

U N I D R O I T

INSTITUT INTERNATIONAL POUR L'UNIFICATION DU DROIT PRIVE
=====

COMITE D'EXPERTS GOUVERNEMENTAUX CHARGE D'ELABORER
UNE LOI MODELE SUR LA DIVULGATION DES INFORMATIONS
EN MATIERE DE FRANCHISE

Deuxième session

(Rome, 8 – 12 avril 2002)

Observations présentées par la France

INTRODUCTION : SUR LA PHILOSOPHIE DU PROJET

Le projet élaboré par UNIDROIT a pour ambition d'aider au développement international de la franchise, particulièrement dans les pays en développement où ce modèle de distribution, de par ses spécificités propres, pourrait trouver un écho tout à fait favorable. La délégation française partage cette ambition.

Pour atteindre cet objectif, le projet doit éviter deux écueils :

- le premier consiste à exiger des franchiseurs des informations trop complexes à rechercher ou trop coûteuses à se procurer, qui risquent de les dissuader de se développer à l'international ;
- le second consiste à écarter du champ du projet une certaine catégorie de franchisés en raison de leur petite taille, prenant ainsi le risque d'établir à ce niveau des relations contractuelles déséquilibrées entre franchiseurs et franchisés.

Le projet, tel qu'il ressort de la 1^{ère} session tenue à Rome du 25 au 29 juin 2001 n'évite pas ces deux écueils. Les informations exigées des franchiseurs sont parfois trop importantes. Un meilleur équilibre peut être recherché, qui permette au franchisé de décider en connaissance de cause, sans que cela ne soit préjudiciable au développement de la franchise. Le second écueil qui n'a pas été, lui non plus évité, consiste à écarter un certain type de franchisés du champ du projet. Or, le développement de la franchise passe surtout par la bonne information des petits franchisés, qui seront les plus à mêmes de développer la franchise dans les pays en développement.

Dans ces observations, la délégation française défend donc deux principes. Le premier consiste à ne pas écarter les petites entreprises, qui doivent disposer elles-aussi d'une bonne information. Le second consiste à chercher un meilleur équilibre entre ce que doit savoir le franchisé pour décider en connaissance de cause et ce que l'on peut exiger du franchiseur, sans que cela ne soit préjudiciable au développement international de la franchise.

SUR LE TERME DE « LOI-MODELE »

L'actuel projet de texte porte le nom de « Loi-Modèle ». Une telle appellation tend à accréditer l'idée que ce texte, parce qu'il se présente comme un modèle, doit être suivi point par point. Or, il a été précisé dans la Préface, que celle-ci soit une version longue ou courte, que ce texte n'avait pas d'aspect contraignant vis-à-vis des législations nationales qui seront adoptées.

Pour assurer une certaine cohérence entre l'appellation du texte et la portée de son contenu, il conviendrait de modifier l'expression « Loi-Modèle » et de n'utiliser que le seul terme de « Guide », qui éviterait toute confusion dans l'esprit des futurs lecteurs.

SUR LA FORMULATION « AYANT SUBSTANTIELLEMENT LA MEME DENOMINATION COMMERCIALE »

A plusieurs reprises, il est fait mention dans l'article 6 (6E, 6I, 6J, 6K) des affiliés du franchiseur qui ont « substantiellement la même dénomination commerciale ». Cette formulation vise à prendre en compte les affiliés du franchiseur qui sont installés dans un pays où le franchiseur ne serait pas implanté et qui, à ce titre, auraient une expérience à faire valoir, celle-ci devant être portée à la connaissance du candidat à la franchise.

Cette formulation présente des dangers. L'absence de définition sur ce qu'est un affilié « ayant *substantiellement* la même dénomination commerciale que le franchiseur » sera source d'embarras pour le franchiseur et constituerait une faille juridique dans laquelle pourraient s'engouffrer des franchisés, demandant le droit de résilier leur contrat, dans la mesure où ils n'auraient pas été informés de l'expérience de tel ou tel affilié qui, à leurs yeux, aurait *substantiellement* la même dénomination commerciale.

Il semble dans ces conditions préférable de limiter l'information des franchisés à l'activité des seuls franchiseurs.

