

UNIDROIT

Institut international pour l'unification du droit privé

GUIDE SUR
LES ACCORDS
INTERNATIONAUX DE
FRANCHISE PRINCIPALE

Rome 2000

Forme de citation suggérée :
Guide UNIDROIT du franchisage

Remerciements :

UNIDROIT tient à remercier Me. D. Rondert-Lombardi (ancien avocat),
pour la traduction française de ce Guide

Titre original : Guide to International Master Franchise Arrangements
Copyright © Unidroit 1998

Publié par l'

Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)
Via Panisperna, 28 - 00184 Rome - ITALIE

ISBN: 88-86449-06-2

Copyright © Unidroit 2000

AVANT-PROPOS

L'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT) est heureux d'offrir ce Guide sur les accords internationaux de franchise internationale à la communauté juridique et au monde des affaires internationales. En procédant de la sorte, son but est de contribuer à la compréhension de cette technique d'exploitation commerciale qui, bien implantée dans les économies de marché, se développe et joue un rôle croissant dans un nombre de plus en plus important de pays à économie mixte ou à économie d'État.

Le franchisage international contribue activement à l'introduction du savoir-faire commercial dans les pays en développement ou à économie de transition. Les réformes micro-économiques de ce type complètent des changements financiers et économiques survenus à l'échelle internationale qui ont pour source le développement rapide du commerce et de l'industrie globalisés. Le franchisage international joue un rôle primordial en assurant un transfert de technologie effectif et en augmentant le niveau des investissements étrangers qui sont si importants pour les économies en développement et les économies émergentes.

Cette publication est le résultat des travaux du Comité d'étude sur le franchisage institué par le Conseil de direction d'UNIDROIT en 1993. Ayant pu compter sur le soutien d'un groupe de consultants juridiques spécialisés dans la franchise issus d'organisations non-gouvernementales nationales et internationales ainsi que du personnel du Secrétariat d'UNIDROIT, le Comité d'étude a pu concrétiser ses travaux en 1998, date à laquelle il a soumis le Guide au Conseil de direction afin que ce dernier autorise sa publication. Le fait que le Conseil de direction ait avalisé la publication du Guide avec enthousiasme témoigne de la grande qualité du travail de tous ceux qui y ont participé. Nous exprimons tous nos remerciements et rendons hommages au membres du Comité d'étude et aux consultants qui ont fait partager leur connaissance et leur savoir et qui ont fait preuve d'un grand enthousiasme dans l'approche de leur travail. Nous tenons également à remercier tous les autres avocats praticiens, les magistrats, les fonctionnaires et les universitaires issus de traditions juridiques et d'horizons différents qui ont contribué aux différentes phases du projet.

Une reconnaissance toute particulière va au Comité X, (le comité sur le franchisage international de l'*International Bar Association*) qui grâce à

la participation active de certains de ces membres éminents dans les travaux du Comité d'étude, a permis de compléter le Guide.

Tous ceux qui ont participé aux travaux souhaitent rendre compte du rôle tout particulier de Mme Lena Peters qui a tenu l'ensemble du projet à bout de bras et a participé aux recherches, à la rédaction des projets et de la version finale de cette publication.

Enfin, le Conseil de direction de l'Institut a été réconforté par les signes anticipés d'intérêt que provoque la publication de ce Guide de la part de la communauté de la franchise dans différents pays. C'est avec une grande satisfaction que nous annonçons au monde de la franchise que les traductions de ce Guide dans les principales langues seront disponibles dès que possibles.

Walter Rodinò
Secrétaire-Général a.i.

Luigi Ferrari Bravo
Président

TABLE DES MATIÈRES

Avant-Propos	v
Le Conseil de Direction d'UNIDROIT	xix
Membres du Comité d'Étude	xxi
Synthèse	xxiii
INTRODUCTION	xxix
CHAPITRE 1 CONCEPTS ET ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX	1
A. Contrats de franchise principale et autres formes d'accords commerciaux	2
I. Les contrats de franchise principale	2
a) Principaux avantages de la franchise principale	3
b) Problèmes généralement rencontrés en matière de franchise principale	5
1) Limites au contrôle du franchiseur sur le réseau franchisé	5
2) Problèmes liés à la résiliation des contrats de franchise principale	6
3) Partage du montant des redevances	7
II. Contrats de franchise et autres contrats	8
a) Contrat d'agent commercial	8
b) Contrats de distribution	9
c) Contrats de licence	10
d) Contrats de transfert de technologies	11
III. Méthodes de franchisage international	11
Franchise directe	13
1) Franchisage par unités	13
2) Contrats de développement	13
IV. Contrats de représentation territoriale	14
B. Implantation à l'étranger : choix et négociation de la formule la plus appropriée	15
I. Facteurs à considérer lors du choix de la formule la plus appropriée	15
a) Facteurs objectifs	15
1) Marché	15
2) Aspects culturels	16
3) Environnement juridique	16
b) Facteurs subjectifs	17
1) Nature de l'activité	17

2)	Circonstances économiques influant sur le choix de la formule	17
3)	Expérience des parties	18
4)	Partage des responsabilités et des revenus	18
5)	Le contrôle exercé	19
6)	Le facteur risque	20
i)	Risques que le franchiseur doit prendre en compte	21
α)	Risques extérieurs	21
β)	Risques internes	21
ii)	Risques que le franchisé principal doit prendre en compte	22
II.	Sélection d'un franchisé principal	22
III.	Sélection d'une franchise par le franchisé principal	23
IV.	Négociation de contrats internationaux	24
V.	Rédaction de contrats internationaux de franchise	25
a)	Langue du contrat et des documents annexes	27
b)	Techniques de rédaction	29
1)	Systèmes juridiques de droit civil	29
2)	Systèmes juridiques de common law	30
c)	Alternatives de rédaction	31
VI.	Internationalisation du système franchisé	31
VII.	Évolution du système franchisé	33
CHAPITRE 2 NATURE ET ÉTENDUE DES DROITS CONCÉDÉS ET RELATIONS ENTRE LES PARTIES		34
A.	Objet de la concession	35
I.	Le système	35
II.	Les marques	36
III.	Autres droits de propriété intellectuelle	37
B.	Exploitation des droits concédés	37
C.	Le lieu où les droits concédés peuvent être exploités	38
D.	Exclusivité et non-exclusivité	39
E.	La structure à trois niveaux des accords de franchise principale	41
F.	Les relations contractuelles directes	44
CHAPITRE 3 DURÉE DU CONTRAT ET CONDITIONS DE SON RENOUVELLEMENT		47
A.	Durée du contrat	47
I.	Longue durée	47
II.	Courte durée	48
B.	Conditions de renouvellement du contrat	49
C.	Négociations relatives au renouvellement du contrat	50

CHAPITRE 4 ASPECTS FINANCIERS	51
A. Sources de revenus	51
B. Sources de revenus du franchiseur	51
I. Redevances initiales de la franchise principale	51
II. Redevances d'exploitation	54
C. Sources de revenus du franchisé principal	55
I. Redevances initiales et redevances d'exploitation	55
II. Marges sur les produits	57
III. Paiements par les producteurs ou fournisseurs	58
D. Calcul du montant des paiements et modes de paiement	59
E. Considérations fiscales	61
CHAPITRE 5 RÔLE DU FRANCHISEUR	63
A. Obligation d'information	65
I. Information initiale	65
II. Information continue	66
B. Formation	66
I. Formation initiale	66
II. Formation continue	68
III. Obligations résultant d'une formation infructueuse	68
C. Manuels	69
I. Manuels des unités sous-franchisées et manuels du franchisé principal	69
II. Adaptations et modifications	70
D. Assistance et autres services	72
I. Assistance initiale	72
II. Assistance continue	73
III. Assistance fournie aux sous-franchisés	74
E. Autres obligations du franchiseur	75
I. Fourniture de biens	75
II. Promotion	75
III. Protection des marques	75
IV. Obligations accessoires	75
F. Droits du franchiseur	76
CHAPITRE 6 RÔLE DU FRANCHISÉ PRINCIPAL	77
A. Opérations pilotes	77
B. Plan de développement	78
C. Renouvellement des plans de développement	81
D. Obligations relatives au fonctionnement de la franchise	82
E. Questions relatives à la langue utilisée	85

CHAPITRE 7	CONTRAT DE SOUS-FRANCHISE	86
A.	Première option : le respect des clauses d'un contrat type imposé	88
B.	Seconde option : la prescription d'une structure contractuelle comportant certaines clauses indispensables	90
C.	Conformité du contrat de sous-franchise aux lois du pays d'accueil	93
D.	Exécution des contrats de sous-franchise	93
E.	Communication avec les sous-franchisés et améliorations proposées par eux	94
F.	Choix du for et de la loi applicable	95
CHAPITRE 8	PUBLICITÉ ET CONTRÔLE DE LA PUBLICITÉ	97
A.	Agrément et utilisation du matériel publicitaire	98
I.	I. Approbation de tous les matériels publicitaires	99
II.	II. Fourniture de critères ou de lignes directrices relatives à la publicité	100
B.	Traduction	100
C.	Considérations financières	101
I.	I. Financement des dépenses de publicité	101
II.	II. Partage des coûts	102
III.	III. Fonds de publicité	103
a)	a) Termes du contrat	103
b)	b) Mise en place	104
c)	c) Autres contributions	104
d)	d) Avantages	104
e)	e) Difficultés	105
D.	Impact de la franchise principale	105
CHAPITRE 9	FOURNITURE D'ÉQUIPEMENTS, PRODUITS ET SERVICES	107
A.	Nature des produits ou services fournis	108
B.	Sources d'approvisionnement	109
C.	La relation franchiseur/franchisé principal	111
D.	Réglementation des clauses d'approvisionnement	112
E.	Clauses	115
CHAPITRE 10	PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE	118
A.	Marques	118
I.	I. Contrôle par le franchiseur de l'utilisation de sa marque par le franchisé principal et par les sous-franchisés	119
II.	II. Atteintes portées par les tiers à la marque du franchiseur	120

III.	Actions pour violation des droits afférents à une marque engagées par un tiers à l'encontre du franchisé principal	121
IV.	Marques non enregistrées	122
V.	Les « contrats d'utilisateur inscrit »	123
VI.	Sous-licence de marque	123
VII.	La réglementation internationale des marques	125
a)	La Convention de Paris	125
b)	L'Arrangement de Madrid	126
c)	La marque communautaire	129
B.	Droit d'auteur	129
CHAPITRE 11 SAVOIR-FAIRE ET SECRETS D'AFFAIRES		131
A.	Rôle du savoir-faire dans les contrats de franchise	131
B.	Savoir-faire, secrets d'affaires et informations confidentielles ou non divulguées	132
I.	Caractère secret du savoir-faire	134
II.	Valeur commerciale	134
III.	Précautions pour préserver le secret	134
C.	Garanties apportées par le franchisé principal et le franchiseur	135
D.	La différence entre « cession » et « licence » de savoir-faire	135
E.	Acquisition par un tiers des connaissances formant le savoir-faire	136
F.	Communication du savoir-faire dans les contrats de franchise principale	137
G.	Protection du savoir-faire dans les accords de franchise internationale	138
H.	Clauses relatives à la protection du savoir-faire dans les contrats de franchise principale	139
I.	Clauses aux fins de protection du savoir-faire pendant la durée du contrat	139
a)	Clauses de confidentialité	139
b)	Clause de non-concurrence	140
c)	Clauses de concession réciproque (« <i>Grant-Back Clauses</i> »)	141
d)	Restrictions du domaine d'utilisation (« <i>Field of Use Restrictions</i> »)	141
II.	Clauses de protection du savoir-faire à la fin du contrat de franchise	142
a)	Clauses de confidentialité	142
b)	Clauses de non-concurrence post-contractuelles	142
c)	Savoir-faire développé par le franchisé principal et les sous-franchisés	143

d)	Restrictions du domaine d'utilisation (« <i>Field of Use Restrictions</i> »)	143
CHAPITRE 12 ADAPTATIONS DU SYSTÈME FRANCHISÉ		144
A.	Aperçu sur les adaptations des relations nées de la franchise	144
I.	Les objectifs divergeants poursuivis par les parties	144
II.	Les différentes étapes de la franchise : les nécessités d'adaptation du système au cours du développement d'une franchise	145
III.	Adaptations et changements dans les relations au niveau international	146
B.	Changement de circonstances et adaptations probables ou inévitables du système	147
I.	Facteurs extérieurs	147
II.	Modifications à l'initiative du franchiseur	147
III.	Modifications à l'initiative du franchisé principal	148
C.	Application des principes juridiques	148
	Droit des contrats	148
D.	Relations des parties et modifications généralement nécessaire	150
I.	Nature de l'activité	150
a)	Emplacement et affectation des unités	150
b)	Territoire concédé	150
c)	Clientèle visée par le système franchisé	150
d)	Produits et services proposés	150
e)	Méthodes de commercialisation et distribution	151
II.	Aspect extérieur	151
a)	Signes distinctifs	151
b)	Rénovation	151
III.	Modifications apportées aux obligations du franchisé principal et des sous-franchisés	152
a)	Obligations nouvelles	152
b)	Normes de mise en œuvre plus exigeantes	152
IV.	Changements dans le champ d'activité du franchiseur	152
E.	Techniques utilisées pour modifier le système franchisé	153
I.	Utilisation de l'arrivée du terme du contrat	153
a)	Arrivée du terme du contrat	153
b)	Renouvellement du contrat	153
II.	Autres techniques	154
III.	Utilisation de documents distincts du contrat de franchise	154
IV.	Modifications du fait de la survenance d'un événement objectivement déterminé	155
a)	Événements extérieurs au système	155

b)	Événements internes au système	155
c)	Événements résultant de l'action d'autres franchisés	155
V.	Circonstances donnant l'occasion d'effectuer des changements	155
a)	Désir d'expansion du franchisé principal	155
b)	Désir du franchisé principal de prolonger la durée du contrat	156
c)	Souhait du franchisé principal de transférer ses droits	156
d)	Faute du franchisé principal	156
e)	Le franchiseur développe un nouveau produit ou service dont il n'est pas contractuellement tenu de faire bénéficier le franchisé principal	156
VI.	Mécanismes d'ajustement et de mise en œuvre	156
VII.	Rendre les modifications plus acceptables	157
a)	Avertir des modifications envisagées	157
b)	S'assurer de la possibilité de réaliser les modifications	157
c)	Encouragements	157
d)	Assistance	158
e)	Les limites aux modifications demandées	158
	CHAPITRE 13 VENTE, CESSION ET TRANSFERT	159
A.	Circonstances pouvant donner lieu à un transfert	160
I.	Restructurations internes	160
II.	Incapacité ou décès	161
III.	Faillite	161
IV.	Désir de mettre fin à la relation contractuelle	161
B.	Raisons d'empêcher les franchisés principaux de pouvoir transférer librement leurs droits et obligations	162
C.	Les rares limites au transfert de ses droits par le franchiseur	163
D.	Approches contractuelles communes	163
I.	Définition du transfert	163
II.	Conditions au transfert	164
III.	Droit de préemption	166
	CHAPITRE 14 RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI, INDEMNISATION ET ASSURANCE	167
A.	Responsabilité du fait d'autrui	167
B.	Indemnisation	169
I.	Responsabilité du franchisé principal	169
II.	Responsabilité du franchiseur	170
III.	Devoir d'information	170
IV.	Obligation d'assistance de défense	171

V.	Responsabilité des personnes physiques	171
VI.	Limites à la représentation et à la garantie	172
VII.	Champ d'application des polices d'assurance	172
C.	Assurance	172
I.	Obligation d'assurance du franchisé principal	172
II.	Étendue de l'obligation d'assurance	173
III.	Substitution du franchiseur	174
IV.	Obligation d'assurance des sous-franchisés	174
	CHAPITRE 15 SANCTIONS DES OBLIGATIONS	175
A.	Sanctions alternatives à la résiliation du contrat	176
I.	Sanctions dont dispose le franchiseur	176
II.	Sanctions dont dispose le franchisé principal	178
B.	Résiliation du contrat	178
I.	Résiliation par le franchiseur	178
	Révocation du droit de développer le réseau	180
II.	Résiliation par le franchisé principal	183
	CHAPITRE 16 LA FIN DES RELATIONS CONTRACTUELLES ET SES CONSÉQUENCES	185
A.	Cas dans lesquels le contrat de franchise principale prendra fin	185
I.	Arrivée du terme du contrat	185
II.	Le franchiseur met un terme au contrat conformément aux dispositions contractuelles	187
III.	Le franchisé principal met un terme au contrat dans le respect des dispositions contractuelles	188
IV.	Le franchisé principal exerce une action en justice pour mettre fin au contrat	189
B.	Effets de la fin du contrat de franchise principale	189
I.	Effets à l'égard du franchisé principal	189
II.	Effets à l'égard des sous-franchisés	192
III.	Cession par le franchisé principal de ses droits tels que résultant des contrats de sous-franchise	193
	CHAPITRE 17 LOI APPLICABLE ET RÉOLUTION DES LITIGES	196
A.	L'opportunité d'un choix	196
B.	Loi applicable	197
I.	Choix de la loi applicable	197
II.	Possibilité d'appliquer le choix des parties	199
III.	En pratique	199
IV.	Effets du droit uniforme international	200
C.	Résolution des litiges	201
I.	Négociation, médiation et conciliation	201

II.	Action en justice	204
a)	Choix du tribunal territorialement compétent	204
b)	Reconnaissance des clauses attributives de compétence territoriale	206
c)	Exécution des décisions des tribunaux.	209
III.	Arbitrage	210
a)	L'alternative de l'arbitrage	210
b)	Exécution des sentences arbitrales en matière de commerce international	212
CHAPITRE 18 AUTRES CLAUSES COMMUNEMENT UTILISÉES		213
A.	Clauses relatives à l'autonomie des dispositions contractuelles	213
B.	Clauses relatives au caractère entier du contrat	214
C.	Clauses d'exonération et clauses relatives à la faculté de faire valoir certains droits	215
D.	Force majeure et « hardship »	216
E.	Clauses relatives à la nature du contrat	219
F.	Cumul des droits et obligations	220
G.	Clauses relatives aux notifications	220
H.	De dédommagements	220
I.	Le préambule du contrat	220
J.	Obligations implicites	221
CHAPITRE 19 DOCUMENTS ANNEXES		223
A.	Accords régissant les relations annexes	223
B.	Description des documents annexes	224
C.	Objet des documents annexes	225
D.	Exemples de documents annexes	226
I.	Documents annexes accompagnant habituellement les contrats de franchise principale	226
a)	Accords de confidentialité	226
b)	Conventions de non-concurrence	227
c)	Cautions et indemnisations	228
d)	Accords de transfert	229
e)	Arrangements relatifs à la fin du contrat	229
f)	Renonciation à certains recours et actions	230
II.	Documents annexes et activité franchisée	230
a)	Contrats d'approvisionnement	230
b)	Contrats relatifs à l'achat ou à la location d'équipements spécifiques	231
c)	Contrats de licence de logiciels	231

III.	Documents annexes nécessités par la structure de certaines transactions	232
a)	Lettres d'intention	232
b)	Contrat de joint-venture	233
c)	Arrangements relatifs aux modes de paiement	234
d)	Arrangements financiers	234
IV.	Documents annexes éventuellement requis localement	235
a)	Contrats de licence de marque	235
b)	Contrat d'« usager inscrit »	236
CHAPITRE 20 RESPECT DES RÉGLEMENTATIONS APPLICABLES		237
A.	Exemples d'autorisations et permis pouvant être demandés	238
I.	Agrément préalable	238
II.	Dépôt ou enregistrement dans des registres spécifiques	238
III.	Permis nécessités par la présence d'éléments étrangers	240
IV.	Employés étrangers du franchiseur	240
V.	Agents du franchiseur	240
VI.	Licence d'importation et d'exportation et autres permis nécessités par les restrictions aux opérations commerciales internationales	240
VII.	Transfert des capitaux et contrôle des changes	241
VIII.	Impôts retenus à la source	241
IX.	Réglementation de l'activité exercée	241
B.	La charge de l'obtention des autorisations	241
ANNEXE 1 FRANCHISE : NOTIONS PRINCIPALES		244
A.	Les différentes formes de franchise	244
B.	La franchise d'exploitation d'entreprise (« <i>Business format franchising</i> »)	245
I.	Éléments de base	245
II.	Engagements supplémentaires	245
C.	Avantages et inconvénients de la franchise pour les parties	248
I.	Avantages pour le franchisé	248
II.	Inconvénients pour le franchisé	249
III.	Avantages pour le franchiseur	250
IV.	Inconvénients pour le franchiseur	251
ANNEXE 2 LA FRANCHISE DANS L'ÉCONOMIE		252
A.	Importance économique de la franchise	252
B.	Avantages du franchisage pour l'économie nationale	257
I.	Opportunités pour l'emploi	257
II.	Des taux d'échec plus bas	258

III.	Utilisation du franchisage dans les pays en développement et les économies en transition	259
C.	Secteurs de la franchisé	261
ANNEXE 3	LOIS ET RÉGLEMENTATIONS APPLICABLES AU FRANCHISAGE	267
A.	Domaines juridiques pertinents en matière de franchise	267
I.	Droit des contrats	267
II.	Droit de la représentation et lois réglementant les autres accords de distribution	268
III.	Crédit-bail et droit des sûretés	268
IV.	Investissements financiers	268
V.	Propriété intellectuelle	268
VI.	Droit de la concurrence	268
VII.	Règles de droit relatives à la loyauté commerciale	269
VIII.	Droit des Sociétés	269
IX.	Fiscalité	269
X.	Droit de propriété	270
XI.	Loi relative à la protection du consommateur et la responsabilité du fait des produits	270
XII.	Droit des assurances	270
XIII.	Droit du travail	270
XIV.	Lois relatives au transfert de technologies	271
XV.	Lois réglementant les investissements étrangers, les contrôles des changes et les restrictions aux importations ou quotas	272
XVI.	Réglementations relatives aux joint-ventures	272
XVII.	Lois ou réglementations particulières à l'industrie	272
B.	Réglementations spécifiques	272
I.	Les États Unis	273
II.	Le Canada	275
III.	La France	276
IV.	L'Espagne	276
V.	Le Brésil	276
VI.	Le Mexique	277
VII.	L'Indonésie	277
VIII.	Le Japon	277
IX.	La République de Corée	277
X.	La Fédération de Russie	278
XI.	L'Australie	278
C.	L'Union européenne et la franchise	280
D.	Réglementation volontaire de la franchise	283

I.	Le Code de déontologie de la Fédération européenne de la franchise	284
II.	Codes de déontologie des associations nationales de la franchise	284
	INDEX	287

