé", in *CCH, Business Franchise Guide*, ¶ 9825.

Bien entendu plusieurs des problèmes mentionnés plus haut ne sont pas propres au franchisage mais se retrouvent dans d'autres types de contrats. La question est donc de savoir s'il est réellement nécessaire d'apporter une solution à ce problèmes par une réglementation spécifique pour le franchisage.

VI. DOMAINES A ETUDIER

L'examen qui précède a fait apparaître le grand nombre de branches du droit auxquelles touchent les accords de franchisage, à savoir: le droit général des contrats, le droit commercial, le droit de la représentation et la législation régissant les autres contrats de distribution, le crédit-bail, les valeurs mobilières et les investissements financiers, les lois sur la propriété intellectuelle et industrielle, le droit de la concurrence y compris les lois en matière de pratiques commerciales équitables, le droit des sociétés, le droit fiscal, la législation générale sur la propriété, la législation sur la protection du consommateur et sur la responsabilité des produits, le droit des assurances et le droit du travail, le droit régissant le transfert de technologie; les lois sur les investissements étrangers, les règlements de contrôle des devises, les restrictions aux importations et/ou les quotas, les conventions internationales régissant tel ou tel aspect du contrat (la propriété intellectuelle par exemple) et les aspects des législations susmentionnées propres aux relations internationales, comme les accords bilatéraux en matière fiscale. Ainsi que cela apparaît de la liste qui précède, les domaines auxquels touchent les contrats de franchisage sont déjà réglementés au niveau national et même parfois international. L'on peut se demander s'il serait réaliste d'envisager d'adopter une législation uniforme pour des domaines qui se trouvent déjà amplement réglementés.

Ce que l'on doit en revanche souligner en examinant le franchisage est l'importance que le franchisé éventuel dispose des informations nécessaires pour décider s'il s'engagera ou non dans une relation de franchise. Telle est la raison d'être des lois sur les procédures d'information aux Etats-Unis, au Canada et en France. L'importance de l'information préalable est révélée par le fait que la majorité des cas qui traitent du franchisage aux Etats-Unis concernent la représentation mensongère ("misrepresentation"), notamment des perspectives de développement de l'entreprise et des revenus que le franchisé peut espérer en tirer. L'importance attachée à l'information préalable est confirmée aussi par la jurisprudence allemande et française, qui ont abouti à l'obligation pour le franchiseur d'indemniser le franchisé en cas de représentation mensongère⁽⁵²⁾. En outre c'est un domaine qui se prête à

(52) Voir OLG München, décision du 13.11.1987 - 8 U 2207/87, in *BB* 1988, p. 865; Cour d'appel de Colmar, 9 mars 1990 in *Recueil Dalloz Sirey* 1990, *Jurisprudence*, p. 232, avec le commentaire de J.-J. BURST.

l'adoption de critères uniformes au niveau international puisqu'il semblerait possible de parvenir à un consensus sur les informations qui sont nécessaires au franchisé éventuel pour décider en connaissance de cause s'il souhaite s'engager dans une relation de franchisage, et compte tenu des risques en jeu et des implications du contrat.

Un autre domaine qui est souvent indiqué comme susceptible d'être réglementé au niveau international est celui du choix de la loi applicable et du tribunal compétent. Le fait que les franchiseurs - c'est un fait connu - imposent leur propre loi comme loi applicable au contrat au détriment du franchisé est considéré comme un abus qui appellerait une législation internationale⁽⁵³⁾. Quoique cet usage soit vu comme constituant un véritable danger, aucun litige international sur ce point n'a encore été porté devant les tribunaux. En outre, au fur et à mesure que les franchiseurs gagnent en expérience, des clauses de ce type sont accompagnées de clauses compromissaires. Dans ce contexte, le rôle que détiennent des Conventions internationales existantes, telles que la Convention de Bruxelles de 1968 et la Convention de Lugano de 1988 sur la reconnaissance et l'exécution, et la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux relations contractuelles, de même que des instruments internationaux en matière d'arbitrage international, devrait être examiné de façon plus approfondie pour ce qui est des accords de franchise. Compte tenu de l'existence d'instruments internationaux et des domaines qu'ils couvrent, l'idée de régir le choix de la loi et du for par un instrument international sur le franchisage devrait emporter une délimitation nette et attentive afin d'être utile.

Un troisième domaine que l'on pourrait valablement envisager s'agissant d'une réglementation éventuelle du franchisage international concerne spécifiquement les problèmes qui se posent pour les contrats de franchise principale, notamment à la fin de ces contrats. Un certain nombre des problèmes qui peuvent se poser dans ce contexte ont déjà été exposés ci-dessus. L'on peut leur ajouter les problèmes liés à la dissolution des co-entreprises lorsque le franchisage international est effectué par le biais d'une co-entreprise avec un accord de franchise principale. L'on présume qu'un certain nombre des questions qui se posent dans le contexte de la résiliation des contrats de franchise apparaîtront plus précisément au travers des réponses au questionnaire de l'AIB.

L'on suggère donc que le domaine qui se prêterait le mieux à l'adoption de critères internationaux en matière de franchisage serait celui des renseignements que le franchiseur est tenu de fournir aux franchisés éventuels.

(53) L'expérience des Etats-Unis à ce sujet a été analysée par G.F. CARPINELLO, dans son article *Testing the Limits of Choice of Law Clauses; Franchise Contracts as a Case Study*, in *Marquette Law Review*, Vol 74, 1990, p. 57, ss.

L'on suggère en outre que les questions qui se posent relativement aux accords de franchise principale, et plus précisément pour ce qui est de la résiliation, devraient également être examinées soigneusement lors de l'examen de la possibilité d'adopter des règles uniformes et/ou des clauses type pour les contrats de franchisage international.

L'on pense enfin qu'une condition préalable à l'adoption de règles internationales est un consensus sur le type d'accord que l'on entend réglementer.

Ainsi qu'on l'a indiqué précédemment, il existe un nombre considérable de définitions du franchisage, dont certaines pourraient constituer le point de départ à l'élaboration d'une définition uniforme, ou universellement acceptable. La définition du Règlement sur les exemptions par catégorie de la CEE en fait clairement partie, son importance étant accentuée par le fait qu'elle est acceptée dans 12 pays différents, de même que la définition de la Fédération Européenne de la Franchise. Les définitions adoptées au niveau national, telles que celles adoptées par les associations nationales de franchisage, devraient elles aussi être étudiées attentivement.