Révision proposée du projet :

Supprimer dans l'article 6 l'ensemble des prépositions faisant référence à des affiliés « ayant substantiellement la même dénomination commerciale que le franchiseur. »

ARTICLE 2 : DEFINITION DE LA FRANCHISE

Données de base :

La définition de la franchise telle qu'elle apparaît dans le projet met à mal la notion d'indépendance des franchisés. En effet, un franchiseur pourra exercer « un contrôle permanent et approfondi », sans que l'étendue de ce contrôle ne soit précisé. Une telle définition porte en germe un possible phénomène de domination du franchiseur sur le franchisé, puisque le premier ne verrait pas d'obstacle à son contrôle sur le second.

Par ailleurs, l'étendue de ce contrôle peut être telle que les législations nationales en vigueur pourraient requalifier la relation entre le franchiseur et le franchisé en contrat de travail. L'indépendance du franchisé pourrait être considérée comme insuffisante et un contrat de franchise ne saurait exister en la circonstance. La portée du projet UNIDROIT serait alors nulle. Le contrôle du franchiseur sur le franchisé doit au contraire être strictement délimité pour que la liberté d'action des uns et des autres soit possible.

C'est pourquoi la définition de la franchise doit se limiter dans le projet à ce qui peut être communément admis par toutes les législations, à savoir la mise à disposition du franchiseur au franchisé, en contrepartie d'une rémunération directe ou indirecte, de sa marque et/ou son enseigne, de ses produits, de son savoir-faire et d'une assistance technique.

En revanche, l'étendue du contrôle exercé par le franchiseur sur le franchisé doit être laissée à la libre appréciation des législateurs nationaux, étant entendu que l'indépendance des différents acteurs ne saurait être contestée.

Révision proposée de l'article 2 :

Supprimer l'actuelle définition et la remplacer par la proposition qui suit :

« L'accord de franchise est un contrat de distribution qui associe une entreprise, propriétaire d'une marque ou d'une enseigne, le franchiseur, à un ou plusieurs commerçants indépendants, les franchisés.

Les accords de franchise consistent en des licences de droits de propriété intellectuelle concernant des marques, des signes distinctifs ou du savoir-faire pour la vente et la distribution de biens ou de services.

En contrepartie d'une rémunération directe ou indirecte, le franchiseur met à la disposition du franchisé sa marque et/ou son enseigne, ses produits, son savoir-faire et une assistance technique. »

Remplacer l'actuel paragraphe 50 du rapport explicatif par :

« Le franchiseur doit pouvoir s'assurer de la qualité de la gestion du franchisé. Il appartient aux législateurs nationaux de s'assurer que le contrôle mis en place ne met pas à mal l'indépendance des franchisés et qu'il n'est pas susceptible d'être requalifié en contrat de travail, au regard du droit du travail applicable dans l'Etat en question. »

ARTICLE 5)B : DISPENSES DE L'OBLIGATION DE DIVULGATION D'INFORMATION DANS LE CAS D'UNE CESSION

Données de base :

Deux options sont proposées dans l'article 5)B. Les deux portent sur l'absence d'obligation de divulgation d'informations dans le cas où un franchisé cède ou transfère sa franchise à un autre franchisé. La première option indique que l'absence de divulgation est possible si les conditions qui lient le nouveau franchisé au franchiseur sont les mêmes que celles qui liaient l'ancien franchisé au même franchiseur, c'est-à-dire lorsque seul le nom du franchisé a changé. La seconde option indique que l'absence de divulgation est possible si les conditions sont *substantiellement* les mêmes, ce qui élargit donc les cas où l'exception serait autorisée.

L'absence de définition du terme « substantiellement » fait qu'il est difficile d'en mesurer l'exacte portée. On fait ainsi entrer dans le texte une « zone grise » susceptible de nourrir de nombreux recours.

Dans ces conditions, il serait préférable de s'en tenir à une définition stricte qui ne permettrait pas d'interprétation abusive.

Révision proposée de l'article 5)B :

Ne conserver que la 1^{ère} option, c'est-à-dire celle qui indique qu'il est possible de ne pas exiger des informations du franchiseur dans le cas d'une cession de la franchise, dès lors que les contrats n'ont pas été modifiés.