LE CONSEIL DE DIRECTION D'UNIDROIT

Ömer I. AKIPEK	Turquie
Antonio BOGGIANO	Argentine
Isabel de MAGALHÃES COLLAÇO	Portugal
Charles R.M. DLAMINI	Afrique du sud
E. Allan FARNSWORTH	États-Unis d'Amérique
Royston M. GOODE	Royaume-Uni
Yasuo HAMASAKI	Japon
Arthur S. HARTKAMP	Pays-Bas
Tsvetana KAMENOVA	Bulgarie
Roland LOEWE	Autriche
LYOU Byung-Hwa	République de Corée
Ferenc MÁDL	Hongrie
Vicente MAROTTA RANGEL	Brésil
Jörg PIRRUNG	Allemagne
Jean-Pierre PLANTARD	France
Jacques PUTZEYS	Belgique
Alan D. ROSE	Australie
Jorge SÁNCHEZ CORDERO DAVILA	México
Biswanath B. SEN	Inde
Leif SEVÓN	Finlande
Anne-Marie TRAHAN	Canada
Ioannis VOULGARIS	Grèce
Pierre WIDMER	Suisse
ZHANG Yuejiao	République populaire de Chine

MEMBRES DU COMITÉ D'ÉTUDE

M. Alan ROSE, Président, *Australian Law Reform Commission*, Canberra ; Membre du Conseil de direction d'UNIDROIT ; *Président du Comité d'étude ; Rapporteur sur le Chapitre 17*

M. Andrzej CALUS, Professeur de droit, Directeur, Institut de droit international, Faculté du commerce extérieur de l'École supérieure d'économie de Varsovie

M. Aldo FRIGNANI, Professeur de droit, Université de Turin ; Pesce, Frignani, Pastore & Ruben, Turin ; *Rapporteur sur le Chapitre 11*

M. Franklin C. JESSE Jr., Gray Plant Mooty Mooty & Bennett, Minneapolis ; *Rapporteur sur le Chapitre 9 et le Chapitre 13*

M. István KISS, Secrétaire-Général et Directeur Général, Association hongroise de la franchise, Budapest

M. Alexander S. KONIGSBERG, Q.C., Lapointe Rosenstein, Montréal ; Ancien Président du *Committee on International Franchising* de la *Section on Business Law (IBA)* ; *Rapporteur sur le Chapitre 3 et le Chapitre 10*

M. Martin MENDELSON, Eversheds, Londres ; Professeur de franchisage, *City University Business School*, Londres ; Ancien Président du *Committee on International Franchising* de la *Section on Business Law (IBA)* ; *Rapporteur sur le Chapitre 4, le Chapitre 6, le Chapitre 15 et le Chapitre 16*

M. B. SEN, *Senior Advocate* à la Cour suprême de l'Inde, New Delhi ; Membre du Conseil de direction d'UNIDROIT

M. Albrecht SCHULZ, Sigle, Loose, Schmidt-Diemitz & Partner, Stuttgart ; Président du *Committee on International Franchising* de la *Section on Business Law (IBA)* ; Rapporteur sur le Chapitre 5, le Chapitre 7 et le Chapitre 14

M. John VERNON, Strasburger & Price, L.L.P., Dallas ; Rapporteur sur le Chapitre 2

M. Philip F. ZEIDMAN, Rudnick, Wolfe, Epstein & Zeidman, Washington ; Conseiller juridique principal de l'*International Franchise Association*, Washington ; Ancien Président du *Committee on International Franchising* de la *Section on Business Law (IBA)* ; Rapporteur sur le Chapitre 8, le Chapitre 12 et le Chapitre 19

Mme Lena PETERS, Chargée de recherches, Secrétariat d'UNIDROIT ; Secrétaire du Comité d'étude ; Rapporteur sur l'Introduction, le Chapitre 1, le Chapitre 18, le Chapitre 20 et les Annexes ; Éditeur de la version anglaise

SYNTHÈSE

Le *Guide UNIDROIT sur les Accords Internationaux de Franchise Principale* présente une étude générale de la relation qui naît de ce type d'accord¹, de la négociation et de la rédaction du contrat de franchise principale et des autres contrats accessoires jusqu'à la fin de la relation contractuelle. Il traite principalement de la situation des parties, situations du franchiseur et du franchisé principal, de même que, lorsque leur situation revêt une importance particulière, situations des autres personnes intéressées, comme les sous-franchisés.

Afin de replacer les contrats de franchise principale dans leur contexte, le Guide examine, au sein du chapitre 1 les différences entre les contrats de franchise et les autres types de contrats de distribution ou de représentation. Il est tenu compte du fait que le franchisage peut ne pas toujours être la formule la plus adaptée ; les parties, en particulier le franchiseur, doivent avoir à l'esprit cette éventualité et envisager différents facteurs lors du choix de la formule la plus appropriée à leurs affaires. Au sein de ce chapitre, le Guide analyse également les caractéristiques essentielles de la franchise par unité, laquelle, en général, prend la forme d'une franchise d'exploitation d'entreprise (*business format franchising*) (v. annexe 1), de même que, brièvement, les différentes formes de franchise auxquelles les parties peuvent avoir recours, les méthodes généralement mises en œuvre dans le cadre d'un franchisage international et, enfin, ce qu'implique la transformation d'un système de franchise national en un système international.

Les droits concédés au franchisé principal occupent une place fondamentale dans la relation de franchise principale. Au sein du chapitre 2 sont étudiés les biens corporels et incorporels, propriété du franchiseur et dont celui-ci concède l'utilisation au franchisé principal ; il s'agit notamment des marques et autres droits de propriété intellectuelle qui seront étudiés de façon plus approfondie au sein des chapitres 10 et 11. La

¹ Au sein de la présente version française, les termes « *arrangement* » et « *agreement* » de la version originale ont été traduits « accord » et « contrat ». Le terme « *arrangement* » en anglais indique l'ensemble des contrats et des accords qui sont en relation et qui constituent la franchise principale.

structure à trois niveaux des accords de franchise principale et la relation entre les parties concernées (franchiseur, franchisé principal et sous-franchisé) est également présentée. A ce titre, l'absence de principe d'une relation directe entre le franchiseur et le sous-franchisé est évoquée de même que les exceptions qui y sont envisageables. Le chapitre 3 dresse un bilan des options ouvertes en ce qui a trait à la durée du contrat de franchise principale et présente les conditions qu'impose souvent le franchiseur au renouvellement du contrat.

Le type d'arrangements financiers et de paiements du franchisé principal en contrepartie des droits qui lui sont concédés sont essentiels au sein d'une étude sur la franchise. La compensation financière prend normalement la forme d'une redevance initiale et/ou d'exploitation. Le chapitre 4 traite à cet égard des différentes sources de revenus du franchiseur et du franchisé principal, du calcul et des procédures de paiement ainsi que des implications fiscales. Les participations financières à des fonds publicitaires, éventuellement requises des franchisés principaux et des sous franchisés, sont présentées au sein du chapitre 8 qui traite plus généralement des questions liées à la publicité.

La relation de franchise principale institue des obligations synallagmatiques en ce sens que chaque partie a des droits et obligations vis-à-vis de l'autre, les droits de l'une reflétant souvent les obligations de l'autre. Ainsi, l'obligation du franchisé principal de payer au titre des droits d'utilisation concédés renvoie au droit du franchiseur de recevoir un paiement en contrepartie de ces droits. Ce qui est essentiellement perçu comme un droit, peut être aussi une obligation. Le droit du franchiseur de contrôler la qualité de l'activité du franchisé principal ou du franchisé par exemple, peut en même temps constituer une obligation ; le franchiseur peut en effet être considéré comme tenu, de manière implicite, à l'égard des membres du réseau, de s'assurer du respect des standards de qualité par l'ensemble des membres. Ces questions, examinées au sein des chapitres 5 et 6, s'inscrivent dans le cadre de l'étude des rôles du franchiseur et du franchisé principal. Le contrat de sous-franchise, qui lie le franchisé principal au sous-franchisé, est étudié au sein du chapitre 7.

Dans de nombreux cas, le franchiseur fournit au franchisé principal, voire au sous-franchisé, les équipements, comme des machines originales, les produits que les unités franchisées vont vendre, ou leurs composants,

et/ou les services nécessaires à l'exploitation de la franchise par le franchisé principal et, le cas échéant, les sous-franchisés. Ces services peuvent comprendre, par exemple, un système de réservation centralisée pour une franchise d'hôtel ou une formation et une assistance pour la comptabilité d'exploitation de l'activité.

Les droits de propriété intellectuelle sont essentiels dans les accords de franchise, qu'il s'agisse des droits de propriété intellectuelle protégés par la loi ou de ceux qui ne le sont pas, notamment du savoir-faire. Les marques et droits d'auteur sont traités au sein du chapitre 10 et le savoir-faire et les secrets d'affaires au sein du chapitre 11.

Un accord de franchise principale, notamment au niveau international, est généralement conclu pour une période qui perdurera. Sa durée, dans bien des cas renouvelable, s'étend souvent sur vingt ans ou plus, compte tenu des investissements substantiels et des efforts nécessaires à l'établissement et au développement d'un système de franchise dans un pays étranger. Les circonstances évoluant toutefois avec le temps, il doit être possible d'adapter le système franchisé afin d'en assurer la pérennité. Sous bien des aspects, cette nécessité renvoie à celle d'adapter un système qui pénètre pour la première fois un pays étranger. Les changements introduits doivent être rapportés dans le contrat. Le chapitre 12 présente les circonstances qui peuvent justifier des modifications de même que les techniques utilisées pour adapter les contrats et les manuels notamment.

Dans le cadre de la franchise principale, les parties sont éventuellement amenées à vendre, céder ou transférer leurs droits, en cas de restructuration interne de l'activité, de résiliation du contrat en général ou par les héritiers d'une des parties. Les problèmes soulevés par la vente, la cession ou le transfert du contrat avant son terme sont étudiés au sein du chapitre 13.

La possibilité qu'offre la franchise aux membres du réseau de s'identifier au nom commercial et/ou à la marque du franchiseur rend celle-ci attrayante. Du point de vue du franchiseur, ce système véhicule toutefois certains risques inhérents. Il est possible par exemple qu'un consommateur identifie le sous-franchisé avec lequel il traite au franchiseur et considère dès lors que le franchiseur est responsable de tout manquement du sous-franchisé. L'éventualité que le franchiseur voit sa

responsabilité engagée pour les actes ou omissions des franchisés principaux et des sous-franchisés du réseau doit donc être sérieusement prise en considération. Elle est étudiée au sein du chapitre 14 qui traite également de la question de l'assurance.

A l'instar d'autres contrats, il est envisageable qu'un contrat de franchise principale ne soit pas exécuté et ouvre dès lors certains recours, le plus drastique étant la résiliation. Les différents recours et sanctions disponibles sont présentés au sein du chapitre 15. Le chapitre 16 examine la fin du contrat de franchise principale et ses conséquences, tant dans le cadre d'une résiliation volontaire que de celui de l'arrivée du terme du contrat. A ce titre, le sort des contrats de sous-franchise est analysé considérant que les droits concédés dans les contrats de sous-franchise dépendent directement du contrat de franchise principale.

Il est de première importance de déterminer la loi applicable à un contrat international. Ceci relève des parties lors de la formation du contrat ou, à défaut, de la juridiction qui aura à connaître des litiges nés de l'exécution du contrat et qui, pour ce faire, appliquera ses propres règles de conflit de lois. La juridiction compétente, étatique ou arbitrale, devra aussi être déterminée de même que pourront être envisagées des formes moins contraignantes de résolution des litiges telles la négociation, la médiation ou la conciliation à titre préliminaire. Lorsque les parties s'en remettent à la justice étatique, elles peuvent convenir d'une juridiction spécifique. Les implications des choix relatifs à la loi applicable et à la juridiction compétente sont décrites au sein du chapitre 17.

Le chapitre 18 présente des clauses plus générales, qui sont communément utilisées dans les contrats de franchise.

Il est possible de structurer un accord de franchise de différentes façons et à partir de différents contrats. Des contrats distincts peuvent régler des points, comme l'obligation de confidentialité, qui dans certains accords sont régis par le contrat de franchise principale, et traiter de questions, telle que la licence d'exploitation d'un logiciel, qui par leur nature justifient un traitement séparé. Le chapitre 19 fournit à cet égard quelques illustrations de documentation annexe.

Comme cela ressort de la liste figurant à l'annexe 2, la franchise n'est pas en elle-même un commerce mais la forme d'exploitation d'une activité commerciale. Les licences et autorisations requises dans certains États en

relation avec une activité commerciale devront logiquement être obtenues par le franchisé principal, en plus de celles requises en relation avec l'accord de franchise principale. Le chapitre 20 offre des exemples de réglementations de ce type.

Les annexes fournissent des informations additionnelles destinées à placer la franchise principale internationale dans un contexte économique, social et juridique plus large. L'annexe 1 dresse à ce titre un bilan de la franchise du point de vue des intérêts du franchiseur et des franchisés. L'annexe 2 prend un point de vue économique-politique en soulignant certains bienfaits en termes d'emploi du fait d'un taux d'échecs réduit en particulier pour les petits commerces par rapport aux exploitations commerciales traditionnelles, et en mettant en avant un accès facilité de nouveaux opérateurs sur les marchés des pays en développement et des économies en transition.

L'annexe 3 présente brièvement les différents domaines du droit pertinents de manière générale et les réglementations spécifiques de la franchise existant dans certains pays ainsi que les normes volontaires adoptées par les associations en la matière, qui, en général, prennent la forme de codes de déontologie.

INTRODUCTION

Au cours des dernières années, le franchisage est venu occuper une place de plus en plus importante au sein de l'économie d'un nombre croissant de pays. Les noms les plus connus du franchisage (McDonald's, Holiday Inn, Yves Rocher, Body Shop) sont devenus familiers dans le monde entier. Cette expansion ne se limite pas aux chaînes internationales ; grâce au franchisage, des réseaux nationaux se sont développés à un rythme inenvisageable il y a une vingtaine d'années.

En dépit de ce succès sans précédent, on connaît encore peu la nature exacte de ce mode de commerce et les questions pratiques et juridiques auxquelles sera confronté tout entrepreneur envisageant d'utiliser le franchisage. Cette lacune se présente non seulement dans les pays en développement, mais aussi dans les pays industrialisés où le franchisage existe depuis déjà quelques temps pourtant.

Conscient des réels bienfaits du franchisage, de sa capacité à stimuler la croissance économique et la création d'emplois, l'*Institut International pour l'Unification du Droit Privé (UNIDROIT)* a entrepris la publication d'un *Guide sur les Accords Internationaux de Franchise Principale*. L'objet de ce guide est de fournir à tous ceux ayant à connaître du franchisage – parties à un contrat de franchise, avocats, juges, arbitres ou chercheurs – un outil leur permettant de mieux connaître et comprendre les possibilités offertes.

Même s'il a été convenu de consacrer ce Guide à la franchise principale essentiellement, dans la mesure où il s'agit de la méthode la plus couramment utilisée en matière de franchisage international, d'autres modes de franchisage, nationaux et internationaux sont brièvement présentés. L'objectif est clairement d'offrir un instrument utile aux opérateurs commerciaux et aux juristes, de même qu'à tous ceux pour qui, au niveau national ou international, cette forme de commercialisation n'est pas familière. Pour l'essentiel, ce guide se propose d'assister ceux qui participent à la négociation et à la rédaction de contrats internationaux de franchise principale, en tentant d'attirer leur attention sur certaines questions juridiques, en indiquant diverses méthodes de les aborder et en

suggérant, le cas échéant, quelques éléments de solution. Ce guide s'efforce d'offrir suffisamment d'informations afin de palier les disparités éventuelles qui naissent des déséquilibres entre les parties en termes de connaissance et d'expérience. Il est ainsi souhaité qu'il contribue à un traitement plus serein des difficultés auxquelles les parties au contrat peuvent se trouver confrontées.

C'est la première fois que UNIDROIT réalise une publication du type du *Guide UNIDROIT sur les Accords Internationaux de Franchise Principale*. Ce Guide marque la volonté de l'organisation de développer son activité en adoptant, dans le cadre de l'unification du droit, des approches alternatives à celle, plus traditionnelle, qui consiste à préparer et à adopter des règles formelles sous la forme d'une convention internationale.

Il est clair que c'est la nécessité de résoudre des problèmes nés de la pratique qui justifie l'introduction d'un nouveau corps de règles. Il en est particulièrement ainsi lorsque aucune règle spéciale n'existe ou que les règles générales se révèlent inadaptées ou inapplicables à certaines situations. Dans un contexte international, cette fonction est dévolue à l'organisation intergouvernementale la plus à même de remplir à bien une telle mission.

La technique du franchisage commençait à peine à traverser l'Atlantique lorsque, en 1985, il fut proposé pour la première fois, de faire figurer le franchisage au sein du programme de travail de l'Institut. Le franchisage représentait alors un domaine d'activités florissant en Amérique du nord : les ventes au travers d'unités franchisées représentaient au Canada, pays originaire de la proposition, 45% des ventes au détail en 1984. C'est bien naturellement que le développement du franchisage a soulevé des problèmes particuliers. On a craint que certaines pratiques peu respectueuses de la part de certains franchiseurs échappent à toute réglementation et se généralisent et s'étendent aux transactions internationales de franchisage. On proposa alors de préparer un instrument international et UNIDROIT, qui traitait des projets de *Conventions UNIDROIT sur le crédit-bail international et sur l'affacturage international*, adoptées en 1988, fut considérée comme l'organisation à même de remplir cette tâche.

Une étape préliminaire du projet a consisté à analyser d'abord le phénomène en tant que tel, les informations réunies grâce à une étude réalisée auprès des gouvernements, des cercles professionnels et des experts reconnus en la matière, et enfin, les clauses utilisées dans les contrats de franchise ; parallèlement, les développements tant nationaux qu'internationaux dans le domaine de la franchise et de la réglementation sur la franchise furent suivis avec attention.

Lors de sa soixante-douzième session en juin 1993, le Conseil de Direction de l'Institut a décidé qu'il était temps de mettre en place un *Comité d'étude sur la franchise*. Les termes de la mission du Comité d'étude, tels que définis par le Conseil de Direction, étaient d'examiner les différents aspects du franchisage, et notamment la divulgation préalable des informations entre les parties avant et après la conclusion d'un contrat de franchise et l'effet de la résiliation d'un contrat de franchise principale sur les contrats de sous-franchise. On demanda également au Comité d'étude d'émettre des propositions au Conseil sur tous les autres aspects du franchisage pouvant conduire à une action plus poussée de l'Institut et, aussi dès que possible, d'indiquer la forme des instruments envisageables.

En relation avec la franchise nationale, le Comité d'étude s'est concentré sur la question de la divulgation de l'information, étudiant les expériences des pays qui disposent, ou ont tenté d'une manière ou d'une autre d'adopter, une réglementation en ce domaine, le rôle des associations dans ce secteur et l'importance des codes de déontologie adoptés par celles-ci. Le Comité d'étude n'ayant pas adopté de conclusion définitive concernant le franchisage national, il a décidé de rapporter ce point et recommandé au Conseil de repousser l'examen des actions envisageables dans le domaine du franchisage national.

S'agissant du franchisage international, le Comité d'étude a focalisé son attention sur les accords de franchise principale. Il a examiné, en particulier, la nature de la relation entre le contrat de franchise principale et les contrats de sous-franchise, la loi applicable et les juridictions compétentes, la résolution des litiges, les problèmes liés à la nature à trois niveaux de la relation entre le franchiseur, le franchisé principal et les sous-franchisés, notamment en cas de résiliation, et la divulgation de l'information.

Au terme de ses recherches, le Comité d'étude a conclu qu'une convention internationale ne pourrait idéalement traiter des questions ayant été discutées, notamment à la lumière des questions relatives à la formation du contrat et aux informations requises et/ou fournies par les parties. Cette conclusion fut renforcée par le fait qu'il existe une grande variété de contrats et d'options ouvertes aux parties à un contrat de franchise. Il fut considéré que l'adoption, au niveau international, d'une réglementation de ces questions conduirait à réduire, de manière impérative, dans l'esprit des parties, leur choix à des solutions uniques, et à desservir dès lors les intérêts du monde des affaires.

De plus, et considérant que rien ne s'opposait réellement à l'adoption d'une convention internationale, il fut considéré que la matière commandait l'élaboration d'un nombre important de dispositions à caractère impératif, probablement incompatible avec la flexibilité que requiert le développement du secteur du franchisage. La nature contraignante d'une convention internationale aurait de plus empêché les adaptations jugées par certains États comme une condition d'adoption du texte final. L'association de la nature obligatoire des clauses et de la nature contraignante de la convention n'était pas de bon augure quant à l'adoption d'une convention par les différents États du monde. L'utilité d'un tel instrument était donc, en conséquence, sérieusement remise en question.

Une fois que furent examinées les autres formes d'instruments envisageables, on considéra que celle de la loi uniforme n'était pas moins inadaptée que la convention internationale, la forme de la loi uniforme étant à même de véhiculer des inconvénients similaires.

Plus flexible, la forme de la loi-modèle aurait été au demeurant plus adaptée, en permettant notamment aux législateurs nationaux d'y introduire des modifications jugées indispensables. Il est en effet permis aux législateurs nationaux d'apporter les modifications qu'ils considèrent impératives. Il est ainsi permis aux experts chargés de la préparation d'une loi modèle d'inclure les dispositions qu'il considèrent comme étant les solutions les plus appropriées aux problèmes envisagés, et ce même si, à la fin, tous les États qui décident de s'inspirer de la loi modèle ne font pas figurer toutes ces dispositions dans leur loi nationale. Le prix à payer pour

cette flexibilité importante est évidemment une uniformité moindre, dans la mesure où un certain nombre de dispositions seront différentes d'un pays à l'autre. Si l'adoption d'une loi modèle peut être envisageable en matière de franchisage nationale, il a en revanche été considéré que cela serait moins adapté au franchisage international, en particulier à la lumière des méthodes appliquées en matière de franchisage transfrontalier.

Les codes de déontologie ou de bonne conduite occupent une place importante au sein des normes d'application volontaire. Ils sont toutefois, de par leur nature, adoptés par la profession concernée et sont, dans la plupart des cas, rédigés par les associations nationales de la profession, ou, au niveau international, par la fédération des associations nationales. Il a été dès lors perçu comme inopportun pour une organisation internationale comme UNIDROIT de procéder à la rédaction d'un code de déontologie international. Plus encore, alors que ces codes constituent une tentative importante d'introduction de règles déontologiques parmi les membres des associations professionnelles concernées, leur efficacité est variable et souvent discutée, même si certaines juridictions se sont référées à ces codes en tant que règles de conduite.

Le contrat modèle a été une autre forme d'instrument brièvement envisagé. La majorité du Comité n'a cependant pas eu le sentiment qu'un tel instrument serait adapté à la franchise principale. Par ailleurs, la *Chambre de Commerce Internationale* de Paris préparait alors un contrat de franchise modèle pour la franchise par unités internationale ; le Comité d'étude a dès lors décidé d'écarter le contrat modèle.

Un instrument contraignant, comme une convention internationale, ne semblant pas opportun, un consensus se dégagait autour de l'idée d'un guide juridique, jugé plus adapté et souhaité, dans le domaine de la franchise internationale et des accords de franchise principale en particulier. Il fut toutefois convenu de reconnaître et d'avertir initialement les parties de la nécessité d'une assistance juridique, permettant de ne pas traiter des questions d'ordre général.

Dans le domaine du franchisage, plusieurs avantages ont été perçus de la part du Comité quant la formule du guide. Une telle formule permet d'appréhender des questions qui sont déjà traitées par les législations nationales mais qui revêtent une importance marquée dans le domaine du

franchisage en matière de propriété intellectuelle. Par exemple, Il autorise également l'exposé d'un bilan des options ouvertes aux professionnels et alerte le lecteur quant aux différents écueils envisageables, ce que ne permet pas un instrument comme une convention internationale, dont la procédure d'adoption est par ailleurs fondamentalement différente et beaucoup moins rapide. Dans le même esprit, la diffusion immédiate d'un guide offre un avantage certain par rapport à une convention internationale dont l'application est ralentie par certaines conditions quant à son entrée en vigueur et à sa mise en œuvre. L'objectif étant de toucher le monde de la franchise dès que possible, le guide s'avère l'instrument le plus adapté. Le Comité a dès lors recommandé au Conseil de Direction d'UNIDROIT la préparation d'un guide relatif aux accords internationaux de franchise principale.

Le Conseil de Direction de l'Institut a entériné cette recommandation lors de sa soixante-quatorzième session en mars 1995 et a demandé que la préparation du Guide progresse le plus vite possible. Cet ouvrage représente l'aboutissement des travaux du Comité d'étude.

CHAPITRE 1

CONCEPTS ET ÉLÉMENTS FONDAMENTAUX

Le présent guide traite une forme particulière de franchise, la franchise principale, qui est la plus communément utilisée dans les accords de franchise internationaux. Cependant, le fondement de la franchise principale, comme celui d'autres formes de franchise, est la franchise par unités dans laquelle il existe une relation directe entre le franchiseur et le franchisé.

Divers accords commerciaux sont connus sous l'appellation de « franchise ». Même si certains éléments de base se retrouvent dans les différents accords pouvant être considérés comme des accords de franchise, il n'y a pas de définition simple et reconnue pouvant s'appliquer à toutes les situations.

On distingue souvent entre divers types de franchise : la franchise industrielle, la franchise de distribution et la franchise de service. D'autres descriptions de la franchise distinguent les contrats de franchise de distribution de produits et les franchises d'exploitation d'entreprise (« *business format franchises* »).

La forme de franchise connue sous l'appellation de franchise d'exploitation d'entreprise tend de plus en plus à symboliser la franchise dans son ensemble. Dans la franchise d'exploitation d'entreprise, le franchiseur a élaboré et testé une forme particulière de commerce (le « *business format* »), qu'il s'agisse de la distribution de biens ou de la fourniture de services, et autorise ensuite des franchisés à l'exploiter. Le contrat de franchise d'exploitation d'entreprise est ainsi conclu entre deux entreprises indépendantes : le franchiseur, autorise, moyennant une compensation financière (normalement, mais pas nécessairement, sous la forme d'un droit d'entrée et/ou de redevances d'exploitation), le franchisé à commercialiser des produits ou à fournir des services sous sa marque et/ou son nom commercial, selon la méthode ou les procédures commerciales qu'il a mises au point et testées. Afin de permettre au franchisé d'agir ainsi, le franchiseur lui fournira le savoir-faire et la formation nécessaires à l'utilisation de ce savoir-faire. Le franchiseur fournira également, dans la plupart des cas, un manuel détaillé contenant les instructions nécessaires à la conduite de l'entreprise. En outre, le

franchiseur fournira en principe au franchisé pendant toute la durée du contrat, l'assistance dont celui-ci pourrait avoir besoin dans l'exploitation de la franchise.

Il s'agit donc d'un ensemble qui comporte, entre autres, des droits de propriété intellectuelle protégés juridiquement (marques, noms commerciaux, ou moins fréquemment, brevets), un savoir-faire, une formation et une assistance continue de la part du franchiseur, un droit de contrôle du franchiseur à l'égard du franchisé et l'obligation du franchisé de suivre les instructions du franchiseur et de respecter les dispositions financières du contrat. L'identification de l'unité franchisée en tant que membre d'un réseau franchisé est de plus possible ; elle est parfois requise.

Dans la majorité des cas, les franchises d'exploitation d'entreprises sont celles que connaissent des extensions à l'étranger, souvent par le biais d'accords de franchise principale.

A. CONTRATS DE FRANCHISE PRINCIPALE ET AUTRES FORMES D'ACCORDS COMMERCIAUX

Les contrats de franchise principale sont sans aucun doute les contrats les plus utilisés en matière de franchisage international. Dans cet esprit, le Comité d'étude d'UNIDROIT a recommandé que ce Guide soit essentiellement consacré aux accords de franchise principale, recommandation entérinée par le Conseil de Direction d'UNIDROIT¹.

I. LES CONTRATS DE FRANCHISE PRINCIPALE

Le contrat de franchise principale est celui par lequel une personne physique ou morale, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé principal², le droit, le plus souvent exclusif, d'accorder à des sous-franchisés le droit d'exploiter une franchise et/ou d'exploiter lui-même une franchise, sur un territoire donné, un pays, par exemple. En d'autres termes, le franchisé principal agit comme franchiseur sur le territoire contractuellement défini³. En échange de ce droit, le franchisé principal verse une compensation financière au franchiseur. Cette compensation financière est généralement versée sous la forme d'une redevance initiale,

¹ Voir annexe 1 « Franchise : Notions principales » pour une description plus détaillée du franchisage.

² Également appelé le « sous-franchiseur ».

³ Voir chapitre 2 « Nature et étendue des droits concédés et relations entre les parties ».

qui peut revêtir différentes formes, et/ou d'une redevance d'exploitation correspondant à un pourcentage du revenu que perçoit le franchisé principal des sous-franchisés. La forme de cette compensation financière et l'importance de ses composantes vont varier d'un pays à l'autre et d'une franchise à l'autre⁴. Il convient de relever que le système de la franchise principale n'est pas limité au franchisage international et peut aussi bien être mis en œuvre au niveau national.

La franchise principale implique essentiellement l'existence de deux contrats : un contrat international entre le franchiseur et le franchisé principal (le contrat de franchise principale) et un contrat de franchise, national, entre le franchisé principal et chacun des sous-franchisés (le contrat de sous-franchise). Dans la plupart des cas, il n'y a pas de lien direct entre le franchiseur et les sous-franchisés, étant toutefois précisé que dans certains pays, la législation sur la propriété intellectuelle rend nécessaire l'existence d'un tel lien en ce qui concerne l'usage de ces droits⁵. Agissant comme un franchiseur sur le territoire qui lui est concédé, il appartient au franchisé principal d'accorder aux sous-franchisés le droit d'exploiter la franchise, comme d'assumer ses obligations de franchiseur à l'égard des sous-franchisés. Le franchisé principal est ainsi responsable de l'exécution des contrats de sous-franchise comme du développement général et de l'exploitation du réseau sur le territoire qui lui a été concédé. Il est de son devoir d'intervenir si un sous-franchisé ne remplit pas ses obligations. Dans les cas où il n'y a aucune relation contractuelle entre le franchiseur et les sous-franchisés, le franchiseur ne peut en général pas intervenir directement pour obtenir que les sous-franchisés respectent leurs obligations ; il peut en revanche poursuivre pour inexécution du contrat de franchise principale, le franchisé principal qui ne remplirait pas son obligation de faire respecter les contrats de sous-franchise⁶.

a) Principaux avantages de la franchise principale

Comme toute formule commerciale, la franchise principale présente pour les parties des avantages et des inconvénients.

⁴ Voir chapitre 4 « Aspects financiers ».

⁵ Voir chapitre 10 « Propriété intellectuelle ».

⁶ Il y a, toutefois, des franchiseurs qui se réservent le droit d'intervenir en cas de mauvaise exécution de leurs contrats par les sous-franchisés – voir chapitre 2, *cit.* Pour un examen des remèdes qui s'arrêtent avant la résiliation, voir chapitre 15 « Sanction des obligations ».

Pour le franchiseur, l'un des avantages est la possibilité de développer son réseau sans investir autant qu'il ne l'aurait dû s'il avait lui-même implanté son réseau à l'étranger, encore que les investissements tant humains que financiers peuvent en fait s'avérer plus importants que ne l'estiment beaucoup de franchiseurs avant de conclure un contrat de franchise principale.

Par ailleurs, le pays du franchiseur et celui du franchisé principal vont le plus souvent présenter des différences considérables, du point de vue de leur culture, de leurs traditions et usages, de leur droit, de leur langue et de leur religion, et ce sans parler de leurs structures économique et sociale. Cela présente donc pour le franchiseur un avantage considérable que de pouvoir se fier à une personne ou à une entreprise connaissant le pays concerné, le fonctionnement de l'administration locale, les réglementations à respecter, et qui sera capable d'indiquer au franchiseur les modifications auxquelles il sera nécessaire de procéder pour adapter le réseau aux conditions locales. En outre, l'éloignement pouvant exister entre le pays du franchiseur et celui dans lequel il entend développer son réseau peut lui rendre difficile de s'assurer de la bonne marche de chaque unité franchisée. Le poids économique et logistique que cela impliquerait serait d'ailleurs tel qu'il ne serait pas rentable pour le franchiseur de s'assurer lui-même de la correcte exécution de chaque contrat de sous-franchise. La contribution d'un franchisé principal local capable d'agir à la place du franchiseur dans le pays concerné est donc de la plus grande importance. Si le franchiseur doit en principe se charger de fournir au franchisé principal un certain nombre de services⁷, le système est ainsi fait que c'est ensuite au franchisé principal qu'incombe la responsabilité de la conduite de l'opération. Cela étant, le rôle joué par le franchiseur ne doit pas être sous-estimé.

Un des principaux avantages du franchisage en général tient au fait que le franchisé investit dans un commerce déjà connu et rodé. Dans une certaine mesure, cela est également vrai en matière de franchise principale internationale, quoique la renommée du réseau franchisé dans le pays du franchisé principal puisse varier de façon importante. Les réseaux franchisés les plus célèbres sont connus dans un grand nombre de pays de par le monde ; d'autres moins célèbres ou connus dans un nombre moins important de pays, restent des réseaux solides ayant toutes les chances de succès. Même s'il ne doit pas ménager son temps et ses efforts pour faire connaître le système, cela vaut donc la peine pour le

⁷ Voir chapitre 5 « Rôle du franchiseur ».

franchisé principal d'y investir. La communication d'un savoir-faire lié à la franchise peut en outre présenter un intérêt considérable pour le franchisé principal. Relevons cependant ici que les franchisés principaux sont souvent eux-mêmes de grandes entreprises commerciales disposant de fonds substantiels et de leur propre savoir-faire. En réalité, le montant de l'investissement nécessaire au développement d'un réseau est tel que le franchisé principal devra déjà être une entité d'une certaine importance ; il n'est d'ailleurs pas inhabituel que la taille du franchisé principal dépasse celle du franchiseur.

b) Problèmes généralement rencontrés en matière de franchise principale

Les principaux problèmes évoqués par les franchiseurs sont au nombre de trois ; il s'agit des limites au contrôle du franchiseur sur le réseau de franchise, des problèmes liés à la résiliation du contrat de franchise principale et du partage des revenus constitués par les différentes redevances.

1) Limites au contrôle du franchiseur sur le réseau franchisé

En confiant l'établissement, la direction et l'exploitation de son réseau de franchise, et donc de ses marques, à un franchisé principal, le franchiseur transmet dans une large mesure à ce dernier l'exercice du contrôle sur sa franchise et sur ses signes distinctifs. Ce contrôle restreint du franchiseur est la conséquence directe de ce que le plus souvent il n'y a pas de relations contractuelles directes entre le franchiseur et les sous-franchisés. Le franchiseur est donc obligé de s'en remettre au franchisé principal pour surveiller l'exécution des contrats de sous-franchise, comme pour s'assurer que ses droits, notamment en matière de propriété intellectuelle, ne sont pas violés⁸. Dans la mesure où le franchisé principal a tout autant intérêt que le franchiseur au bon fonctionnement du réseau et au respect des droits de propriété intellectuelle, le franchiseur peut en général se fier à son franchisé principal pour agir en cas de violation de ces droits ou de mauvais fonctionnement du réseau. Il y aura toutefois problème lorsque le franchisé principal ne remplira pas comme il le devrait ses obligations.

⁸ Voir chapitres 2 et 10 *cit.*

Juridiquement, le franchiseur est en droit d'obtenir l'exécution des dispositions du contrat de franchise principale prévoyant que le franchisé principal a l'obligation d'implanter, d'exploiter et de diriger convenablement le réseau franchisé et de contrôler l'usage des marques du franchiseur. Il s'agit cependant d'un droit extrêmement difficile à mettre en œuvre en pratique. Dans certains cas, des relations contractuelles directes entre le franchiseur et les sous-franchisés peuvent être exceptionnellement prévues, par exemple en faisant intervenir le franchiseur en tant que partie au contrat de sous-franchise. Toutefois, même si être partie à ce contrat peut permettre au franchiseur d'agir en lieu et place du franchisé principal défaillant, il s'agit là d'une solution généralement évitée par les franchiseurs dans la mesure où rendre le franchiseur directement responsable à l'égard des sous-franchisés va à l'encontre du concept même de franchise principale. Si le soin apporté à la préparation et à la rédaction des contrats entre le franchiseur, le franchisé principal et les sous-franchisés peut permettre d'éviter certains problèmes liés à la limitation du contrôle du franchiseur, la nature même de la franchise principale ne permet cependant pas de les éviter totalement⁹.

Alors que le franchiseur peut avoir l'impression de disposer d'un contrôle trop limité sur l'action du franchisé principal, ce dernier peut quant à lui avoir le sentiment que le franchiseur a conservé un contrôle trop important. Cela est compréhensible dans la mesure où le franchisé principal est lui-même un entrepreneur, doté d'une expérience considérable et d'une connaissance approfondie du territoire qui lui a été confié.

2) Problèmes liés à la résiliation des contrats de franchise principale

La nature de la franchise principale est telle qu'il est difficile pour le franchiseur de mettre en œuvre son droit de mettre fin au contrat de franchise principale. Il peut ainsi arriver que le franchiseur poursuive malgré lui une relation ni rentable ni opportune avec son franchisé principal. Les difficultés relatives à la résiliation du contrat de franchise principale sont essentiellement dues aux conséquences de cette résiliation sur les sous-franchisés. Même si ceux-ci ne sont pas parties au contrat de franchise principale, les droits qui leur sont concédés par les contrats de sous-franchise découlent directement du contrat de franchise principale et leur sort est donc étroitement lié à celui du contrat de

⁹ Sur les sanctions de l'inexécution des obligations, voir chapitre 15.

franchise principale. L'incapacité de régler les conséquences de la résiliation du contrat de franchise principale, particulièrement à l'égard des sous-franchisés, est l'une des plus importantes faiblesses de la franchise principale. Ces conséquences devront être examinées de façon approfondie au moment des négociations¹⁰.

Si en pratique, le franchiseur peut rencontrer des difficultés pour mettre fin au contrat de franchise principale, la réciproque est aussi vraie : le franchisé principal n'a pas de garantie que le contrat sera perpétuellement renouvelé. Compte tenu des investissements substantiels auxquels il devra procéder, cette incertitude est un inconvénient qui devra entrer en ligne de compte lors de l'évaluation de la franchise¹¹.

3) Partage du montant des redevances

Pour le franchiseur, le montant des revenus découlant d'une franchise principale sera généralement considérablement inférieur à celui résultant d'un contrat de franchise par unité ou d'un accord de développement de la franchise. Cela sera toutefois dans une certaine mesure compensé par les moindres coûts auxquels il devra faire face. L'une des particularités de la franchise principale est le partage, entre le franchiseur et le franchisé principal, des revenus constitués par les redevances initiales et d'exploitation. On peut se demander si le montant de ces redevances sera suffisant à la fois pour le franchiseur et pour le franchisé principal. Bien qu'en général, le franchisé principal perçoive la plus grande part de ce montant, il n'est pas évident que le revenu dont il bénéficie ainsi lui permette de financer l'organisation qu'il est supposé mettre en place pour l'établissement et le suivi du réseau de franchise.

La question se pose également pour les franchiseurs qui reçoivent, en général, la part la plus faible du montant des redevances payées par les sous-franchisés : s'agit-il là d'une compensation financière suffisante, compte tenu du soutien continu qu'ils apportent au franchisé principal, et du risque inhérent à la franchise internationale ? Dans le passé, beaucoup de franchiseurs pensaient qu'une fois le contrat de franchise principale conclu et le franchisé principal formé aux divers aspects du

¹⁰ Voir section B.IV. « Négociation de contrats internationaux » *infra*.

¹¹ Voir chapitres 3 « Durée du contrat et conditions de son renouvellement » et 16 « La fin des relations contractuelles et ses conséquences ».

système franchisé, le franchisé principal devenait seul responsable du réseau, sans que le franchiseur eût à intervenir. L'expérience a montré au fil du temps qu'une implication continue du franchiseur dans le pays d'accueil était indispensable à la viabilité du système. La présence dans le pays d'accueil de dirigeants du franchiseur peut s'avérer nécessaire pendant un temps assez long ; de ce fait, les coûts nécessités par l'assistance continue au système franchisé dans le pays d'accueil restent importants. Les redevances d'exploitation perçues par le franchiseur pendant les trois à cinq premières années durant lesquelles le réseau sera établi risquent alors de ne pas compenser le coût de l'aide continue qu'il devra apporter au franchisé principal pour lui permettre d'établir ce système dans le pays d'accueil.

II. CONTRATS DE FRANCHISE ET AUTRES CONTRATS

De nombreux éléments du contrat de franchise se retrouvent dans d'autres types de contrats, ce qui peut amener à confondre les contrats de franchise avec d'autres types de contrats ; cela est en particulier le cas dans les pays où il n'existe aucune législation propre à la franchise. Dans certains pays, les juges ont appliqué par analogie aux contrats de franchise les règles propres aux agents commerciaux, aux contrats de vente à exécution successive ou aux contrats-type. En fait, bien que les contrats de franchise soient souvent assimilés aux contrats d'agence, aux contrats de distribution ou concession ou aux contrats de licence, et que des éléments de ces contrats soient présents dans la franchise, il existe des différences substantielles entre les contrats de franchise et ces autres types de contrats.

a) Contrat d'agent commercial

A l'origine, le concept d'agent commercial était ignoré des pays de *common law* qui ne connaissaient donc pas de réglementation particulière propre à ce type de représentation. Le concept « d'agent » des systèmes de *common law* se rapproche en fait du mandat général existant dans les pays de droit civil.

Le concept d'agent commercial s'est développé dans les pays de droit civil et a été introduit dans le droit des Communautés européennes par la *Directive du Conseil des Communautés européennes 86/653 du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États*

*membres concernant les agents commerciaux indépendants*¹². C'est donc la directive européenne qui a introduit la notion d'agent commercial dans les pays européens de *common law*. Il faut cependant relever qu'en dépit de l'uniformisation de la notion apportée par la directive européenne, il subsiste des différences considérables entre les divers systèmes juridiques nationaux en ce domaine.

Bien que certaines différences existent entre les droits nationaux des pays civilistes, l'on peut considérer que l'essence même du concept du droit civil a été résumé dans la directive, aux termes de laquelle l'agent commercial est un intermédiaire indépendant chargé de négocier la vente ou l'achat de marchandises pour le compte d'une autre personne (le commettant), et éventuellement de conclure ces opérations pour le compte et au nom de ce commettant¹³.

En matière de franchise, le franchiseur et le franchisé sont à l'inverse deux commerçants indépendants qui investissent et risquent leurs fonds propres. Le franchiseur et le franchisé ne sont pas responsables des actes ou manquements de l'autre. Les contrats de franchise stipulent d'ailleurs souvent expressément que le franchisé n'est pas le mandataire du franchiseur et ne peut engager le franchiseur. L'indépendance du franchiseur et du franchisé est en outre souvent précisée de façon claire à l'égard des consommateurs, au moyen d'un écriteau placé dans les locaux où est exploitée la franchise mentionnant la qualité de commerçant indépendant du franchisé et le fait que le franchiseur n'est pas propriétaire de cette unité.

b) Contrats de distribution

Il existe là aussi des différences entre les divers systèmes juridiques quant à la notion de contrats de distribution ou de concessions. Essentiellement, un contrat de concession est un contrat par lequel un fabricant ou un fournisseur de produits octroie à un commerçant indépendant qui se fournit auprès de lui le droit de revendre ses produits. Le distributeur jouit donc d'une autonomie juridique et d'une

¹² JOCE L 382/17 du 31 décembre 1986. Cette directive prévoit une obligation générale de loyauté et de bonne foi de la part de l'agent commercial et du commettant dans le cadre de leurs affaires et examine des questions relatives à la rémunération de l'agent commercial, à la conclusion du contrat et à sa résiliation.

¹³ Cf. article 1, par. 2.

indépendance financière. Certains systèmes législatifs admettent que l'objet de ces accords puisse être la fourniture de services ; d'autres systèmes considèrent que ce type de contrat de distribution intègre nécessairement le distributeur dans le réseau de vente du fabricant ou fournisseur.

Le contrat de distribution peut être général ou exclusif. Dans le premier cas, le distributeur peut offrir plusieurs gammes de produits ; il peut même proposer des produits concurrents fournis par différents fournisseurs. De son côté, le fournisseur pourra avoir plusieurs distributeurs sur le même territoire. L'accord de concession exclusive quant à lui fait bénéficier le distributeur d'un droit exclusif de vendre les produits du fournisseur sur un territoire donné, le fournisseur s'engageant à ne pas approvisionner d'autres distributeurs dans la zone concédée. Le distributeur peut être autorisé à vendre toute une gamme d'autres produits ; on trouve en fait divers types d'accords de distribution avec clause d'exclusivité.