ARTICLE 5)G : DISPENSES DE L'OBLIGATION DE DIVULGATION D'INFORMATION DANS LE CAS DE PETITS FRANCHISES**Données de base :**

Par cette disposition, un franchiseur étant en affaires avec un petit franchisé ne sera pas tenu aux exigences d'informations contenues dans le projet. L'idée est d'exonérer les accords portant sur de très faibles valeurs économiques.

Cette disposition présente un double danger :

- Le seuil en dessous duquel le franchiseur ne sera plus tenu de divulguer les informations n'est pas défini. Par conséquent, tous les excès seront possibles en la matière. Il n'est pas exclu que dans certains pays les seuils soient si élevés que des franchisés, dont la taille ne sera plus alors véritablement petite, n'auront pas accès aux informations contenues dans le projet.
- Les investissements du franchisé ne sont petits que comparativement aux investissements qui peuvent être réalisés par d'autres acteurs. Mais, pour le franchisé, ces investissements peuvent constituer, notamment dans les pays en développement, une somme importante, fruit par exemple d'une épargne accumulée sur des années. En tout état de cause, le choix du franchiseur doit être ici aussi le produit d'une bonne information.

Il apparaît dès lors souhaitable qu'aucune exception aux obligations d'information ne soit introduite dans le projet pour ce qui concerne les franchisés de petite taille. C'est une des conditions nécessaires à l'essor de la franchise dans les pays en développement.

Révision proposée de l'article 5)G :

Supprimer l'article 5)G.

INSERTION D'UN NOUVEAU SOUS-PARAGRAPHE DANS L'ARTICLE 6)1) : ETAT DU MARCHÉ**Données de base :**

En l'état actuel, le projet n'oblige pas le franchiseur à fournir des informations sur l'état général ou local du marché des produits et services faisant l'objet du contrat.

Or, cette information est indispensable pour le candidat à la franchise. Il doit avoir la plus juste représentation possible du marché sur lequel il sera amené à proposer ses services ou ses produits.

Insertion proposée dans l'article 6)1) :

« Le franchiseur est tenu de présenter au candidat à la franchise :

- l'état général du marché des produits ou services faisant l'objet du contrat ;
- l'état local du marché des produits ou services faisant l'objet du contrat ;
- les perspectives de développement du marché. »

ARTICLE 6)1)G : CONDAMNATIONS***Données de base :***

Cet article exige des franchiseurs qu'ils divulguent tout détail approprié relatif à des condamnations pénales, des constatations de responsabilité civile ou des arbitrages, ayant concerné le franchiseur, ses affiliés ou ses dirigeants dans les cinq dernières années. La mention de ces condamnations serait limitée à celles ayant un rapport avec l'activité de franchise ou à toutes autres activités commerciales.

La volonté de rassurer le franchisé sur le sérieux et l'honnêteté de son futur franchiseur est légitime. Pour autant, cette ambition ne doit pas déboucher sur la mise en place de procédures trop complexes et trop coûteuses, qui risqueraient de dissuader le franchiseur de développer sa franchise dans des pays où serait atteint un tel niveau de contraintes.

Or, la rédaction actuelle du texte entraîne plusieurs difficultés :

- Les informations exigées sont trop exhaustives. Le franchiseur aura des difficultés pour déterminer tout ce qui peut relever d'un « comportement similaire à une fraude ou à une déclaration tendant à induire en erreur ». En cherchant l'exhaustivité des informations, on entraîne l'embarras du franchiseur.
- Le franchiseur devra mettre sur pied une organisation spécifique, capable de rechercher dans le passé des dirigeants, de la franchise, et des affiliés, ce qui de près ou de loin pourrait relever de cette disposition. Cela entraînera de nouveaux coûts, qui seront inévitablement répercutés sur le franchisé.

Le caractère exhaustif de cette disposition est d'autant moins souhaitable qu'elle risque d'aller à l'encontre des objectifs recherchés. Le franchisé devra faire un tri entre ce qui relèvera de la franchise, des dirigeants, des affiliés et des prédécesseurs. Entre les condamnations qui sont significatives et celles qui le sont moins. Cela exigera du franchisé des compétences juridiques, de surcroît dans des droits différents puisque cette disposition n'est pas non plus limitée géographiquement, dont il n'est pas sûr qu'il puisse disposer.