En matière de contrats de franchise en revanche, il est le plus souvent prévu que le franchisé ne pourra distribuer que les produits du franchiseur. La relation acheteur/vendeur peut exister dans un rapport de franchise, mais en ce cas ce sera seulement un élément de l'accord, lequel inclura aussi la licence de la marque du franchiseur, le droit d'utiliser le système mis au point par le franchiseur et la fourniture de certains services au franchisé de la part du franchiseur, telles que la communication par le franchiseur au franchisé de son expérience et savoir-faire et la fourniture continue d'une assistance commerciale ou technique.

c) Contrats de licence

Une licence peut être définie comme un accord par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle (le concédant) concède à une autre personne (le licencié) le droit d'exploiter ses brevets, son savoir-faire, ses marques et/ou autres droits de propriété intellectuelle pour la fabrication et/ou la distribution d'un produit. Ceci fait clairement partie de l'accord de franchise qui, cependant, a aussi d'autres éléments caractéristiques. Relevons que si les accords de licence peuvent présenter des différences selon le droit de propriété intellectuelle qui en est l'objet, des traits communs existent.

Les contrats de licence peuvent être exclusifs ou non. Dans le cadre d'une licence non exclusive, le bénéficiaire de la licence est autorisé à utiliser ou exploiter une invention, le savoir-faire ou les marques, mais sans exclusivité : le propriétaire de ces droits pourra les exploiter lui-même ou concéder à d'autres ce droit d'exploitation. En matière de licence exclusive en revanche, le propriétaire des droits concédés s'engage à ne pas concéder d'autres licences pour ces droits ; il peut aussi s'engager à ne pas les exploiter lui-même. Une licence exclusive peut-être concédée pour un territoire donné, un pays par exemple, ou être plus générale.

En résumé, la différence entre un accord de licence et un accord de franchise réside en ce que, dans le premier cas, le titulaire de droits de propriété intellectuelle peut contrôler l'usage et l'exploitation des droits qu'il a concédés au bénéficiaire de la licence sans pour autant avoir un quelconque contrôle sur la structure commerciale ou la façon dont ce bénéficiaire mène ses affaires, alors que le franchiseur peut exercer un contrôle approfondi sur l'exploitation ou la conduite de l'unité franchisée.

d) Contrats de transfert de technologies

Les contrats de transfert de technologies sont une forme de contrats de licence par lequel le bénéficiaire du transfert se voit concéder le droit d'établir une unité de fabrication pour produire un produit selon la technologie mise au point par l'inventeur du procédé. De même ici, le concédant ne retient pas de contrôle sur la façon dont le bénéficiaire du transfert de technologie conduit son entreprise. Malgré cette importante différence et les autres caractéristiques de la franchise, les réglementations relatives aux transferts de technologies ont souvent une formulation tellement large qu'elles sont susceptibles de s'appliquer au franchisage.

III. MÉTHODES DE FRANCHISAGE INTERNATIONAL

Il existe deux principaux moyens pour créer une franchise internationale : soit par le biais d'une franchise directe¹⁴, soit par le biais d'un accord de franchise principale¹⁵.

¹⁴ Voir la section sur la « Franchise directe » *infra*.

¹⁵ Pour un description générale d'un accord de franchise principal, voir page 2.

Les méthodes traditionnellement utilisées par les franchiseurs pour étendre internationalement leur réseau peuvent cependant parfois apparaître inappropriées et le choix d'autres méthodes de distribution se révélera alors mieux adapté. Parmi ces autres méthodes, l'on trouve les contrats de licence réduits (« *bare bones license* »), les contrats simplifiés de franchise principale et des contrats hybrides de franchise/licence.

Le contrat de licence réduit est, schématiquement, un contrat limité par lequel le franchiseur accorde à une personne, franchisee et bénéficiaire d'une licence, le droit (exclusif ou non) d'exploiter la franchise et, dans certaines circonstances, les marques, dans un pays étranger. En dehors de la formation initiale qu'il devra fournir au franchisee/cessionnaire, le franchiseur n'aura pas l'obligation de fournir une formation ou une assistance additionnelle au franchisee et sera à tous les effets dégagé de toute autre obligation.

Dans un contrat simplifié de franchise principale, bon nombre des obligations caractéristiques imposées au franchisee principal et des droits dont bénéficie le franchiseur dans le cadre d'un contrat normal de franchise principale sont exclus.

Le contrat hybride de « franchise/licence » prendra en général la forme d'un contrat classique de licence de brevet, de marque ou de savoir-faire stipulant que le franchisee/licencié devra distribuer les produits suivant la méthode mise au point par le fabricant/franchiseur/concédant.

En matière de franchisage international, on a parfois recours à une *joint-venture*, souvent afin de résoudre des problèmes de financement mais aussi parfois afin de s'assurer que le franchiseur partagera les risques. On concilie alors *joint-venture* et contrat de développement ou de franchise principale. Dans de tels cas, le procédé est généralement le suivant : le franchiseur et un partenaire local créent une *joint-venture* généralement sous la forme d'une société mais qui peut prendre la forme d'un partenariat ou d'un *trust*. Cette *joint-venture* va devenir partie soit à un contrat de franchise principale en tant que franchisee principale à la suite duquel elle agira comme un franchisee principal classique, ouvrant des unités franchisees et concédant à des sous-franchisee le droit d'ouvrir des unités franchisees, soit à un contrat de développement passé avec le franchiseur, auquel cas elle agira comme un « développeur ».

L'un des principaux avantages d'une *joint-venture* est la contribution financière du franchiseur, particulièrement utile pour l'implantation d'un réseau dans un pays où toutes les conditions sont réunies pour que la franchise puisse se développer (petits commerces ou épargnants

susceptibles d'investir dans une unité sous-franchisée par exemple) mais où les fonds disponibles sont limités.

Quelle que soit la méthode choisie pour développer son système de franchise, franchise directe ou accord de franchise principale, avec ou sans *joint-venture*, le franchiseur devra décider si c'est la société mère, une filiale ou une succursale qui assumera directement l'activité de franchiseur. Rappelons qu'une filiale est une entité juridique distincte, à l'inverse de la succursale. Le choix du franchiseur sera le plus souvent lié à des considérations fiscales comme de politique générale ; quel que soit ce choix, filiale ou succursale, ce sera cette entité qui sera le franchiseur et qui concédera donc le droit d'entrer dans le réseau franchisé.

Franchise directe

La franchise directe concerne tant le franchisage par unités que le franchisage par contrats de développement.

1) *Franchisage par unités*

Dans le cadre d'une franchise classique, c'est le franchiseur lui-même qui accorde à chaque franchisé le droit d'exploiter sa franchise dans le pays étranger concerné. Il existe ainsi un contrat international auquel sont parties le franchiseur et le franchisé. Cette forme de franchise n'est pas fréquemment utilisée en matière internationale, à moins que les pays de chacune des parties soient proches l'un de l'autre tant géographiquement que culturellement. Dans la plupart des cas où cette solution est choisie, la franchise concerne une activité impliquant d'importants investissements et/ou apports financiers, comme dans le cas des franchises d'hôtellerie par exemple.

2) *Contrats de développement*

Le bénéficiaire d'un contrat de développement se voit concéder le droit d'ouvrir plusieurs unités franchisées sur un territoire donné et selon un plan fixé à l'avance. Le franchiseur et son contractant peuvent conclure un contrat de franchise pour chaque unité qui sera ouverte, auquel cas le franchiseur et le « développeur » seront liés à la fois par un contrat cadre de développement et par un certain nombre de contrats par unité de franchise. Il peut aussi être décidé que le contrat de développement couvre à la fois le contrat-cadre et chaque contrat de franchise. Dans le cadre de ces contrats simples de franchise, le contractant du franchiseur n'est qu'un franchisé classique, avec les

mêmes droits et obligations que tout autre franchisé. Les contrats de développement qui, jusqu'à récemment, n'étaient pas très utilisés dans le franchisage international, se rencontrent de plus en plus fréquemment lorsque les pays sont géographiquement éloignés du pays du franchiseur. Dans un contexte international, cette forme de contrat présente des problèmes spécifiques (comme par exemple la nécessité de disposer de fonds substantiels pour pouvoir créer le réseau), qu'on ne rencontrerait pas nécessairement dans un contexte national. En effet, pour pouvoir ouvrir plusieurs unités franchisées selon un certain plan, le « développeur » doit disposer de moyens financiers considérables. Si l'accord se révèle non satisfaisant, il en coûtera énormément au franchiseur ou à un nouveau « développeur » potentiel, pour reprendre le réseau. Des calendriers de développement peu réalistes sont aussi susceptibles de poser des problèmes, quoiqu'il ne s'agisse pas là d'une difficulté propre au franchisage international ou aux contrats de développement.

IV. CONTRATS DE REPRÉSENTATION TERRITORIALE

Bien que les contrats de représentation territoriale soient des instruments parfois utilisés dans le franchisage international, et qu'ils soient parfois présentés comme des contrats de franchise principale ou des contrats de développement, il convient de souligner que ces types de contrats ne sont pas des contrats de franchise ; ils pourraient plutôt être comparés à des contrats d'agence ou de représentation commerciale. Dans le cadre d'accords de ce type, le franchiseur accordera habituellement à un tiers agissant pour le compte du franchiseur, le représentant territorial, sur un territoire exclusif, le droit de solliciter de nouveaux franchisés potentiels, comme de fournir certains services spécifiques aux franchisés déjà établis. Ces services seront en général rendus tant au moment de l'établissement des unités franchisées que durant leur exploitation.

Les accords de représentation territoriale sont parfois considérés comme une variante de la franchise principale, le franchiseur en tirant les mêmes profits tout en évitant certains des problèmes qui peuvent se rencontrer en matière de franchise principale, comme par exemple le fait de devoir abandonner le contrôle de sa franchise et de ses marques au franchisé principal et les difficultés susceptibles d'être rencontrées à la fin du contrat. Il convient toutefois de noter que le franchiseur ne devra pas avoir les mêmes attentes de la part d'un représentant territorial que de celle

d'un franchisé principal, dans la mesure où chacun occupe une place différente en termes de clientèle et d'investissements. Plutôt que d'être considérés comme une alternative à la franchise principale, les accords de représentation territoriale seront plutôt associés à une franchise classique, le franchiseur et non le représentant territorial étant en relation contractuelle directe avec les franchisés. Le représentant territorial se limite à présélectionner des franchisés potentiels et à les recommander au franchiseur. Il pourra aussi assumer partiellement les fonctions du franchiseur, comme celles, par exemple de formation et de contrôle de la façon dont les franchisés respectent les marques et le système du franchiseur ; en toute hypothèse, il agira dans ce cas seulement en tant que représentant du franchiseur.

B. IMPLANTATION À L'ÉTRANGER : CHOIX ET NÉGOCIATION DE LA FORMULE LA PLUS APPROPRIÉE

I. FACTEURS À CONSIDÉRER LORS DU CHOIX DE LA FORMULE LA PLUS APPROPRIÉE

Une entreprise qui envisage une expansion internationale devra déterminer quelle sera la formule commerciale la mieux adaptée au type d'activité qu'elle entend exploiter et aux objectifs qu'elle souhaite atteindre. De son côté, le partenaire potentiel de l'entreprise au niveau local doit évaluer quelle sorte d'activité il sera susceptible d'implanter et quel type de relations il souhaite entretenir avec son partenaire étranger. Un certain nombre de facteurs vont ici entrer en ligne de compte, certains objectifs, d'autres subjectifs.

a) Facteurs objectifs

Les facteurs objectifs devant être pris en compte sont liés au marché, aux aspects culturels et à l'environnement juridique.

1) Marché

Le marché où l'entreprise souhaite implanter son système est un élément fondamental dans la détermination du choix de la formule qui sera utilisée. Il faut ainsi tenir compte du type d'économie du pays d'accueil, de son inflation et de ses taux d'intérêts, de la facilité avec laquelle le partenaire local peut obtenir des financements pour ses

investissements, du rôle éventuel des banques ou des organismes financiers dans la négociation du contrat de franchise ou durant l'exploitation de la franchise, de la disponibilité de sources alternatives du savoir-faire et des marques connues qui peuvent rendre le système du franchiseur un « produit » moins unique et enfin de l'attitude générale des autorités locales.

Dans un contexte international, le franchiseur pourra avoir à s'en remettre à son partenaire local pour une évaluation du marché local et du potentiel de développement de sa franchise sur ce marché.

2) *Aspects culturels*

Certains facteurs culturels doivent être envisagés lors de l'appréciation des formules commerciales envisageables. Par exemple, s'il n'existe pas de tradition entrepreneuriale dans le pays d'accueil, la formule la plus appropriée pourrait être celle permettant à l'entreprise étrangère d'exercer un contrôle approfondi sur l'exploitation de son système comme de pouvoir s'assurer que les exploitants locaux sont convenablement formés et efficaces.

Les aspects culturels sont surtout à prendre en considération au moment où il est décidé d'entrer sur un marché ; savoir si tel produit ou service, telle marque ou enseigne, tel type d'exploitation ont des chances de succès dans un pays dépendra en effet souvent de la tradition locale, des coutumes religieuses et du droit local.

3) *Environnement juridique*

L'environnement juridique du pays d'accueil a une importance considérable lorsqu'il s'agit de déterminer la formule la mieux adaptée. Pour que la franchise puisse fonctionner, il faut qu'il existe une législation relative aux contrats commerciaux, un droit des sociétés adapté, une législation propre à la propriété intellectuelle et la possibilité de mettre efficacement en œuvre les droits garantis par cette législation.

Si l'existence de législations particulières est une condition préalable et nécessaire pour permettre à la franchise de fonctionner effectivement, d'autres facteurs permettront également de déterminer si le choix de la franchise est adapté ou non. Il s'agit par exemple de l'existence d'une obligation d'enregistrement, du besoin de soumettre le contrat à l'approbation d'une autorité gouvernementale, d'une réglementation restrictive en matière de contrôle des changes, de

quotas aux importations et/ou aux exportations, des réglementations fiscales, notamment l'existence de conventions de non double imposition.

b) Facteurs subjectifs

Il conviendra également de prendre en compte des facteurs subjectifs tels que la nature de l'activité, la situation économique et l'expérience des parties, l'allocation des responsabilités et la répartition des revenus, ainsi que le degré du contrôle qu'on entend exercer sur les partenaires locaux.

1) Nature de l'activité

La nature de l'activité est fondamentale dans la détermination de la formule la plus appropriée. Ce qui est souhaitable ne peut être déterminé qu'au cas par cas.

Pour déterminer si la franchise est la formule la mieux adaptée, un certain nombre de facteurs subjectifs doivent être envisagés et évalués. Tout d'abord, le concept commercial doit offrir une originalité certaine, tant en termes de reconnaissance du public que sur le plan du système et des méthodes mises en œuvre ; en outre, il doit être susceptible d'être transmis avec succès. Enfin, il faut que l'exploitation d'une unité franchisée génère suffisamment de profits pour que le franchisé obtienne un juste retour sur investissement, en tire un revenu convenable et puisse verser au franchiseur des redevances raisonnables en contrepartie des services que celui-ci lui fournit. Le revenu que le franchiseur tirera de sa franchise doit de son côté être suffisant pour couvrir ses frais et générer un profit raisonnable.

2) Circonstances économiques influant sur le choix de la formule

La nature de la franchise principale fait que la plus grosse part de l'investissement dans le pays d'accueil est fournie par le franchisé principal, celui chargé du développement ou le franchisé, selon le type de franchise choisi. Cela ne signifie pas cependant que le franchiseur ne fera pas lui aussi un important investissement financier : il faudra assurer une formation, établir une structure efficace pour fournir services et assistance aux franchisés principaux et aux franchisés, engager du personnel qualifié pour assister sur place les franchisés principaux ou franchisés étrangers, payer les dépenses liées au dépôt ou à l'enregistrement des droits de propriété intellectuelle. Il est clair

que chaque technique d'exploitation d'une activité a son coût. Les parties devront ainsi procéder à une évaluation afin de déterminer quelle technique présente le meilleur rapport coût/efficacité.

3) *Expérience des parties*

L'expérience des parties est importante de plusieurs points de vue. Si l'on se place tout d'abord du côté de la maison-mère, il convient de relever qu'il existe une considérable différence entre le fait de diriger une chaîne de magasins dont on est propriétaire à 100% et diriger un réseau d'unités franchisées sur le fondement d'un accord de franchise principale. Si le franchiseur potentiel n'a aucune expérience en matière de franchise, il sera sans doute bien avisé de procéder de manière progressive, commençant par ouvrir ses propres unités pilotes avant de se lancer dans la franchise internationale. Par ailleurs, le franchisage international dans le cadre d'un accord de franchise principale est différent du franchisage dans le cadre d'un contrat de développement ou d'un contrat de franchise par unités. Si un franchiseur n'a aucune expérience de la franchise principale, il est souhaitable qu'il acquiert une première expérience dans son propre pays avant de se lancer dans un accord de franchise principale à l'étranger.

Il est moins important pour le franchisé principal potentiel que pour le franchiseur d'avoir déjà fait l'expérience de la franchise. Il sera néanmoins important que le franchisé principal ou le « développeur » pressenti ait une certaine expérience des affaires, de la conduite de réseaux d'entreprises, surtout quand ils sont aussi larges que ceux existant en matière de franchise principale ou de contrats de développement, qui nécessitent compétences et connaissances professionnelles.

Tout contrat commercial est le reflet de la puissance de négociation de chaque partie. Ce que chaque partie obtiendra de l'autre dépendra ainsi dans une large mesure de sa capacité à négocier et de ce qu'elle pourra faire valoir dans le cadre de la négociation. Il pourra s'agir de qualités personnelles comme par exemple les connaissances et l'expérience qu'a un franchisé principal potentiel dans le domaine de la négociation et de la mise en œuvre de transactions internationales, ou pour résoudre les problèmes économiques et juridiques.

4) *Partage des responsabilités et des revenus*

Le partage des responsabilités entre les parties différera selon la formule choisie pour exercer l'activité. Dans le domaine du

franchisage, ce partage dépendra de la méthode de franchisage adoptée. Il est de la nature de la franchise principale que la responsabilité du franchisé principal soit considérable : c'est lui qui sera responsable du développement du réseau, de la fourniture d'une formation et d'une assistance aux sous-franchisés, du contrôle du respect des droits de propriété intellectuelle du franchiseur. Dans le cas d'un contrat de franchise par unités, la responsabilité du franchisé sera nettement moindre : il n'aura ni la responsabilité d'un réseau, ni celle de faire respecter les droits de propriété intellectuelle du franchiseur. Tout au plus, il lui sera demandé d'alerter le franchiseur de toute atteinte qu'il pourrait constater à l'un de ces droits. Dans le même esprit, la responsabilité d'un agent est différente de celle d'un distributeur, elle-même différente de celle du bénéficiaire d'une licence.

Les différentes responsabilités qui incomberont aux parties seront reflétées dans les revenus dont chacune d'elle bénéficiera. Plus une partie a de responsabilités, plus ses revenus seront importants. Dans le cadre de la franchise principale, le franchisé principal doit avoir des revenus suffisants pour pouvoir remplir ses obligations tout en tirant profit. Le franchiseur doit de son côté conserver un revenu suffisant pour lui permettre de tenir le rôle essentiel qu'il joue dans la relation. Le choix de la formule reflétera donc les décisions prises quant à l'allocation des responsabilités et la répartition des profits.

5) *Le contrôle exercé*

Pour déterminer la formule la plus adaptée à une situation donnée, il faut aussi tenir compte du degré de contrôle exercé par l'opérateur étranger sur son partenaire local. En matière de franchisage, ce contrôle sera plus important que dans le cadre d'une licence ou d'un autre type d'accord de distribution ; en outre, il variera selon le mode de franchisage choisi. Plus l'engagement du franchiseur est important, plus le contrôle qu'il voudra exercer sera rigoureux. Le contrôle exercé par le franchiseur dans le cadre d'accords de franchise principale sera moindre dans la mesure où c'est dans ce type d'accords que son contrôle, bien qu'existant, sera le plus faible. Ce que chacune des parties est en mesure d'accepter dépendra d'un certain nombre de facteurs, dont certains subjectifs comme leur personnalité. Par exemple, une personne de nature indépendante peut ne pas accepter d'être soumise à un contrôle rigoureux, là où en outre elle se révèle plus

efficace lorsqu'on lui laisse prendre des initiatives. Un équilibre doit donc être trouvé, satisfaisant les intérêts de chaque partie.

6) Le facteur risque

Le facteur risque est inhérent à toute activité commerciale et tenter de l'évaluer dans le cadre d'une transaction donnée revient à tenter de définir l'incertain. L'une des raisons du succès du franchisage est que les statistiques sur les franchises par unité exploitées au niveau national laissent apparaître un taux d'échec largement inférieur à celui d'autres formules commerciales plus traditionnelles. L'aléa commercial apparaît donc considérablement réduit. Il faut cependant souligner que si cela est vrai pour des réseaux de franchise d'une certaine ancienneté en plein développement, dans lesquels la formule a fait ses preuves, la situation est différente s'agissant de réseaux plus jeunes, où les risques semblent mêmes plus importants que pour d'autres formules commerciales. Il faut donc être vigilant dans le choix de la franchise que l'on souhaite exploiter, en particulier s'il s'agit d'un réseau international.

Pour les réseaux plus anciens, les franchiseurs courent un risque réduit dans la mesure où ce n'est pas avec leur capital qu'est développé le réseau, mais avec celui des franchisés. Pour les franchisés, les risques sont réduits dans la mesure où ils investissent dans un concept rodé, qui a fait ses preuves et qui est connu des consommateurs. Un partage des risques entre le franchiseur et le franchisé principal, lequel est dans la plupart des cas le mieux placé pour évaluer le risque dans le pays d'accueil, est souvent prévu dans le contrat ou dans les accords conclus.

La plupart des risques à prendre en considération ne sont pas propres au franchisage ; toutefois, certains revêtissent une particulière importance en la matière. S'il est vrai que les risques sont réduits dans la mesure où le franchisé utilise une méthode qui a été testée et fait ses preuves, il est aussi vrai que si le franchiseur exige que l'on suive ses prescriptions de façon trop stricte, cela risque d'empêcher le franchisé d'introduire au système des modifications qui sont essentielles pour que la franchise rencontre le succès dans le pays d'accueil, ou de retarder l'introduction de modifications que l'évolution des circonstances a rendu nécessaires. Certaines stipulations du contrat de franchise, comme celles relatives à l'approvisionnement exclusif, doivent être comprises dans les facteurs de risques en ce que l'avantage

qu'elles peuvent offrir à l'origine de la relation (telle qu'une garantie d'approvisionnement), peut se transformer en un inconvénient pour le franchisé qui se voit par la suite dans l'impossibilité de se fournir auprès d'une autre personne que le franchiseur, même si ce qu'elle offre est plus adapté.

i) *Risques que le franchiseur doit prendre en compte*

Afin de limiter toute incertitude, le franchiseur devra évaluer tous les facteurs pouvant représenter un risque potentiel. Dans le cadre de la franchise internationale, ces risques peuvent être groupés dans deux catégories principales : les risques extérieurs et les risques internes.

α) Risques extérieurs

Parmi les exemples de facteurs de risques extérieurs figurent la situation politique du pays d'accueil, les développements économiques attendus, l'éventualité d'un embargo et d'une éventuelle insuffisance qualitative ou quantitative de matières premières. La plupart de ces facteurs extérieurs échappent au contrôle du franchiseur ; le risque qu'ils se produisent peut toutefois être réduit en réunissant le plus d'informations possibles et en s'assurant que les informations obtenues sont fiables.

β) Risques internes

Parmi les risques internes figurent l'organisation du système national de franchise du franchiseur et les ressources humaines et financières dont il dispose. Si, par exemple, le franchiseur ne dispose pas d'un bureau ou d'une structure capable d'assurer l'administration, la formation et le contrôle requis dans le cadre d'un accord de franchise principale, à même de s'adapter aux besoins du ou des pays d'accueil, le franchiseur devra engager des investissements supplémentaires pour mettre en place un tel bureau ou une telle structure. Le risque que court le franchiseur, en ne prévoyant pas la nécessité d'une telle organisation, est d'avoir à engager dans ses activités internationales des investissements humains et financiers très importants, risquant de nuire à la

franchise nationale du franchiseur, voire de compromettre ses activités internationales.

ii) *Risques que le franchisé principal doit prendre en compte*

Les risques que le franchisé principal doit prendre en compte sont dans une large mesure le reflet de ceux que doit envisager le franchiseur. Ainsi, ce n'est pas seulement le franchiseur qui doit tenir compte du climat politique du pays d'accueil, mais également le franchisé principal. Il le doit d'autant plus qu'il court le risque d'avoir à payer des pénalités s'il ne respecte pas le plan de développement contractuel. Si un embargo commercial empêche l'importation des matières premières nécessaires à la franchise, le franchisé principal devra soit trouver une alternative d'approvisionnement, soit se résigner à se retrouver avec un réseau de franchisés incapables de fournir des produits ou services conformes aux standards de la franchise, que ce soit en termes de quantité ou de qualité. Dans un tel cas, le franchisé principal risquera d'être l'objet de critiques tant de la part du franchiseur qui considérera qu'il ne respecte pas ses obligations, que de la part des sous-franchisés qui ne pourront fournir à leurs clients des produits ou services ayant la qualité qu'ils en attendent.

II. *SÉLECTION D'UN FRANCHISÉ PRINCIPAL*

La sélection d'un franchisé principal compétent est déterminante dans le cadre d'un accord de franchise principale. La relation née du contrat de franchise principale est faite pour durer. Elle implique un investissement important, souvent même plus important que prévu, tant de la part du franchiseur que du franchisé principal ; il serait donc à la fois difficile et coûteux de remédier aux erreurs résultant de l'incompétence du franchisé principal. Le choix d'un mauvais partenaire risque donc d'avoir un effet désastreux tant du point de vue financier que sur la réputation du réseau franchisé, de la perte des investissements faits et du discrédit du réseau franchisé en résultant.

Les qualités que doit réunir un franchisé principal compétent incluent le sens de l'initiative (sans cependant que son « indépendance » le conduise à quitter le réseau), la compétence en matière de gestion, la capacité de reconnaître les qualités humaines et de motiver ; il doit en

outre faire preuve d'un engagement envers le système franchisé et, plus généralement, d'une volonté de promouvoir le réseau et jouir d'une certaine solvabilité. L'expérience des affaires et une bonne connaissance générale des conditions, coutumes et règles locales sont aussi des atouts importants pour un franchisé principal.

III. SÉLECTION D'UNE FRANCHISE PAR LE FRANCHISÉ PRINCIPAL

La sélection d'un bon franchiseur est primordiale pour les franchisés principaux : un franchisé principal doit être en mesure d'évaluer la solvabilité du franchiseur, sa compétence et l'aide qu'il est disposé à apporter. Si le franchiseur ne fournit ni la formation, ni l'assistance que le franchisé principal peut en attendre, ou s'il ne remplit pas certaines de ses obligations, tel par exemple l'enregistrement de ses droits de propriété intellectuelle auprès des autorités compétentes, ou s'il n'est pas solvable et fait faillite, le franchisé principal risque de perdre la totalité de son investissement. L'expérience du franchiseur en matière de commerce international en général et de franchisage international en particulier, comme d'ailleurs en matière de franchise principale plutôt qu'en matière d'autres formes de franchise, sont aussi des considérations importantes.

Afin d'être en mesure d'apprécier correctement la valeur du système franchisé, la solvabilité du franchiseur, la façon dont ce franchiseur se comporte avec les membres de son réseau et leur fournit l'assistance nécessaire, il importe que le franchisé principal vérifie soigneusement les informations qu'il a reçues sur le franchiseur et sur son passé. A cet égard, des contacts avec d'autres franchisés principaux et franchisés facilitent un échange de vues essentiel en ce qui a trait à leur expérience avec le franchiseur. Des négligences trop fréquentes sur ce point ont conduit à des erreurs s'étant traduites en une perte des investissements réalisés.

La prise en compte de facteurs internes est également importante pour le franchisé principal ; par exemple, une mauvaise évaluation des capacités de son personnel peut générer des problèmes pour le suivi du réseau. Il est essentiel que le franchisé principal procède à une évaluation approfondie et la plus exacte possible des moyens à sa disposition, de l'efficacité avec laquelle il sera en mesure de les utiliser et des implications financières en jeu.

IV. NÉGOCIATION DE CONTRATS INTERNATIONAUX

Les contrats de franchise par unité sont parfois considérés comme des contrats d'adhésion dans la mesure où les franchiseurs utilisent des contrats standards pour tous leurs réseaux. La situation est différente en matière de franchise principale dans la mesure où les contrats font l'objet d'importantes négociations. Cela n'est pas surprenant si l'on considère que l'objet de la franchise principale est la concession de droits d'exploitation de la franchise sur des territoires étendus, comme un, voire même plusieurs, pays. A moins que les pays du franchiseur et du franchisé principal ne soient géographiquement et culturellement proches, les différences nationales existant du point de vue de la langue, de la culture, des traditions, de la religion, du droit, du développement économique et social seront telles que des adaptations du système franchisé s'imposeront pour permettre le succès de la franchise dans le pays du franchisé principal. Il est peu probable qu'un contrat standard établi pour un pays donné soit adapté à un autre pays. L'importance de la négociation permettant un accord sur les modifications nécessaires est ainsi accrue dans le cadre du contrat de franchise principale, ainsi que dans le cadre de tout autre contrat faisant partie d'un accord de franchise principale internationale.

Les négociations entre le franchiseur et le franchisé principal sont également importantes afin de prévoir les développements futurs du système franchisé. Les éventuelles modifications du système devront dans la plus large mesure possible être envisagées dès le début, de même que la façon dont ces modifications pourront être introduites.

L'échange d'informations est de la plus grande importance dans l'établissement d'un rapport de confiance entre les parties et la création d'une relation mutuellement enrichissante. En matière de franchise, l'information pré-contractuelle est particulièrement importante. Cela implique que le franchiseur donne au franchisé potentiel toutes les informations permettant à ce dernier d'apprécier correctement le système de franchise dans lequel il envisage d'entrer. Cette obligation d'information est intimement liée à l'obligation de bonne foi et de loyauté. Une telle obligation est réglementée dans un certain nombre de pays, de façon plus ou moins approfondie¹⁶, alors que dans d'autres elle est

¹⁶ Cf. l'annexe 3 « Lois et réglementations applicables au franchisage ».

implicite. S'il est généralement considéré que le devoir d'information incombe au franchiseur, il est néanmoins important que le franchisé principal ou, dans le cadre d'une franchise classique, le franchisé, satisfasse les demandes du franchiseur afin que celui-ci puisse l'évaluer. L'information doit donc être réciproque. En outre, la relation des parties sera meilleure si celles-ci se tiennent régulièrement informées de l'évolution de leur situation.

La question de savoir si l'information pré-contractuelle est aussi importante en matière de franchise principale qu'en matière de sous-franchise ou de franchise par unité est controversée. Souvent, le franchisé principal est ou appartient à une entité économique plus importante que le franchiseur lui-même ; dans tous les cas, il aura une expérience commerciale considérable. On peut dès lors présumer que le franchisé principal potentiel aura pris toutes les mesures nécessaires et tous les renseignements utiles sur le franchiseur avec la diligence requise dans des transactions commerciales ordinaires. Il n'en reste pas moins qu'il est normal que dans le cadre de négociations, le franchiseur réponde à toutes les questions que peut lui poser le franchisé principal et donne les informations requises. Rappelons à cet égard que le franchiseur peut y être obligé par une loi dans le pays concerné applicable à la matière et, le cas échéant, à la franchise principale.

V. RÉDACTION DE CONTRATS INTERNATIONAUX DE FRANCHISE

La relation de franchise principale est souvent régie par un certain nombre de documents venant s'ajouter au contrat de franchise principale. Il peut s'agir d'un manuel à destination du franchisé principal, de manuels d'instructions que le franchisé principal devra remettre à ses sous-franchisés, de rapports et registres à remettre au sous-franchisé, de lignes directrices en matière de publicité, de contrats séparés relatifs à la licence d'exploitation de droits de propriété intellectuelle ou de toutes autres licences¹⁷. Dans certains pays, ces différentes questions seront réglées dans le cadre du contrat de franchise principale, alors que dans d'autres, elles feront l'objet d'un ou plusieurs contrats séparés. Dans certains droits

¹⁷ Sur certains contrats annexes, voir chapitre 19 « Documents annexes ».

nationaux, des règles impératives exigent que les obligations de chacune des parties figurent expressément dans le contrat et soient paraphées par chacune des parties. Dans un tel cas, il n'est pas possible de se référer à des documents annexes qui n'auraient pas été paraphés. La technique adoptée va en fait dans une large mesure dépendre de la méthode de rédaction traditionnellement utilisée dans le ou les pays concernés¹⁸.

Une question d'importance qui va se poser dans le cas des contrats de franchise internationaux comme pour tout contrat international, est celle de la langue et du style qui vont être utilisés pour la rédaction du contrat¹⁹. Il est en effet fréquent que les franchiseurs hésitent à accepter que leurs contrats diffèrent selon le pays dans lequel ils opèrent. Les franchiseurs vont en effet souvent préférer utiliser ce à quoi ils sont familiers, qu'il s'agisse de la langue du contrat, de sa forme ou de la loi y applicable²⁰. Cela se justifie par le fait que les franchiseurs internationaux, en général présents dans un certain nombre de pays, seraient contraints de rédiger leurs contrats en autant de langues et styles. Cela rendrait difficile au franchiseur et à ses conseils l'exercice d'un contrôle sur ses activités. Malheureusement, les franchiseurs ne réalisent pas toujours les problèmes qu'ils risquent de rencontrer s'ils insistent pour que soient employées leurs propres loi, langue et forme de contrat. De simples considérations pratiques devraient plaider en faveur de contrats établis dans le style et la langue du pays dans lequel ils doivent être exécutés, puisque c'est dans ce pays que des litiges sont plus vraisemblablement susceptibles de survenir et d'être réglés.

Une possibilité serait de traiter différemment le contrat de franchise principale et les contrats de sous-franchise. Dans une telle hypothèse, le contrat de franchise principale respectera ce que le franchiseur considère comme essentiel en matières de langue, loi applicable et technique de rédaction, alors que les contrats de sous-franchise, qui après tout concernent le franchisé principal et les sous-franchisés, respecteront les exigences locales. Une autre possibilité est que le franchiseur s'occupe de la rédaction initiale du contrat de sous-franchise et le soumette ensuite à

¹⁸ Voir chapitre 19 *cit.*

¹⁹ Voir sections a) « Langue du contrat et des documents annexes » et b) « Techniques de rédaction » *infra*.

²⁰ La question de la loi applicable au contrat est examinée de façon plus approfondie au chapitre 17 « Loi applicable et résolution des litiges ».

un juriste local afin que celui-ci s'assure que ce contrat respecte les exigences du pays concerné. Soulignons qu'il n'existe pas de solution type, la situation devant être appréciée pour chaque pays avec l'aide d'un conseil local.

a) Langue du contrat et des documents annexes

Dans la plupart des relations de franchise principale internationale, la langue du pays du franchiseur est différente de celle du pays du franchisé principal et des sous-franchisés. La langue qui sera utilisée pour la rédaction du contrat comme pour ses documents annexes est ainsi une question cruciale et souvent sensible.

Dans un certain nombre de pays, la loi requiert, sous peine de nullité, qu'un contrat soit rédigé dans la langue locale. A tout le moins faut-il, lorsque le contrat original est rédigé dans la langue du franchiseur, y annexer sa traduction dans la langue du pays concerné. Cela est particulièrement important dans les pays où le contrat doit être déposé auprès des autorités locales, ce qui peut être impossible si le contrat n'est pas rédigé dans la langue locale. Dans un tel cas, les parties peuvent prévoir contractuellement quelle version prédominera en cas de litige sur l'interprétation des termes du contrat. Il faut cependant garder à l'esprit que les tribunaux du pays du franchisé principal peuvent ne pas être aptes, ou autorisés, à tenir compte de la version étrangère pour trancher un éventuel différend.

Il peut sembler normal ou naturel que le franchisé principal, ou les dirigeants du franchisé principal si ce dernier est une société, comprennent la langue du franchiseur, en particulier s'il s'agit d'une des langues couramment utilisées en matière de relations commerciales internationales. Cela n'est cependant pas toujours le cas, bien que de plus en plus les franchiseurs exigent, pour faciliter les relations, que l'autre partie connaisse leur langue. Même dans le cas où le franchisé principal ou ses dirigeants connaissent la langue du franchiseur, on peut ne pas considérer qu'ils vont comprendre l'intégralité de ce qui est écrit dans un manuel très précis, ou qu'il ne va pas y avoir de malentendus. Il relève de la loyauté commerciale que tous les documents, y compris les manuels, soient également rédigés dans la langue de franchisé principal, afin d'éviter tout malentendu ou allégation de tromperie. La responsa-

bilité de la traduction variera selon les cas ; souvent, il sera demandé au franchisé principal de s'occuper de la traduction à ses frais et de la soumettre ensuite au franchiseur. En cas de contradiction entre les deux versions, ce sera en général la version du franchiseur qui prévaudra, à condition qu'elle puisse être reconnue dans le pays du franchisé principal.

S'agissant de la langue dans laquelle devront être rédigés les contrats connexes ou annexes, cela dépendra du pays concerné et du type de contrat. Les contrats relatifs à la licence de droits de propriété intellectuelle par exemple, peuvent devoir être rédigés dans la langue locale dans la mesure où ils seront souvent soumis à enregistrement.

Les manuels n'ont en général pas à être déposés ou enregistrés auprès d'autorités administratives. Les situations peuvent toutefois varier ; il peut en effet exister deux catégories de manuels : l'un destiné au franchisé principal contenant les instructions et informations dont il peut avoir besoin pour agir au lieu ou au nom du franchiseur sur le territoire concédé, l'autre que le franchisé principal remettra aux sous-franchisés contenant les éléments relatifs à l'exploitation d'une unité franchisée. De ces deux catégories de manuels, la seconde est de loin la plus courante. La grande majorité des franchises disposent de manuels destinés aux franchisés ou aux sous-franchisés, mais peu de franchiseurs fournissent des manuels à leurs franchisés principaux.

S'il peut apparaître opportun que le franchiseur remette au franchisé principal un manuel dans la langue de ce dernier, il est en revanche indispensable que le franchiseur et/ou le franchisé principal remettent aux sous-franchisés un manuel dans leur langue. Il ne peut être demandé aux sous-franchisés de connaître suffisamment bien la langue du franchiseur pour pouvoir leur remettre un manuel dans seulement cette langue. De plus, il peut s'avérer nécessaire de modifier le contenu du manuel pour tenir compte de certaines exigences locales. Sur ce point, une étroite collaboration entre le franchiseur et le franchisé principal, qui est habituellement le mieux placé pour déterminer quelles modifications doivent être apportées au manuel pour se conformer aux conditions locales, est essentielle. Il sera préférable que le franchiseur et le franchisé principal règlent les éventuelles questions de droit d'auteur (la propriété

du droit d'auteur sur le manuel modifié) et de coûts (relatifs aux paiements de traduction, de publication ou de copie) dans leur contrat.

Des modifications de l'enseigne, dans les menus, dans l'étiquetage ou la publicité peuvent s'avérer nécessaires dans certains pays du fait des différences de langue ; de même peut-il y avoir lieu à traduire ou à adapter les marques pour les besoins du marché local.

S'agissant de la langue à utiliser, il convient aussi de définir celle qui sera employée pour les notifications ou demandes d'accord devant être faites ou présentées au franchiseur, en matière de publicité ou s'agissant des rapports sur l'activité des sous-franchisés sur le territoire concédé par exemple.

b) Techniques de rédaction

La façon de rédiger un contrat varie selon les systèmes juridiques, parfois même selon les pays d'un même système juridique, chacun ayant des exigences diverses. Ces exigences sont souvent liées à l'historique du système juridique concerné. Ainsi, les systèmes juridiques dérivant ou s'inspirant du droit romain n'ont pas les mêmes exigences que les systèmes juridiques dérivant de la *common law* anglaise. Ces différences se ressentent non seulement dans la façon dont sont rédigées les lois nationales, mais également dans celle dont devront être rédigés les actes juridiques.

On observe communément que dans les pays de *common law*, les contrats sont plus longs et plus détaillés que dans les pays de droit civil, sans qu'il y ait lieu de réfléchir sur les raisons de cette différence. En général, la longueur et le détail des contrats sont à rapprocher de la technique de rédaction législative et de la façon dont les juridictions d'un État vont appréhender les litiges.

1) Systèmes juridiques de droit civil

Un certain nombre de systèmes juridiques sont regroupés sous l'appellation « systèmes juridiques de droit civil ». Ce terme englobe les systèmes dérivant du droit romain, tels les systèmes juridiques français, italien ou espagnol et les systèmes s'étant inspirés d'eux, tels ceux

d'Amérique latine ou d'un certain nombre de pays d'Afrique du nord, les systèmes germaniques, dérivés du droit allemand (Allemagne, Autriche, Suisse) et les systèmes qui s'en inspirent, tels les systèmes juridiques du Japon, et des pays de l'Europe de l'est avant l'avènement du socialisme ou encore des pays scandinaves qui constituent toutefois un groupe à part.

A l'exception des pays scandinaves, une des caractéristiques des systèmes de droit civil est la codification systématique des différentes branches du droit (droit civil, droit commercial, droit pénal). Il en résulte un corps de règles organisées de manière systématique qui réglementent en détail bon nombre de questions que d'autres systèmes laissent à liberté des parties. Un certain nombre de ces règles de droit sont impératives, il ne peut donc y être dérogé, alors que d'autres sont supplétives, les parties pouvant donc décider de s'y conformer ou non.

Un grand nombre de questions étant réglées par la loi, il apparaît moins nécessaire de les évoquer de façon détaillée dans le contrat, sauf pour les parties à considérer qu'il est souhaitable de le faire. Cela peut être le cas lorsque les parties souhaitent exposer de façon précise ce sur quoi porte leur accord dans l'éventualité où un tribunal aurait à analyser leur contrat dans le futur. Ceci peut avoir son importance dans la mesure où certains tribunaux ont le pouvoir d'interpréter les clauses contractuelles et de modifier celles qui leur paraissent abusives. Par ailleurs, certaines dispositions légales ne s'appliquent qu'en l'absence de volonté contraire des parties : si les parties ne les abordent pas de façon précise, ces questions seront réglées par les dispositions légales supplétives. En revanche, les dispositions légales impératives s'appliqueront, quelles que soient les stipulations contractuelles.

2) Systèmes juridiques de common law

Ce qui frappe un juriste ou un avocat d'un pays de droit civil lorsqu'il est confronté à un contrat de *common law*, c'est sa longueur ; la rédaction extrêmement détaillée des clauses n'est pas une habitude des pays de droit civil. Cette abondance de précision est due au fait que les tribunaux interprètent de manière restrictive les normes législatives ; cela a donc conduit à la rédaction de contrats très détaillés afin d'envisager toutes les éventualités possibles.

c) Alternatives de rédaction

Il existe un certain nombre de techniques de rédaction. La plus adaptée dépendra du système juridique du pays dans lequel le contrat sera mis en œuvre. On peut choisir d'utiliser un contrat détaillé tels ceux de *common law*, envisageant toutes les circonstances et éventualités possibles, ou bien, un document écrit se référant à d'autres documents, tels des contrats annexes ou des conditions générales, ou encore un contrat bref renvoyant à la loi applicable. Les deux dernières options peuvent bien sûr être combinées ; il est tout à fait possible en effet d'avoir un contrat renvoyant à la fois à la loi applicable et à des documents annexes.

Ces options sont envisageables tant pour le contrat en son ensemble que pour la rédaction de certaines de ses clauses, telles la clause d'arbitrage qui peut être assez détaillée ou très brève, renvoyant par exemple à un règlement d'arbitrage applicable en cas de litige (par exemple, le règlement CCI).

VI. INTERNATIONALISATION DU SYSTÈME FRANCHISÉ

L'expansion à l'étranger du système franchisé nécessite dans la plupart des cas des modifications préalables, afin de l'adapter aux conditions locales du pays d'accueil envisagé. Le contrat de franchise et ses annexes devront par conséquence également être adaptés par le franchiseur afin de le rendre conforme aux exigences du pays envisagé. Plusieurs facteurs devront à cet égard être pris en compte tels que :

- a) la langue du contrat et des documents annexes²¹ ;
- b) la devise qui sera utilisée : le contrat devra spécifier en quelle devise devront être effectués les paiements ; des clauses particulières pourront devoir être insérées si le pays d'accueil a une politique restrictive en matière de contrôle des changes²² ;
- c) les aspects fiscaux : les sommes réglées au franchiseur, y compris les redevances initiales, les redevances d'exploitation et éventuellement les redevances publicitaires sont classiquement soumises à impôts sur le revenu et font l'objet d'une retenue à la source. Beaucoup de pays ont passé des accords relatifs à la non double imposition qui réduisent, voire éliminent, le versement de telles taxes. Pour que l'imposition soit la moins importante possible,

²¹ Voir la discussion sur la langue du contrat et des documents annexes, *supra* p. 27.