Plutôt qu'une information exhaustive, exigeant des compétences juridiques élevées pour qu'elle soit comprise à sa juste dimension, il est préférable d'informer le franchisé sur l'essentiel, c'est-à-dire sur les condamnations judiciaires du franchiseur, dans l'exercice de son activité. Les informations exigées dans cet article doivent par conséquent être limitées à la personne morale qui a signé le contrat.

Révision proposée de l'article 6)1)G :

Remplacer l'actuel article par la formulation qui suit :

« tout détail approprié relatif à des condamnations pénales ou à des constatations de responsabilité civile concernant le franchiseur dans l'exercice de son activité, intervenues dans les cinq dernières années. »

ARTICLE 6)1)H) : FAILLITES

Données de base :

Cet article exige des franchiseurs qu'ils divulguent tout détail approprié concernant les faillites ou les situations d'insolvabilité dans lesquelles ils se seraient trouvés, ainsi que leurs dirigeants ou leurs affiliés.

De nouveau, par une telle disposition, un double risque est pris :

- augmenter les contraintes pour le franchiseur qui devra mettre sur pied une organisation spécifique ;
- informer les franchisés sur des points où il leur sera difficile de faire le tri entre l'information accessoire et celle qui est essentielle.

Or, l'objet de cette loi-modèle n'est pas de noyer le franchisé sous un flux d'informations qu'il ne pourrait assimiler que s'il dispose de connaissances juridiques et financières pointues, mais bel et bien de lui apporter une information, déjà retraitée, propre à lui permettre de choisir en connaissance de cause.

La rédaction actuelle de l'article implique un nombre trop élevé de personnes et de sociétés. Il serait préférable de limiter la divulgation de ces informations au seul franchiseur. Par ailleurs, la référence insuffisamment précise à « toute procédure comparable » devrait être supprimée.

Révision proposée de l'article 6)1)H) :

Remplacer l'actuel article par la formulation qui suit :

« tout détail approprié concernant toute procédure de faillite ou d'insolvabilité ayant impliqué le franchiseur dans les cinq dernières années. »

ARTICLE 6)1)M) : POLITIQUES D'ACHAT ET DE PRIX

Données de base :

Cet article contraint le franchiseur à divulguer au franchisé la politique d'approvisionnement en biens et services qu'il conduit et la politique de prix qui y est associée.

Cette disposition présente deux dangers :

- elle contraint le franchiseur à faire mention d'un savoir-faire, dont le franchisé ne pourrait guère avoir connaissance autrement que dans sa relation avec le franchiseur, savoir-faire qui, en l'espèce, ne serait pas couvert par un contrat de confidentialité ;
- elle risque de mettre en place un effet pervers, selon lequel les franchisés seraient tentés de faire jouer la concurrence entre différents franchiseurs, pour disposer des tarifs d'approvisionnement les plus compétitifs.

Ainsi, en maintenant cette disposition, on prend le risque de dévoiler sans contrepartie le cœur de métier du franchiseur, ce qui constituerait un frein au développement de la franchise.

Révision proposée de l'article 6)1)M :

Il est proposé de supprimer l'article 6)1)M.

ARTICLE 6)1)N)I)C) : LES ETATS FINANCIERS DU FRANCHISEUR

Données de base :

Cet article exige des franchiseurs qu'ils divulguent leurs états financiers. Cette information est effectivement indispensable à la bonne information des franchisés.

Toutefois, exiger des franchiseurs qu'ils délivrent des états financiers, datant de moins de 3 mois avant la remise du document d'information, au cas où les seuls états disponibles au moment de la délivrance du document d'information auraient été établis plus de 6 mois auparavant, apparaît comme une condition trop lourde. Elle supposerait des franchiseurs qu'ils aient la capacité d'élaborer des documents comptables et financiers intérimaires chaque semestre.

Par ailleurs, la rédaction de l'article doit être valable également pour les sociétés jeunes, dont la création remonte à moins de trois ans.

Révision proposée de l'article 6)1)N)i)c :

Suppression des options 1) et 2).