²² Voir chapitre 4, *cit.*

il conviendra de procéder à une analyse approfondie des crédits d'impôts, des traités fiscaux et des sources de revenus du franchiseur²³ ;

- d) les marques : un certain nombre de pays exigent qu'une marque soit effectivement utilisée pour pouvoir être protégée. A cette fin, certains d'entre eux requièrent que toute autorisation d'utiliser une marque de produit ou de service fasse l'objet d'un « contrat d'utilisateur inscrit » (« *registered user agreement* »), enregistré auprès de l'organisme compétent. Par ailleurs, le franchiseur devra envisager l'adaptation de ses marques et enseignes au marché local²⁴ ;
- e) les différences culturelles : beaucoup de systèmes de franchise s'adaptent aux différences de cultures ou de goûts des divers pays en développant des produits, saveurs ou formules spécifiques à chaque pays ;
- f) l'approvisionnement : les accords d'approvisionnement qu'utilise le franchiseur dans son propre pays peuvent ne pas être adaptés à des marchés situés à une distance importante du pays du franchiseur. Le contrat de franchise international devra donc prévoir la façon dont un approvisionnement continu en produits approuvés sera assuré aux franchisés lointains²⁵ ;
- g) les règles de concurrence : des pratiques inhérentes à un grand nombre de systèmes franchisés, tels les accords d'approvisionnement exclusif, les contrats liés, les accords relatifs à la fixation des prix ou à la non-concurrence, vont souvent entrer dans le champ d'application de lois relatives à la concurrence. Il conviendra dès lors de modifier le contrat afin qu'il ne tombe pas sous le coup de ces lois²⁶ ; et
- h) la résolution des litiges : si un contrat de franchise purement interne traite rarement des questions relatives à la loi applicable et à la juridiction compétente, tel n'est pas le cas en matière internationale. Les franchiseurs dont le système est exploité à l'étranger devront choisir avec attention la loi applicable à leurs contrats, comme la juridiction compétente. A cette fin, ils devront tenir compte des éventuels traités ou conventions applicables dont seraient signataires les États des parties²⁷.

²³ Voir chapitre 4, *cit.*

²⁴ Voir chapitre 10 *cit.*

²⁵ Voir chapitre 9 « Fourniture d'équipements, produits et services ».

²⁶ Voir l'annexe 3, *cit.*

²⁷ Voir chapitre 17, *cit.*

VII. ÉVOLUTION DU SYSTÈME FRANCHISÉ

Les contrats de franchise, en particulier de franchise principale, sont présumés, en principe, durer un certain temps. Il sera ainsi nécessaire de procéder à des adaptations et à des modifications du système franchisé pendant la durée du contrat, comme à l'origine pour l'adapter aux conditions locales²⁸.

Dans un système de franchise à trois niveaux, le franchisé principal aura la responsabilité principale de s'assurer que les modifications nécessaires du système sont bien mises en œuvre par les sous-franchisés. Le contrat et le manuel seront en toute probabilité les instruments de base par le biais desquels ces modifications seront faites, dans la mesure où le franchisé principal pourra ne pas être à même d'offrir des contreparties, des aides financières ou de faire certaines concessions aux franchisés en contrepartie de l'introduction de ces modifications.

Savoir si une modification sera considérée comme raisonnable, voire faisable, dépendra en partie du coût que sa mise en œuvre représentera. La différence dans le coût de la mise en œuvre d'une modification dans les pays autres que celui du franchiseur va compter lorsqu'il s'agira de décider si cette modification doit ou non être introduite dans tout le réseau au niveau mondial, et, dans l'affirmative, dans quels délais et à l'initiative de qui elle devra être mise en œuvre. Souvent, les franchiseurs testent les modifications proposées en modifiant leur système dans leur propre pays avant de l'imposer aux franchisés d'autres pays. Dans un grand nombre de cas, le marché d'autres pays n'est pas prêt à la modification envisagée, par exemple lorsque les fournisseurs locaux ne sont pas en mesure de livrer des produits répondant à de nouvelles spécifications.

Beaucoup des modifications apportées à un réseau de franchise national peuvent ne pas être réalisables ailleurs. Par exemple, un franchiseur qui distribue ses produits par le biais d'autres canaux de distribution, tels des supermarchés, ou qui autorise ses franchisés à vendre à partir d'emplacements mobiles ou des kiosques, peut ne pas être disposé ou en mesure de mettre en œuvre de telles modifications au sein de ses réseaux à l'étranger.

²⁸ Voir chapitre 12 « Adaptations du système franchisé ».

CHAPITRE 2

NATURE ET ÉTENDUE DES DROITS CONCÉDÉS ET RELATIONS ENTRE LES PARTIES

L'octroi du droit d'exploiter la franchise mise au point par le franchiseur est la pierre angulaire de la relation entre le franchiseur et le franchisé. Dans le cas de la franchise principale, la nature à trois niveaux de l'accord rend nécessaire qu'une clause portant sur le droit d'exploiter la franchise figure dans le contrat de franchise principale comme dans chaque contrat de sous-franchise. Ces clauses sont fondamentalement similaires, si ce n'est que dans le cadre du contrat de franchise principale, ladite clause définira non seulement les droits transmis au franchisé principal, mais délimitera également les droits que le franchisé principal est lui-même autorisé à accorder aux sous-franchisés.

Les clauses accordant au franchisé principal le droit d'exploiter la franchise lui concèdent également le droit, dans les limites de leurs termes, de développer la franchise. Le franchisé principal est ainsi autorisé à exploiter certains droits particuliers dont le franchiseur est titulaire. Chacun de ces droits entre dans l'une des deux catégories de base des droits de propriété intellectuelle : celle qui identifie la franchise (par exemple les marques) et le savoir-faire. La clause relative au droit d'exploiter la franchise prévoit généralement :

- ◆ les droits que le franchisé principal sera autorisé à exploiter ;
- ◆ la perspective dans laquelle ces droits pourront être exploités ;
- ◆ le territoire géographique dans les limites duquel ces droits pourront être exercés ;
- ◆ la période durant laquelle le franchisé principal pourra bénéficier du droit d'exploiter ces droits ;
- ◆ le degré de l'exclusivité concédée au franchisé principal (c'est-à-dire les limites dans lesquelles des tiers au contrat se sont vus restreindre ou interdire l'exploitation des droits transmis sur le même territoire et selon les mêmes modalités).

A. OBJET DE LA CONCESSION

En règle générale, le franchisé principal se voit concéder par le franchiseur un savoir-faire relatif à l'activité, une licence de marque et le droit d'exploiter tout autre droit de propriété intellectuelle du franchiseur relatif à l'activité concernée¹. Pour des raisons pratiques, les parties font souvent figurer dans le contrat de franchise le savoir-faire d'une part et, d'autre part, les caractéristiques qui individualisent la franchise sous deux vocables généraux : le système et les marques. La notion de système recouvre tous les aspects de la franchise que le franchiseur a mise sur pied, y compris le savoir-faire (la méthode mise au point par le franchiseur) et toutes les caractéristiques essentielles de la franchise. La notion de marque recouvre de son côté les mots et symboles qui identifient la franchise et la distinguent des autres.

I. LE SYSTÈME

Les détails étant le plus souvent contenus dans un manuel donnant des instructions pour l'exploitation convenable de la franchise, la définition du système consiste généralement en une brève description de l'activité exploitée en franchise ; techniques de gestion telles que le contrôle des inventaires, la tenue des livres registres, la gestion du personnel et méthodes d'achats ; caractéristiques des produits ; méthodes de commercialisation ou de publicité ; de même que tout ce qui est considéré comme faisant partie du système mis au point par le franchiseur que le franchisé principal est appelé à développer². Cette définition comporte généralement :

- ◆ une description de la nature de l'activité, y compris les méthodes, procédures et techniques d'exploitation, les techniques d'assurance-qualité, les caractéristiques distinctives et standardisées des produits, des locaux, des infrastructures ;
- ◆ une référence au savoir-faire compris dans le système ;
- ◆ une référence aux marques, logos, noms commerciaux, aspects extérieurs ou tout autre élément caractéristique du système ;
- ◆ une description des éléments clés de la méthode d'exploitation de l'activité qui la rendent caractéristique ; et
- ◆ une description de la réputation du nom et de l'image que chaque unité franchisée est censée donner à la clientèle.

¹ Voir chapitres 10 « Propriété intellectuelle » et 11 « Savoir-faire et secrets d'affaires ».

² Voir chapitre 5, section C « Manuels »

Compte tenu de la nature de la franchise, le savoir-faire communiqué inclut généralement des méthodes de commercialisation, des techniques de préparation et de livraison de produits, des procédures d'achat, des méthodes sanitaires, des standards et le contrôle de la qualité, des méthodes de formation, des techniques d'inventaire, de tenue des registres, de présentation des locaux, etc. La plupart des systèmes franchisés sont des franchises d'exploitation d'entreprise (*business format franchising*), ce qui implique en fait presque tous les éléments permettant le succès de l'exploitation de la franchise³. Le savoir-faire consiste ainsi en un ensemble de connaissances acquises par le franchiseur dans le cadre de son activité comme entreprise d'une part et comme franchiseur d'autre part. C'est cette expérience que le franchiseur a utilisée pour mettre au point un certain nombre de méthodes et techniques adaptées à son type d'activité. Chacun des composants de ce savoir-faire peut ne pas être original ; en revanche, la façon dont ces composants ont été assemblés et utilisés est unique. Chaque composant de ce savoir-faire commercial n'est pas nécessairement protégé et il n'est en outre pas toujours possible de les protéger puisque chacun peut y avoir accès. C'est uniquement lorsque le savoir-faire est secret qu'il peut être protégé et qu'il est alors possible d'agir à l'encontre de toute personne ayant mis en œuvre ce savoir-faire de façon illégitime.

Dans la majorité des systèmes de franchise, le savoir-faire acquiert une grande valeur dans la mesure où il s'est développé à l'intérieur d'un système particulier, lequel est identifié par des marques distinctives et par d'autres droits de propriété intellectuelle dont le franchiseur est titulaire. La valeur de ce savoir-faire particulier augmentera en même temps que le nombre des unités franchisées ; celles-ci contribuent à créer une image forte et à bâtir la réputation du réseau franchisé, en particulier s'il est étendu.

La concession du droit d'exploiter la franchise peut être considérée comme un accord cadre global ; elle comprend en général l'autorisation d'exploiter tant le savoir-faire protégé que le savoir-faire non protégé. Le franchisé principal se voit octroyer le droit d'user de tous les droits que regroupe la franchise.

II. LES MARQUES

Immanquablement, le franchiseur est propriétaire d'une ou de plusieurs marques, parfois de marques de service, qui identifient le système. Le droit d'exploiter la franchise inclut donc le droit d'utiliser et

³ Voir annexe 1, section B « La franchise d'exploitation d'entreprise (« *Business Format Franchising* ») ».

dans la mesure du possible de concéder des sous-licences de ces marques⁴. Dans certains pays, il sera possible d'obtenir une protection, par les dispositions du droit des marques, de l'aménagement intérieur ou extérieur des locaux commerciaux. Ces aménagements pourront être aussi parfois protégés par les dispositions relatives à la concurrence déloyale, ou dans les pays de *common law*, par les actions délictuelles spécifiques pour dol dites « *passing off actions* ».

III. AUTRES DROITS DE PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

D'autres droits de propriété intellectuelle, le droit d'auteur principalement, peuvent faire partie de la franchise. Le droit d'auteur s'étend à un large éventail d'éléments susceptibles d'être utilisés dans le cadre de la franchise comme, par exemple, les menus, le matériel publicitaire, le manuel d'exploitation ou encore les logiciels⁵. Un dessin ou modèle spécifique susceptible d'être déposé peut aussi se rencontrer. Dans le cas où l'on aurait à faire à des produits brevetés, il convient de s'interroger sur l'éventuelle nécessité d'obtenir une autorisation d'exploitation du brevet.

B. EXPLOITATION DES DROITS CONCÉDÉS

La façon dont le franchisé principal peut exploiter le système franchisé est définie dans la clause relative à la concession du droit à l'exploitation de la franchise. Le plus souvent, trois situations sont présentes : le franchisé principal obtient l'autorisation de sous-licencier à des tiers l'exploitation du système ; le franchisé principal se voit octroyer le droit de développer et d'exploiter lui-même des unités franchisées ; le franchisé principal se voit autoriser à faire les deux à la fois.

Lorsqu'aux termes du contrat de franchise principale, le franchisé principal est autorisé à développer et à exploiter lui-même des unités franchisées, le franchiseur et le franchisé principal peuvent prévoir de conclure des contrats de franchise par unité pour chacune de ces unités franchisées. Dans un tel cas, le contrat de franchise principale sera plus particulièrement consacré au rôle du franchisé principal en tant que franchisé principal, sans prévoir de clauses relatives à l'ouverture et à l'exploitation d'unités franchisées.

L'un des inconvénients d'une telle formule est que chacun de ces contrats de franchise sera un contrat international et sera donc sujet à toutes les règles applicables aux contrats de licences internationales dans les pays concernés. Le respect de ces règles nécessite beaucoup de temps

⁴ Voir chapitre 10, section A.VI. « Sous-licence de marque ».

⁵ Voir chapitre 10, *cit.*

et de moyens financiers. D'un autre côté, le fait de conclure des contrats par unité de franchise, distincts du contrat de franchise principale, permet de faire bénéficier les franchisés principaux d'une certaine flexibilité et d'une certaine indépendance et donc, d'exploiter leur activité de façon beaucoup plus efficace sur le territoire où ils vont s'implanter. L'opportunité de conclure des contrats de franchise par unité distincts, devra donc être examinée au cas par cas.

Il n'est pas inhabituel qu'un contrat de franchise principale interdise expressément au franchisé principal d'exploiter lui-même les unités franchisées (sauf éventuellement par l'intermédiaire d'une société affiliée)⁶. Dans un tel cas, le franchisé principal apparaît comme la personne chargée localement de faciliter la mise en œuvre d'un accord de franchise internationale dans le cadre duquel le sous-franchisé implante et exploite des unités franchisées en utilisant les marques et autres droits de propriété intellectuelle du franchiseur.

Il convient de relever que le contrat de franchise principale peut prévoir que le droit d'exploitation des marques (au sens large) du franchiseur pourra être limité aux droits strictement nécessaires pour que le franchisé principal puisse remplir son rôle, c'est-à-dire le droit de sous-licencier la marque aux sous-franchisés et le droit d'exploiter les marques dans le cadre de la sélection, de la nomination et du contrôle des sous-franchisés.

C. LE LIEU OÙ LES DROITS CONCÉDÉS PEUVENT ÊTRE EXPLOITÉS

Le territoire géographique à l'intérieur duquel le franchisé principal est en droit d'implanter un réseau franchisé est stipulé dans la clause relative à la concession du droit d'exploiter la franchise.

Il est dans l'intérêt du franchiseur de limiter ce territoire afin que le franchisé principal puisse développer le réseau et s'occuper de celui-ci de façon efficace. Si le territoire concédé est trop vaste, certaines zones risquent de ne pas être convenablement développées simplement parce que le franchisé principal n'aura pas le personnel ou les moyens financiers nécessaires.

Le franchisé principal réclame souvent un territoire plus important que celui auquel ses ressources lui permettraient de faire face ; il espère pouvoir tirer profit de son expérience par la suite. Le franchisé principal verra souvent son souhait tempéré par le fait que le franchiseur demandera

⁶ Voir chapitre 6, section A « Opérations pilotes ».

une contrepartie financière importante pour octroyer un territoire très vaste.

Plusieurs solutions sont envisageables pour concilier les intérêts divergents du franchiseur et du franchisé principal quant à l'étendue du territoire concédé. Le franchiseur peut ainsi octroyer au franchisé principal un droit de priorité sur d'autres territoires, afin de permettre au franchisé principal d'élargir son territoire dès lors que certaines conditions sont remplies, ou alors de donner au franchisé principal un droit de priorité lorsque le développement de nouveaux territoires est envisagé. Il convient de noter qu'en octroyant ce type de droit, le franchiseur restreint substantiellement ses possibilités de confier le développement de l'un de ces territoires additionnels à des tiers.

Même si le territoire concédé est décrit dans la clause relative à l'exploitation de la franchise, d'autres clauses peuvent préciser si ce territoire restera identique pendant toute la durée du contrat. Le franchisé principal peut, par exemple, se voir demander d'ouvrir des unités sous-franchisées à un certain rythme pour pouvoir continuer à bénéficier de ses droits sur l'ensemble du territoire initialement concédé ; le contrat peut prévoir une réduction de l'étendue du territoire concédé au franchisé principal si la cadence de développement n'est pas maintenue. Réciproquement, une clause peut prévoir d'étendre le territoire concédé au franchisé principal s'il atteint certains objectifs de développement.

Indépendamment de ces considérations, il convient d'insister sur le fait qu'il est de l'intérêt tant du franchiseur que du franchisé principal de délimiter précisément le territoire dans lequel la franchise pourra être implantée, de façon à ce que le franchisé principal puisse raisonnablement, selon ses ressources et son engagement, espérer pouvoir développer le territoire qui lui est concédé pendant la durée du contrat de franchise.

D. EXCLUSIVITÉ ET NON-EXCLUSIVITÉ

Pour que le franchisé principal soit en mesure de connaître l'étendue exacte des droits qui lui ont été concédés, il est important qu'il soit averti de toute exclusion ou limitation. L'indication de telles limitations ou exclusions figurera normalement dans les clauses du contrat de franchise principale relatives aux droits concédés au franchisé principal.

Il est notamment particulièrement important pour le franchisé principal de connaître toute limitation qui lui serait imposée dans le droit d'exploiter les marques ou le système franchisé, dans la mesure où ceux-ci sont l'essence même de la franchise. Plus encore, si le franchisé principal se voit octroyer une protection territoriale, quelle qu'elle soit, il est

important que les conditions d'une telle protection soient clairement exposées. En outre, il peut être utile de faire figurer expressément dans le contrat les droits dont le franchiseur peut vouloir se réserver l'exercice ; bon nombre sont sources de controverses, notamment :

- ◆ le droit d'incorporer à la franchise de nouvelles marques et logos ;
- ◆ le droit d'exploiter et de concéder les marques à des tiers pour d'autres usages ;
- ◆ le droit de modifier la formule de la franchise, ses procédures et standards d'exploitation ;
- ◆ le droit de vendre des produits sous les marques protégées par le biais d'autres canaux de distribution ; et
- ◆ le droit d'implanter ou d'exploiter des systèmes de distribution supplémentaires ou différents.

Il est vraisemblable que le fait d'attribuer expressément au franchiseur, dans le contrat de franchise principale, de tels droits, évitera qu'il se fasse opposer que les modifications qu'il apporterait au contrat en vertu de ces droits violent l'obligation d'exécuter de bonne foi le contrat ou d'autres obligations, ce qui pourrait être le cas si le contrat était rédigé de façon trop générale. Il faut toutefois tenir compte sur ce point de l'éventuelle implication et des effets des règles relatives aux clauses abusives, aux clauses léonines et à la concurrence déloyale. Le franchiseur devra aussi s'assurer que le fait de s'être réservé le droit d'exercer certains droits de façon expresse n'implique pas qu'il ait renoncé à exercer les droits n'étant pas expressément mentionnés.

Les clauses relatives à la concession du droit d'exploiter la franchise vont en outre définir dans quelle mesure les droits concédés au franchisé principal sont ou non exclusifs. La notion d'exclusivité peut recouvrir plusieurs éléments. Cela peut signifier que le franchisé principal a un droit exclusif pour implanter la franchise sur son territoire, sans pour autant exclure la possibilité que le franchiseur exploite ses propres unités franchisées, mais cela peut aussi signifier que le franchiseur n'aura même pas le droit d'exploiter lui-même sa franchise. Il y a trois grandes catégories de personnes autres que le franchisé principal qui peuvent se voir octroyer le droit d'exploiter tout ou partie des droits octroyés sur le territoire concédé : le franchiseur lui-même ; d'autres franchisés principaux ou franchisés par unité ; des tiers qui pourront être autorisés à exploiter certains des droits concédés sur le territoire, mais en dehors de l'activité franchisée. Un accord doit être trouvé sur l'objet et la portée de l'exclusivité, notamment sur la question de savoir si l'exclusivité va interdire au franchiseur d'utiliser ou d'exploiter d'autres méthodes de commercialisation, comme par exemple de mettre en place des réseaux concurrents.

Comme cela a été précédemment indiqué, le franchiseur peut proposer de conserver le droit de vendre certains produits de la franchise par le biais de tiers n'intervenant pas au sein du réseau franchisé. Par exemple, un certain produit peut être proposé par des détaillants tels des supermarchés ou un détaillant local, ou par l'intermédiaire d'un catalogue, voire sur Internet. Le franchiseur peut ainsi espérer accroître sa pénétration du marché en fournissant ses produits par le biais de ces canaux alternatifs et d'autres. Cela peut poser certains problèmes au franchisé principal et aux sous-franchisés ; il pourrait y avoir une augmentation du nombre des produits objets de la franchise vendus sur leur territoire, alors que les ventes de ce produit par le truchement des unités franchisées diminueraient du fait de ces méthodes de distribution alternatives.

Il y a manifestement là un conflit potentiel entre le franchiseur et le franchisé principal. Une solution consiste à permettre au franchisé principal de distribuer les produits au travers de n'importe quel canal de distribution sur le territoire franchisé. Une autre solution consiste à ce que le franchiseur et le franchisé principal créent une *joint-venture* et partagent alors les activités et bénéfices tirés de ce canal de distribution alternatif. En toute hypothèse, il est préférable que la possibilité de distribuer des produits en dehors du système franchisé soit traitée de façon spécifique ; la clause concédant le droit d'exploiter la franchise ne comporte généralement pas la mention de droits aussi importants.

Il est habituel que le franchisé principal sollicite un droit exclusif d'exploiter la franchise sur le territoire concédé ; il veut avoir l'assurance que son engagement dans le développement du réseau ne sera pas miné par des efforts identiques fournis par d'autres. Cet objectif est souvent partagé par le franchiseur qui souhaite faire bénéficier le franchisé principal d'une exclusivité afin d'obtenir de celui-ci la plus grande implication possible.

E. LA STRUCTURE À TROIS NIVEAUX DES ACCORDS DE FRANCHISE PRINCIPALE

La concession du droit d'utiliser la franchise est ultérieurement compliquée par la nature de la franchise principale. Les trois niveaux d'un accord de franchise principale sont interdépendants, tout élément exerçant une influence sur l'un des niveaux de la relation de franchise principale ayant une répercussion sur les deux autres niveaux. Au moment de la mise en place de l'accord de franchise principale, le franchiseur et le franchisé principal doivent donc prendre aussi en considération les besoins des sous-franchisés.

L'étendue des droits sur la franchise octroyés au franchisé principal aux termes du contrat de franchise principale a bien sûr un effet sur les droits et obligations du franchisé principal et des sous-franchisés dans le cadre du contrat de sous-franchise. Le franchisé principal ne peut concéder plus de droits qu'il n'en a lui-même reçu par le contrat de franchise principale. Certaines interdictions particulières figurant dans le contrat de franchise principale peuvent en outre être reprises dans le contrat de sous-franchise. L'un des points de controverse réside souvent dans la liberté du franchisé principal d'adapter le système à ses propres besoins.

Il est fréquent que le contrat de franchise principale impose au franchisé principal une obligation de faire figurer dans chaque contrat de sous-franchise certaines clauses particulières relatives à des points revêtant une importance particulière pour le franchiseur. Les franchiseurs peuvent ainsi souhaiter que leurs contrats types de franchise nationale et les standards de leurs formules servent de base à la relation de sous-franchise dans le pays étranger. Le contrat de franchise principale internationale typique prévoit ainsi que le franchiseur fournira au franchisé principal des copies de ses propres contrats nationaux et un manuel relatif aux standards de sa formule. Le franchisé principal doit transformer le contrat de franchise en un contrat de sous-franchise standard adapté à ses sous-franchisés et doit s'assurer que les documents sont conformes aux dispositions légales locales, en les modifiant pour les adapter aux coutumes locales et en les traduisant dans la langue du pays d'accueil.

Le contrat de franchise principale peut également prévoir que certains points de la relation contractuelle entre le franchisé principal et ses sous-franchisés, le contrat individuel de sous-franchise et/ou la façon qu'aura le sous-franchisé d'exploiter une unité franchisée doivent requérir un accord préalable du franchiseur, voire son agrément⁷. Ainsi, le contrat de franchise principale peut prévoir que le franchisé principal doit obtenir l'agrément par le franchiseur de chaque sous-franchisé potentiel comme de chaque cession d'une unité sous-franchisée. Le contrat de franchise principale peut encore prévoir que le franchiseur doit approuver chaque contrat de sous-franchise, en particulier dans les cas où ces contrats sont un peu différents du contrat standard auparavant approuvé par le franchiseur. La sélection de l'emplacement des unités sous-franchisées, les plans et dessins de ces emplacements, l'exploitation de la marque sont d'autres domaines pour lesquels le contrat de franchise principale peut prévoir un agrément ou un accord préalable par le franchiseur.

Il peut cependant ne pas être très facile pour le franchiseur de contrôler tous ces points particuliers de la sous-franchise dans un autre

⁷ Voir chapitre 5 « Rôle du franchiseur ».

pays, même s'il les contrôle dans le cadre de la franchise nationale. Cela peut être dû au coût administratif, aux délais et/ou aux différences culturelles. Plus encore, ceci pourrait avoir des répercussions en termes de responsabilité dans la mesure où il pourrait être considéré que la relation entre le franchiseur et le franchisé principal a été changée par le fait que le franchiseur se soit réservé un contrôle trop étendu des droits qu'il a concédés. En d'autres termes, il pourrait être considéré que le franchiseur et le franchisé principal ne sont plus deux entreprises indépendantes, mais deux branches d'une même entité. Il sera donc probablement plus opportun que le franchiseur laisse la responsabilité de l'agrément au franchisé principal. Cependant, si le franchiseur ne souhaite pas laisser tout pouvoir au franchisé principal dans ce domaine, il peut, dans le contrat de franchise principale, énoncer certains critères auxquels devra se référer le franchisé principal. Si le franchiseur souhaite néanmoins conserver une certaine responsabilité dans la procédure d'agrément, il pourra prévoir dans le contrat de franchise principale qu'il pourra, par écrit, déléguer cette responsabilité au franchisé principal dès lors que celui-ci aura fait preuve de ses capacités de sélection à la satisfaction du franchiseur. Si le franchiseur insiste pour être consulté préalablement dans certains domaines relatifs à l'activité des unités sous-franchisées, le franchiseur et le franchisé principal seraient bien avisés de prévoir de quelle façon cet agrément pourra être donné afin que la sous-franchise ne soit pas affectée sans raison. On peut ainsi prévoir que certains points particuliers seront considérés comme ayant reçu l'agrément du franchiseur si celui-ci n'a pas émis d'objections expresses dans un certain délai après qu'ils aient été soumis à son agrément.

Les contrats de franchise principale requièrent généralement que le franchisé principal se conforme à toutes les prescriptions réglementaires applicables à l'offre et à la vente des franchises dans le pays d'accueil⁸. Le franchisé principal doit préparer et fournir la documentation descriptive aux sous-franchisés futurs et s'inscrire auprès des autorités administratives si cela est nécessaire. Le franchisé principal peut en outre être tenu d'indemniser le franchiseur pour toute responsabilité qui résulterait de la violation des réglementations applicables.

Le contrat de franchise principale peut prévoir que le franchisé principal doit octroyer le droit d'exploiter la franchise à des sous-franchisés désignés par le franchiseur. Si des exigences relatives au développement quantitatif du réseau sont imposées au franchisé principal, le contrat de franchise principale doit alors indiquer si les sous-franchisés désignés par le franchisé principal viennent s'ajouter à ceux sélectionnés

⁸ Voir chapitre 20 « Respect des réglementations applicables ».

par le franchisé principal, ou s'il faut considérer qu'ils font partie du nombre des sous-franchisés que le franchisé principal doit atteindre conformément au plan de développement.

Les contrats internationaux de franchise principale prévoient en général que le franchisé principal doive tenir régulièrement informé le franchiseur de l'activité des unités sous-franchisées, par le biais par exemple de rapports périodiques. Afin que le franchisé principal puisse respecter les délais imposés pour transmettre ses rapports, il est important que les contrats de sous-franchise prévoient également que les sous-franchisés doivent fournir au franchisé principal toute information nécessaire dans une période suffisante avant l'arrivée de la date à laquelle le franchisé principal doit lui-même remettre son rapport.

Si un franchiseur entend bénéficier de certaines dispositions du contrat de sous-franchise, il devrait envisager de figurer expressément comme bénéficiaire au contrat de sous-franchise, à condition que la loi applicable l'autorise. Ainsi par exemple, des clauses du contrat de sous-franchise relatives aux indemnités peuvent être rédigées de façon à ce que le franchiseur y figure expressément comme bénéficiaire potentiel ; les clauses relatives à l'assurance doivent aussi désigner expressément le franchiseur comme faisant partie des bénéficiaires de la police⁹.

F. LES RELATIONS CONTRACTUELLES DIRECTES

Si, en principe, les relations contractuelles directes entre le franchiseur et les sous-franchisés n'existent pas dans le cadre d'un accord de franchise principale, il peut cependant y avoir des hypothèses où une relation contractuelle directe s'avère nécessaire ou souhaitable, lorsque les avantages en résultant sont plus nombreux que les inconvénients.

A titre d'exemple, les lois de certains pays n'offrent pas une protection suffisante au franchiseur en cas d'un transfert de technologie ou d'une concession d'un droit de propriété intellectuelle à moins qu'il n'existe une relation contractuelle directe entre le titulaire du droit de propriété intellectuelle (le franchiseur) et l'exploitant de ce droit (le sous-franchisé). D'autres droits ne connaissent pas la sous-licence de droits de propriété intellectuelle, qui est un élément essentiel des accords de franchise principale. Dans ces hypothèses, le franchiseur insiste habituellement pour que soit établie une relation contractuelle directe entre lui et les sous-franchisés, même si cette relation se limite à ces droits particuliers.

La raison la plus fréquente de la stipulation de relations contractuelles directes entre le franchiseur et le sous-franchisé dans le cadre d'une

⁹ Voir chapitre 14 « Responsabilité du fait d'autrui, indemnisation et assurance ».

franchise principale est la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle. L'instauration d'une relation contractuelle directe entre le franchiseur et les sous-franchisés peut en outre être envisagée alors qu'elle ne serait pas nécessaire à la protection des droits de propriété intellectuelle du franchiseur lorsqu'elle aura pour effet d'augmenter les pouvoirs du franchiseur dans le contrôle des sous-franchisés et dans la mise en œuvre des clauses des contrats de sous-franchise, en réduisant ainsi le besoin qu'aura le franchiseur de se reposer pour ce faire sur le franchisé principal. Cela peut s'avérer particulièrement important dans des systèmes juridiques ne reconnaissant pas le droit d'un tiers à obtenir l'exécution d'un contrat à son bénéfice. L'existence de relations contractuelles directes peut dans une certaine mesure impliquer le franchiseur dans la conduite des unités franchisées locales et avoir pour conséquence qu'il devra fournir une aide et une assistance directe aux sous-franchisés. Il convient toutefois de souligner que l'existence de relations contractuelles directes risque de remettre en cause le statut indépendant de chacune des parties et donc, de représenter un risque pour le franchiseur de voir sa responsabilité engagée, que ce soit sur le fondement d'actions en inexécution engagées par des sous-franchisés ou du non respect des réglementations locales relatives aux activités sous-franchisées.

Dans le cas d'accords de franchise principale, les relations contractuelles directes se nouent en général de deux façons. Tout d'abord, les parties peuvent combiner le contrat de franchise principale et le contrat de sous-franchise en un unique contrat de franchise tripartite, entre le franchiseur, le franchisé principal et le sous-franchisé. Aux termes de ce contrat, le franchiseur octroie au franchisé principal le droit de fournir et d'apporter aide et assistance aux sous-franchisés, le franchisé principal concédant une sous-franchise aux sous-franchisés, et le franchiseur autorisera directement le sous-franchisé à exploiter les droits de propriété intellectuelle concernés. Dans un tel cas, un contrat tripartite particulier est nécessaire pour chaque unité sous-franchisée.

Une autre possibilité, plus commune, est que le franchiseur et le sous-franchisé concluent un contrat de licence aux termes duquel le franchiseur octroie au sous-franchisé un droit d'exploitation de ses droits de propriété intellectuelle nécessaires à l'exploitation de l'activité sous-franchisée. Ce contrat de licence est distinct du contrat de franchise principale entre le franchiseur et le franchisé principal comme du contrat de sous-franchise entre le franchisé principal et le sous-franchisé. Dans un tel cas, le sous-franchisé ne pourra conclure un contrat de sous-franchise avec le franchisé principal que s'il a, au préalable, conclu un contrat de licence avec le franchiseur, ces deux contrats interdépendants prévoyant en général des clauses de résiliation mutuelle.

Lorsque le système juridique concerné ne connaît pas la sous-licence, une solution consiste à faire désigner le franchisé principal comme agent du franchiseur pour la licence de marques. Dans un tel cas, le franchisé principal exécutera le contrat de licence des droits de propriété intellectuelle appartenant au franchiseur au nom et pour le compte du franchiseur.

Même lorsqu'il n'est pas obligatoire de prévoir à l'origine un contrat de licence distinct, certains franchiseurs incluent néanmoins une clause particulière dans le contrat de franchise principale leur permettant de conclure directement des contrats de licences avec les sous-franchisés s'ils considèrent que l'absence de relations contractuelles directes présente un risque pour la protection de leurs droits de propriété intellectuelle. Dans un tel cas, l'option dont dispose le franchiseur devra figurer dans le contrat de sous-franchise.

La relation directe entre le franchiseur et les sous-franchisés peut parfois ne pas se limiter à ce qui est nécessaire pour protéger les droits de propriété intellectuelle, les franchiseurs se réservant parfois le droit d'inspecter les locaux où est exploitée chaque unité franchisée, ainsi que celui de contrôler les livres et registres de chaque unité franchisée.

L'opportunité d'établir de telles relations entre le franchiseur et les sous-franchisés n'est pas forcément évidente. Quoique la sécurité des sous-franchisés et de la franchise pourrait bénéficier, voire exiger, que le franchiseur ait le pouvoir de se substituer au franchisé principal lorsque celui-ci est incapable de continuer à remplir ses obligations, que le franchiseur ait un droit à contrôler l'exploitation de chaque unité sous-franchisée et d'intervenir dans le cas où une de ses unités fonctionneraient mal, contemporanément avec les pouvoirs du franchisé principal, risque très probablement de causer des problèmes. L'autorité du franchisé principal serait en effet remise en cause ; la répartition entre les droits et obligations du franchiseur, du franchisé principal et des sous-franchisés risquerait d'être affectée. La possibilité que le franchiseur soit considéré comme responsable des actes ou omissions des sous-franchisés sera en outre accrue.

CHAPITRE 3

DURÉE DU CONTRAT ET CONDITIONS DE SON RENOUVELLEMENT

A. DURÉE DU CONTRAT

En général, les contrats de franchise principale sont conclus pour une durée relativement longue. Une durée de vingt ans ou plus n'est pas exceptionnelle, ni même la possibilité que le franchisé principal puisse disposer du droit de solliciter le renouvellement du contrat de franchise principale pour une nouvelle période de vingt ans. La possibilité de renouveler à plusieurs reprises le contrat pour à chaque fois une nouvelle période de vingt ans peut aussi se rencontrer.

Dans certains pays, la durée maximale ou minimale des conventions est fixée par une loi ou par une jurisprudence relative à la franchise et une telle limitation s'appliquera naturellement aux contrats de franchise principale. Dans d'autres, la limitation de la durée de certains contrats de franchise peut résulter de l'application de tout autre type de règle et pourra également s'appliquer au contrat de franchise principale. Une limitation des droits vient parfois s'ajouter à la limitation de la durée puisqu'à l'expiration du contrat de franchise principale, il ne sera par exemple plus possible pour le franchiseur de protéger son savoir-faire dans la mesure où il serait considéré comme étant devenu la propriété du franchisé principal.

Il faut enfin relever que dans certains systèmes juridiques, le fait de ne pas préciser de durée dans le contrat peut avoir pour résultat que celui-ci sera considéré comme étant à durée indéterminée. Cela peut également être le cas si la clause prévoyant la durée du contrat est mal rédigée.

I. LONGUE DURÉE

Un argument plaidant en faveur d'une longue durée des contrats de franchise principale réside dans le fait que l'objet même de l'accord de franchise principale est la concession au franchisé principal du droit de

sous-franchiser. Dans la mesure où l'arrivée du terme du contrat de franchise principale peut, juridiquement, avoir pour effet la cessation des contrats de sous-franchise, l'expiration du contrat aura donc des répercussions non seulement sur la relation entre le franchiseur et le franchisé principal, mais aussi sur l'avenir de tous les sous-franchisés, dont aucun n'est pourtant partie au contrat de franchise principale. Il convient également de souligner qu'il est généralement considéré comme relevant de la loyauté commerciale qu'une durée relativement longue soit prévue afin de permettre au franchisé principal de rentabiliser son investissement et d'être motivé pour développer le territoire qui lui a été concédé. L'investissement considérable que devra fournir le franchisé principal pour établir un réseau de franchise milite ainsi contre une durée trop courte des contrats de franchise principale.

Enfin, dans certains pays, notamment certains pays en développement où les autorités compétentes doivent approuver le contrat, le fait que ces contrats soient conclus pour une longue durée peut influencer favorablement sur l'avis de ces autorités et peut même permettre l'obtention de certains avantages fiscaux.

II. COURTE DURÉE

Pour le franchiseur, l'intérêt de prévoir une durée relativement courte, au moins dans les contrats nationaux, est que cela lui permet de mettre à jour les contrats de franchise en tenant compte de l'évolution législative ou jurisprudentielle, des changements fondamentaux apportés au système franchisé et des changements de la situation financière. Malheureusement, tous les franchiseurs ne réalisent pas qu'il existe des différences fondamentales entre le franchisage interne et le franchisage international ; ils vont donc tenter d'appliquer de façon identique au franchisage international leur expérience nationale. Par conséquent, ils insisteront pour que les contrats internationaux de franchise principale soient conclus pour une courte durée, de cinq ou dix ans. Une telle durée n'est pas toujours opportune et les franchisés principaux parties à des accords internationaux hésiteront à se soumettre aux aléas du marché.

Un autre des problèmes risquant d'être rencontré dans le cadre de contrats internationaux de franchise principale de courte durée est la perte progressive de motivation de la part du franchisé principal à l'approche du terme.

B. CONDITIONS DE RENOUVELLEMENT DU CONTRAT

La possibilité de renouveler le contrat de franchise principale est, le cas échéant, soumise communément à certaines ou à toutes les conditions suivantes :

a) au moment du renouvellement le franchisé principal n'ait pas manqué à l'une de ses obligations fondamentales et qu'il les ait donc respectées et exécutées convenablement pendant la durée du contrat de franchise principale ;

b) le franchisé principal ne soit pas débiteur du franchiseur au moment du renouvellement ;

c) le franchisé principal renonce à toute action ou réclamation à l'encontre du franchiseur ;

d) que le franchisé principal informe le franchiseur conformément à la procédure prévue et dans un délai suffisant avant l'arrivée du terme du contrat de franchise principale de son intention de renouveler le contrat.

Dans le cadre des contrats de franchise nationaux, il est souvent prévu que le contrat est renouvelé à condition que le franchisé accepte de signer le contrat de franchise en vigueur au jour du renouvellement. Plus que d'un renouvellement du contrat, il s'agit là de la conclusion d'un nouveau contrat, même si le franchisé se voit réserver un certain traitement préférentiel comme le fait de ne pas devoir payer à nouveau des redevances initiales. Les franchiseurs, qui se fondent sur leur expérience au niveau national, peuvent ainsi être amenés à souhaiter non seulement que la durée du contrat de franchise principale soit brève, mais en outre, que le franchisé principal puisse renouveler le contrat pour une ou plusieurs nouvelle(s) durée(s) seulement s'il accepte de conclure avec le franchiseur le contrat international de franchise principale en vigueur au moment du renouvellement. Or, dans un contexte international, le contrat en vigueur au jour du renouvellement n'est jamais par définition le même que celui qui existait sur le territoire initialement concédé, puisqu'il est peu vraisemblable de trouver plusieurs accords de franchise principale pour le même territoire ; il s'agit d'un contrat existant dans une autre partie du monde.

S'il existe des avantages considérables à exiger que soit applicable le contrat en vigueur à l'époque du renouvellement afin de permettre le maintien d'une uniformité du réseau, cela peut poser certains problèmes dans le cadre des contrats internationaux de franchise. Certains droits sont concédés aux sous-franchisés sur la base du premier contrat et il semble difficile de pouvoir ainsi conclure un nouveau contrat au moment du renouvellement. Les contrats de sous-franchise conclus par le franchisé principal avec les sous-franchisés dépendent du contrat de franchise

principale. Toute modification de ce contrat, a donc un impact sur les contrats de sous-franchise. Plus encore, les contrats internationaux de franchise principale font l'objet de négociations ; il pourrait être pourtant peu réaliste d'imposer au franchisé principal d'accepter le contrat international de franchise principale standard du franchiseur qui est utilisé au moment du renouvellement.

En outre, il est des cas où certaines clauses ne peuvent être modifiées, comme par exemple celles relatives aux redevances d'exploitation ou au territoire. Au niveau international, il est d'ailleurs de plus en plus fréquent que soit garanti que certaines clauses fondamentales ne seront pas modifiées, quelles que soient les circonstances.

D'autres conditions du renouvellement sont parfois prévues, telle l'obligation pour le franchisé principal de verser au moment du renouvellement du contrat de franchise principale une redevance spécifique qui peut être une somme prédéterminée ou une somme dont les modalités de calcul sont définies, ou encore une obligation du franchisé principal d'exiger de tous ses sous-franchisés de maintenir, rénover et entretenir les locaux dans lesquels ils exploitent la franchise ; ce type de conditions figurent parfois dans le contrat de franchise principale ; un certain nombre d'entre elles, par exemple l'obligation relative à l'entretien et à la rénovation des locaux, figurent généralement seulement dans les contrats de sous-franchise.

C. NÉGOCIATIONS RELATIVES AU RENOUVELLEMENT DU CONTRAT

Les coutumes varient d'un pays à l'autre et d'une région à l'autre ; il est donc important de garder à l'esprit que ce qui peut être considéré comme une bonne pratique dans un certain environnement culturel ne le sera pas dans un autre. Cela s'applique aussi aux dispositions contractuelles, notamment à celles relatives aux négociations pour le renouvellement du contrat.

CHAPITRE 4

ASPECTS FINANCIERS

A. SOURCES DE REVENUS

Le franchiseur, le franchisé principal et les sous-franchisés tirent en somme leurs revenus des ventes réalisées par les unités franchisées. Ce revenu devra *in fine* être partagé entre les différents niveaux de la franchise, proportionnellement à leur contribution respective et à leurs coûts ; la différence entre le revenu, ou le prix de vente des produits et/ou services, et les coûts constitue le bénéfice.

Les redevances de la franchise, quelle que soit la façon dont elles sont calculées, ne peuvent être effectivement réglées que si les unités franchisées réussissent commercialement. Si l'on considère que la rentabilité d'unités franchisées potentielles dans un pays d'accueil ou sur un marché ne sera pas suffisante, la question immédiate est de savoir si le titulaire de la franchise réussira sur ledit marché sans restructurations substantielles, voire s'il réussira du tout. On ne peut pas s'attendre à ce que les marges et la rentabilité soient nécessairement les mêmes sur chaque marché, en raison notamment de l'existence d'un grand nombre de facteurs variables, tels que les coûts de production, les coûts de location et autres, de même que l'existence de produits et/ou services concurrents ayant une influence sur la structure du prix.

Il faut envisager deux relations lorsque l'on étudie les différentes sources de revenu en matière de franchise principale : la relation entre le franchiseur et le franchisé principal et celle entre le franchisé principal et les sous-franchisés.

B. SOURCES DE REVENUS DU FRANCHISEUR

I. REDEVANCES INITIALES DE LA FRANCHISE PRINCIPALE

L'un des points les plus délicats au stade de la négociation du contrat de franchise principale est la détermination du montant de la rémunération du franchiseur au titre des droits qu'il concède au franchisé principal, de la

licence de son savoir-faire et de l'assistance qu'il va fournir pour lui permettre d'établir son activité dans le pays d'accueil.