Ajout de la phrase suivante pour l'option 3) : « Les franchiseurs, dont la création remonte à moins de trois ans, sont tenus de divulguer les mêmes documents, élaborés depuis qu'ils sont en activité. »

ARTICLE 8 : LANGUE UTILISEE DANS LE DOCUMENT D'INFORMATION

Données de base :

L'actuelle rédaction de cet article n'est pas satisfaisante, puisque les futurs candidats à la franchise n'auront pas l'assurance de lire le document d'information dans leur langue. En effet, le franchiseur pourra rédiger le document dans la langue principalement utilisée par celui-ci dans ses activités. Certes, le franchisé aura le droit de s'y opposer. Il risque toutefois

d'être placé dans une situation de dépendance telle, surtout s'il est de petite taille, qu'il ne pourra qu'acquiescer à la demande du franchiseur. La réserve inscrite dans cet article est une réserve de pure forme, qui ne pourra résister à la pratique, compte tenu des différences de taille entre franchiseur international d'un côté et franchisés de l'autre. Il revient donc au texte d'assurer la part de sécurité que la pratique pourrait facilement mettre de côté.

Dans ce cadre, il est opportun de faire une différence entre un sous-franchiseur (franchisé principal), qui couvre une large zone, et les sous-franchisés ou les franchisés, qui ne sont actifs que sur un petit territoire. Le premier a une expérience des relations commerciales internationales, qui supposent une capacité à comprendre un texte dans une langue qui ne serait pas la sienne, mais qui serait principalement utilisée dans ses activités. Pour celui-ci, la rédaction actuelle du texte ne pose pas de difficulté. En revanche, pour les petites unités franchisées, présentes sur de petits territoires, dont ce peut être là la première relation d'affaires avec une société étrangère, il est primordial qu'elles puissent lire le document d'information dans leur propre langue. Le coût que représenterait des travaux de traduction pourrait être tel que cela les dissuaderait de développer leur franchise.

Révision proposée de l'article 8 :

« Le document d'information ainsi que le futur contrat de franchise seront rédigés d'une façon claire et compréhensible dans la langue officielle du lieu principal d'activité du futur franchisé. Toutefois, les documents d'information et les contrats de franchise adressés à un sous-franchiseur pourront être rédigés, si le sous-franchiseur l'accepte, dans la langue principalement utilisée par le franchiseur ou le sous-franchiseur dans leurs activités. »

Proposition de révision du rapport explicatif :

Supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 124.

ARTICLE 9 : VOIES DE RECOURS

Données de base :

Si le franchisé estime qu'il n'a pas reçu le document d'information dans les délais prévus, ou que ce document contenait une déclaration tendant à induire en erreur ou omettait un fait essentiel, alors il a le droit de demander la résiliation du contrat. Il revient à chaque Etat d'utiliser le terme adéquat dans sa langue, en gardant à l'esprit que cette résiliation ne doit pas emporter d'effet rétroactif.

La résiliation ne saurait être déclarée par le franchisé, sans avoir fait l'objet au préalable soit d'un jugement rendu par un tiers soit d'une procédure amiable avec le franchiseur. Le franchisé ne saurait ni se substituer au juge ni préjuger du consentement du franchiseur et décider ainsi de lui-même d'une résiliation.

Or, la rédaction actuelle du projet dans sa version anglaise laisse planer une incertitude quant au caractère unilatéral de la décision prise par le franchisé. En effet, l'expression « the franchisee is entitled to terminate the franchisee agreement » amène à penser que le franchisé est en droit de mettre un terme par lui-même au contrat qui le lie au franchiseur, sans qu'il ait nécessairement besoin d'en référer ni au franchiseur ni à un juge.

Cette incertitude n'existe pas dans la version en français du projet où l'on indique que le franchisé « a le droit de *demandar* la résiliation ». Il n'est pas dit qu'il a le droit de résilier par lui-même l'accord.

Dans ces conditions, il convient de modifier l'article 9 de la version en anglais du projet, en faisant apparaître que toute résiliation est un droit pour le franchisé, mais que ce droit ne saurait être utilisé de manière abusive, c'est-à-dire de manière unilatérale, sans jugement rendu au préalable par un tiers ou sans accord amiable du franchiseur.

Révision proposée de l'article 9 (version en anglais) :

Remplacer « entitled to terminate » par « entitled to ask for the termination »

Paragraphes (1) et (2) : « If the disclosure document (...), the franchisee is entitled **to ask for the termination** of the franchise agreement (...) »

Paragraphe (3) : « The right **to ask for the termination** of the franchise agreement (...) »