Il est des cas où les parties ont convenu des montants totalement irréalistes ; cela crée des problèmes à chacune des parties lorsqu'il devient évident que le franchisé principal n'arrivera pas à dégager des bénéfices dans une mesure ou à un rythme suffisant pour compenser le coût initial élevé. Il peut en résulter une rupture de la relation contractuelle ou bien une renégociation des clauses financières. Il est donc sage de s'efforcer de se mettre d'accord dans les négociations initiales sur une structure financière réaliste.

Un certain nombre de facteurs sont à prendre en compte pour évaluer le montant le plus adapté et le plus équitable des redevances initiales, ou droits d'entrée, versées au franchiseur. L'importance de chacun de ces facteurs variera selon le pays et dépendra des usages et structures existant dans le pays concerné. Ces facteurs sont :

- ◆ le coût que représente pour le franchiseur le fait de traiter avec le franchisé principal : formation, fourniture d'une assistance lors de l'implantation de l'activité du franchisé principal et efforts déployés pour démontrer que son concept est susceptible de fonctionner dans le pays d'accueil ;
- ◆ l'investissement en temps et en argent qu'aurait dû faire le franchisé principal pour acquérir le savoir-faire et les compétences nécessaires afin de diriger et franchiser une activité similaire sur son territoire ;
- ◆ la valeur du territoire telle qu'elle est évaluée par le franchiseur ; les franchiseurs tendent à évaluer la valeur d'un territoire en comparant la population de ce territoire à une population identique dans une zone de même ampleur dans leur propre pays et en calculant le rapport entre la population et ce qu'ils gagnent comme redevances initiales de franchise pour ce même territoire dans leur pays. Il convient cependant de tenir compte d'une différence lorsque l'on fait cette comparaison ; dans de nombreux pays, le nom du franchiseur sera moins bien connu que dans les pays dans lesquels un réseau est d'ores et déjà implanté. Il n'y aura donc aucune garantie du succès du concept du franchiseur et de sa franchise. En procédant de la sorte, les franchiseurs risquent donc d'aboutir à un résultat irréaliste et économiquement non satisfaisant ;
- ◆ le montant global des redevances initiales de franchise que le franchisé principal peut espérer obtenir de ses sous-franchisés dans le pays d'accueil ; et

- ◆ le succès de la franchise développée par le franchiseur dans son propre pays. Cela a une valeur dans la mesure où l'expérience acquise permettra au franchiseur d'installer rapidement sa franchise dans le pays d'accueil. Les moyens pour y parvenir consistent en la mise en place d'une unité pilote et en l'introduction de toutes les modifications qui apparaîtraient nécessaires.

Les franchiseurs situés dans des pays où les redevances initiales demandées aux franchisés sont élevées tendent à envisager de façon optimiste la valeur d'un territoire et le montant total des droits d'entrée qu'ils seront susceptibles de réclamer. Ils risqueront donc de demander plus que ce qui serait réaliste dans le pays d'accueil envisagé.

Il est important de souligner qu'il n'existe pas de critères précis permettant de définir le montant des redevances. Toutes les redevances se négocient. Les différentes méthodes utilisées pour calculer les redevances résultent généralement de la recherche consciencieuse d'une solution en fonction des problèmes juridiques, fiscaux et financiers rencontrés, de même que du pouvoir de négociation de chacune des parties. Il faut observer également que dans la mesure où le franchisé principal est le mieux placé pour procéder à une évaluation réaliste des possibilités financières qu'offrira la franchise sur le territoire qui lui a été concédé, c'est surtout à lui qu'incombe la responsabilité de s'assurer que les redevances demandées sont réalistes.

Des considérations fiscales et juridiques entrent en compte lorsque est déterminée la forme des redevances. Il existe de nombreuses façons innovantes de définir la structure des paiements. Par exemple, certains franchiseurs peuvent considérer que le paiement de la redevance initiale au titre du contrat de franchise principale est un « avoir » sur les paiements des redevances dues à l'ouverture des unités. En d'autres termes, dès qu'une unité est ouverte, la somme de la redevance initiale due à l'ouverture de l'unité sera réduite par le franchiseur du fait de l'avoir consenti lors du paiement de la redevance initiale payée pour la franchise principale. Les règles locales doivent être attentivement examinées dans la mesure où elles vont très souvent avoir une incidence sur le montant du paiement, elles déterminent en effet la base du paiement qui est effectué. Dans les pays où existe un contrôle des changes, l'autorité administrative peut déterminer le montant des paiements qu'elle estime adapté, en dépit de l'accord auquel sont parvenues les parties. Cela peut signifier que le droit d'entrée devra être justifié dans ses moindres détails pour que le fondement de chaque paiement puisse être clairement déterminé. Cela peut revêtir une importance particulière lorsque les paiements relatifs à

l'achat de biens ou à la prestation de services reçoivent un traitement plus favorable. Dans certains pays, les lois relatives à la propriété intellectuelle peuvent aussi avoir une influence sur les échéances auxquelles les redevances devront être payées, comme sur les sommes pouvant être demandées en contrepartie de l'exploitation de droits de propriété intellectuelle. Enfin, le contrôle des changes et les lois relatives à la propriété intellectuelle peuvent influencer le montant des redevances d'exploitation là où celles-ci devront être réglées à un franchiseur étranger.

II. REDEVANCES D'EXPLOITATION

Outre un droit d'entrée, la plupart des franchiseurs exigent des redevances d'exploitation (ou *royalties*) en contrepartie de l'exploitation de leur nom et de leur système ainsi que de la fourniture continue de certains services de soutien. Le montant de ces redevances d'exploitation devra refléter le coût des services fournis.

Les franchiseurs qui réclament à leurs franchisés dans le cadre d'une franchise nationale une redevance d'exploitation d'environ cinq ou six pour cent du chiffre d'affaires vont en général proposer au franchisé principal le versement d'une redevance correspondant à trois ou quatre pour cent de leur revenu. Le franchisé principal peut de son côté ne pas pouvoir réclamer à ses sous-franchisés plus de cinq ou six pour cent de leur chiffre. Ce pourcentage serait assez intéressant si le franchisé principal n'avait pas à partager son revenu avec le franchiseur ; si le franchisé principal doit payer au franchiseur trois ou quatre pour cent du revenu qu'il tire de ses sous-franchises (ce qui correspond à soixante pour cent ou plus de son propre revenu), l'entreprise est condamnée à la faillite. Le franchisé principal doit pouvoir générer un revenu suffisant pour que son activité soit rentable après qu'il ait payé les redevances d'exploitation au franchiseur. Dans la plupart des cas, il sera difficile de justifier ou d'exiger que le franchisé principal paye plus de 10 à 20% du revenu qu'il tire du paiement des redevances d'exploitation de ses sous-franchisés. Chaque franchisé principal potentiel devra préparer avec attention un « business plan » comprenant notamment un plan de trésorerie et une étude de rentabilité afin d'être parfaitement en mesure d'apprécier l'influence du paiement des redevances d'exploitation sur la rentabilité de son activité.

Outre le fait de prévoir que la redevance d'exploitation sera constituée par un certain pourcentage du revenu des sous-franchisés, il existe d'autres méthodes pour calculer les redevances sur lesquelles les parties peuvent dans certains cas se mettre d'accord. Ces méthodes comprennent :

- ◆ les redevances proportionnelles au nombre de produits vendus ;
- ◆ les redevances calculées sur un pourcentage des achats et non des ventes ;

- ◆ les redevances fixes ;
- ◆ les clauses d'échelle mobile selon lesquelles par exemple la redevance sera évaluée à x % jusqu'à un certain niveau, puis à un pourcentage croissant ou décroissant selon le cas ;
- ◆ une redevance minimale fixe combinée avec des redevances fondées sur un pourcentage du revenu brut ; et
- ◆ une redevance maximale fixe au dessus de laquelle les redevances d'exploitation ne peuvent aller.

Certains franchiseurs fournissent les franchisés principaux en produits afin qu'ils les vendent aux sous-franchisés. Ces sous-franchisés bénéficieront d'une certaine marge sur la vente de ces produits aux consommateurs. Dans de nombreux cas, une redevance d'exploitation s'ajoutera à la marge faite sur le produit.

C. SOURCES DE REVENUS DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Le franchisé principal parviendra à payer le franchiseur en fonction de deux facteurs : le revenu qu'il tirera de ses sous-franchisés et le revenu qu'il tirera des unités franchisées qu'il exploite lui-même. Ce revenu représente le revenu brut du franchisé principal avec lequel celui-ci va devoir financer son activité en tant que « franchiseur » du système dans son pays, payer le franchiseur et réaliser un profit suffisamment important pour justifier son investissement et son activité. Pour que le franchisé principal acquière suffisamment d'expérience dans la gestion d'unités franchisées et dans l'idée de rendre ces unités franchisées aussi rentables que possible, les contrats de franchise principale prévoient souvent que les franchisés principaux devront eux-mêmes exploiter des unités franchisées avant de sous-franchiser.

Un franchisé principal tirera son revenu de différentes sources comme il est rapporté ci-après.

I. REDEVANCES INITIALES ET REDEVANCES D'EXPLOITATION

- i) en demandant aux sous-franchisés une redevance initiale au moment où ils concluent le contrat de franchise. Cette redevance peut être présentée au sous-franchisé de manières différentes :
 - ◆ il peut s'agir d'une redevance pour rejoindre le réseau franchisé ;
 - ou

- ◆ il peut s'agir d'une marge sur le prix des biens et/ou services fournis par le franchisé principal au sous-franchisé lorsque celui-ci va établir son activité ;
- ii) en bénéficiant d'un revenu permanent découlant des activités du sous-franchisé :
- ◆ en réalisant une certaine marge sur la vente au sous-franchisé soit des produits vendus par le sous-franchisé dans le cadre de son activité, soit de ceux que le sous-franchisé doit utiliser pour fournir des services à sa clientèle ;
 - ◆ en prévoyant le versement d'une redevance d'exploitation, représentant un certain pourcentage du revenu brut du sous-franchisé, par exemple 5%. Ces pourcentages varient énormément selon la quantité et la nature des services fournis par le franchisé principal à ses sous-franchisés. Pour diverses raisons, les franchiseurs peuvent souhaiter que le paiement de redevances d'exploitation soit établi en fonction d'une échelle mobile. Il convient de noter que même si cette rémunération d'exploitation peut comprendre un élément de *royalties*, il est incorrect de dire que cette rémunération constitue des *royalties* puisqu'elle est systématiquement payée en contrepartie de services rendus. Or, les *royalties* sont généralement considérées comme des revenus « passifs » pour l'utilisation d'un droit de propriété, par exemple, l'utilisation de matériel protégé par le droit d'auteur ou de marques. Dans la mesure où le paiement de *royalties* est généralement traité différemment par les autorités fiscales que le paiement de services, cette source de revenus doit être attentivement examinée et envisagée dans les documents contractuels. Il faut également examiner si ces paiements fassent ou non l'objet de retenues à la source ;
 - ◆ dans certaines franchises, les redevances d'exploitation peuvent consister en une somme globale, tel un montant fixe dans la devise locale, somme n'étant pas calculée en fonction du revenu du sous-franchisé. Pour le sous-franchisé, l'avantage d'un tel arrangement est qu'il sait précisément le montant à verser au franchisé principal chaque mois (ou chaque période déterminée) en tant que redevance d'exploitation. L'inconvénient est que durant la période d'installation, lorsque le sous-franchisé cherche à implanter son activité, la redevance fixe peut représenter une part trop importante de son revenu. Du point de vue du franchisé principal, l'inconvénient est que les redevances fixes ne sont pas protégées contre l'inflation ; il risque ainsi de devoir continuer à

fournir les mêmes services qu'à l'origine du contrat tout en recevant une contrepartie financière dont la valeur est décroissante. Plus encore, son revenu n'augmentera pas au fur et à mesure que l'activité des sous-franchisés deviendra plus rentable et que ceux-ci augmenteront leurs revenus bruts ; il aura alors du mal à s'agrandir et à améliorer les services qu'il doit rendre¹.

- iii) Si la franchise est une franchise de distribution, le franchiseur peut :
- ◆ fabriquer les produits qui seront vendus par les sous-franchisés ;
 - ◆ faire fabriquer les produits sous sa ou ses marques par un tiers ; ou
 - ◆ assurer l'approvisionnement de son réseau par d'autres sources d'approvisionnement.

Lorsque des produits font ainsi l'objet de la franchise, un revenu peut être généré de deux façons : par les marges faites sur les produits et par l'obtention des producteurs ou fournisseurs de rabais, escomptes ou commissions.

II. MARGES SUR LES PRODUITS

La marge peut être définie comme une augmentation du prix de vente des produits obtenue en ajoutant aux coûts de production les frais généraux et une certaine marge de profit. Les fabricants et grossistes vont en général appliquer une telle marge ; or, dans bien des cas, le franchiseur et/ou le franchisé principal auront le rôle de fabricant et/ou du fournisseur. Le franchiseur, qu'il soit fabricant ou fournisseur, va ainsi tirer un revenu grâce aux marges appliquées sur les produits. Le franchisé principal va de son côté prendre une marge sur le prix des produits qu'il vend aux sous-franchisés et les sous-franchisés sur les produits vendus aux consommateurs, ces marges brutes constituant un profit à la base de la rentabilité de l'activité des sous-franchisés. Les éventuelles variations des marges appliquées par le franchiseur et le franchisé principal auront ainsi une influence sur les capacités financières du sous-franchisé. Le même système est appliqué aux autres équipements nécessaires à l'exploitation de la franchise fournis par le franchiseur. Il faut donc s'assurer que le sous-franchisé sera protégé contre des augmentations irrationnelles des prix qui l'empêcheraient d'avoir une rentabilité suffisante pour faire face à ses engagements et de dégager des bénéfices suffisants.

¹ Voir chapitre 9 « Fourniture d'équipements, produits et services ».

En ce qui a trait à la vente de produits et à la réalisation d'une marge sur celle-ci, il faut envisager l'application des règles de concurrence qui peuvent limiter le droit du franchiseur d'exiger que soient acquis certains produits spécifiques. Si ce droit est limité, la possibilité de dégager un bénéfice grâce à l'application d'une marge sur le prix de ces produits sera alors elle aussi limitée.

Lors de l'implantation d'un système de franchise, les redevances initiales constituent une importante part du revenu du franchiseur. Cette part pourra être progressivement réduite au fur et à mesure que le réseau s'agrandira et que des redevances d'exploitation seront payées par un nombre croissant de franchisés, produisant ainsi une source croissante de revenus. Cela résulte du fait que le montant des redevances initiales est lié au nombre d'unités franchisées ouvertes et au fait que lorsque le réseau s'agrandit, le rythme auquel ses unités sont ouvertes a tendance à ralentir.

Dans les pays où il existe des taxes à l'importation élevées, si le prix brut (marge comprise) est soumis à ces taxes, l'influence de celles-ci sur le prix des produits risque d'affecter leur compétitivité.

Il peut exister des accords particuliers relatifs aux visites que devra faire le franchiseur sur le terrain. On peut prévoir par exemple, que le franchiseur effectue une ou plusieurs visites par an dont le coût sera compris dans le montant des redevances payées. Un accord peut également être trouvé sur le point de savoir qui supportera en tout ou en partie le coût de ces visites.

III. PAIEMENTS PAR LES PRODUCTEURS OU FOURNISSEURS

Il se peut qu'un franchiseur ne soit pas en mesure de fabriquer lui-même les produits qu'il a élaborés ou dont il a déterminé les spécifications. Il peut alors octroyer une licence de fabrication à un tiers qui fabriquera les produits que le franchiseur fournira aux franchisés principaux et, par leur intermédiaire, aux sous-franchisés. Il n'est pas rare que le fabricant paie au franchiseur une redevance liée au droit qui lui est concédé de fabriquer ces produits. Là encore, il faut tenir compte des implications des règles de concurrence.

Les fabricants et fournisseurs peuvent aussi accorder des escomptes supérieurs à la normale ou des rabais rétroactifs². Il s'agit de remises, proportionnelles au volume des ventes, qui sont appliquées lorsqu'un certain volume déterminé aura été atteint. Cette méthode permet d'engendrer un bénéfice dans le cas d'achat en gros ; le problème est de savoir qui a droit au versement de ces remises. Certains franchiseurs et

² La notion de « rabais » et de « remise » est entendue ici largement.

franchisés principaux considèrent que ce droit leur appartient de même que les sous-franchisés dans la mesure où ce sont les efforts qu'ils ont engagés pour atteindre ce volume de vente qui est le fait générateur de ces paiements. Si le franchiseur et le franchisé principal font en sorte de recevoir eux-mêmes ces paiements, ils ne devront pas s'en cacher et devront l'indiquer aux sous-franchisés. Toute loi relative à l'information sur la franchise que le franchiseur doit fournir au franchisé, ainsi que toute réglementation relative à la concurrence qui serait applicable, devra être prise en considération afin de déterminer si la relation envisagée entre dans le champ d'application de ces lois. Outre ces rabais, les fabricants et fournisseurs vont parfois apporter une contribution à la publicité, à la distribution et aux activités promotionnelles, tant sur un plan national que sur les divers points de vente³.

La situation est relativement différente en matière de franchise de services dans la mesure où les produits fournis et les revenus dégagés par ceux-ci auront une incidence bien moindre que dans une franchise de distribution de produits et ce, même s'il peut y avoir un certain nombre de produits accompagnant le service.

D. CALCUL DU MONTANT DES PAIEMENTS ET MODES DE PAIEMENT

La façon dont les redevances d'exploitation seront réglées devra refléter l'accord entre le franchisé principal et ses sous-franchisés. Si, par exemple, les sous-franchisés paient leurs redevances le dix de chaque mois, exiger du franchisé principal qu'il effectue les paiements relatifs à la même période au même moment sera pratiquement impossible. Le franchisé principal devra bénéficier d'un certain temps pour collecter les informations et les fonds lui permettant de faire son rapport et de rendre compte au franchiseur. Les délais de paiement et les délais nécessaires à l'établissement des comptes, à tous les niveaux, doivent prendre cet aspect pratique en considération.

Un autre problème rencontré fréquemment concerne la question de savoir si le franchisé principal sera obligé de payer des redevances au franchiseur, même s'il n'a pas été payé par ses sous-franchisés. Ce problème doit être réglé entre les parties ; le franchiseur peut toutefois être réticent à l'idée de partager les risques que court le franchisé principal. Il

³ Voir chapitre 8 « Publicité et contrôle de la publicité ».

est courant de prévoir une clause selon laquelle le franchisé principal devra s'assurer que les sous-franchisés respectent et remplissent les obligations des contrats de sous-franchise de sorte qu'une telle clause aura pour effet que si le franchisé principal ne collecte pas les redevances et les rapports financiers de ses sous-franchisés, cela constituera une rupture du contrat. Bien qu'une telle clause puisse sembler excessivement drastique pour le franchisé principal, il est de première importance, pour l'ensemble du réseau, que le franchisé principal contrôle convenablement ses sous-franchisés et s'assure qu'ils remplissent leurs obligations. Ce n'est que si tous les membres du réseau respectent ses normes, en matière de qualité des produits ou des services offerts notamment, que la réputation de l'ensemble du réseau sera maintenue. En termes financiers, un sous-franchisé mauvais payeur ne paiera pas ses redevances ; de plus il ne fera généralement pas état de ses ventes, ce qui rendra en pratique impossible le calcul de son dû. Il est donc important que ces points soient prévus dans le contrat.

Il faut aussi tenir compte des délais du système bancaire ; certains paiements peuvent mettre un temps démesuré pour être transférés de la banque A dans un pays X à la banque B dans un pays Y. Malgré l'existence de systèmes électroniques permettant des transferts instantanés, on ne peut compter sur les banques pour utiliser la méthode de transmission la plus rapide des fonds et il convient donc que le contrat spécifie la méthode à utiliser. Certains franchiseurs ouvrent un compte bancaire sur le territoire concerné afin d'être en mesure de recevoir le paiement rapidement.

Systématiquement, le franchiseur précisera la devise dans laquelle le paiement devra être effectué. En général, le franchiseur préfère être payé dans sa devise, même si parfois une troisième devise rencontre la préférence des parties. Il est nécessaire de prévoir dans le contrat une date pour la conversion et il peut être opportun de préciser le taux de change de quelle banque sera utilisé pour cette conversion à la date du paiement et à qui incombera le coût du change et du transfert. Le contrat devrait aussi prévoir quelle sera l'alternative si la devise ne peut être convertie en raison d'un contrôle des changes. En raison de la longue durée des contrats de franchise principale, des clauses y prévoient souvent l'éventualité de la mise en place d'un contrôle des changes à l'avenir. Une solution drastique est parfois envisagée dans les contrats, prévoyant que le franchiseur pourra mettre fin au contrat si des restrictions résultant du contrôle des changes sont ainsi imposées, rendant les paiements

impossibles. Lorsqu'une autorisation permettant le transfert de fonds à l'étranger est requise, il faut savoir qui du franchiseur ou du franchisé principal sera tenu à obtenir cette autorisation. En toute hypothèse, il sera dans l'intérêt de chacune des parties de coopérer pour toutes les demandes qui devraient être ainsi faites.

E. CONSIDÉRATIONS FISCALES

Le contrat devra aborder les aspects fiscaux des paiements, tant dans le pays du franchiseur que dans le pays d'accueil. Il n'est pas certain que la redevance initiale sera considérée comme exempte de toute retenue à la source par les autorités fiscales du pays du paiement. Le franchiseur pourrait ainsi s'apercevoir que la redevance initiale fera l'objet d'une imposition. Plus encore, la définition de « *royalties* » devra être examinée. Tout traité relatif à la double imposition devra être pris en compte afin d'assurer au franchiseur qu'il pourra recevoir des paiements libres de toute retenue fiscale s'il le désire. Le contrat devra permettre au franchiseur d'obtenir le bénéfice de tout traité sur la double imposition en s'assurant que la preuve du paiement dans le pays d'accueil correspond à ce qui est demandé pour bénéficier du traité. Tout traité sur la double imposition qui serait applicable devra être examiné dans son entier pour les conséquences fiscales que cela aura sur la transaction et sur la façon dont l'accord devra être structuré. Les franchisés tenteront d'éviter d'avoir à payer plusieurs fois un impôt sur chaque paiement. Un autre risque auquel s'expose le franchiseur est que le paiement des redevances de franchise soit considéré par la loi du pays d'accueil comme une activité commerciale du franchiseur dans ce pays.

Certains franchiseurs font figurer dans leur contrat des clauses connues sous le terme de « *grossing-up* ». Ces clauses prévoient que si une taxe est déductible, elle doit être supportée par le franchisé principal qui devra augmenter le montant de la somme qu'il paye au franchiseur afin que ce dernier reçoive net le montant qu'il aurait reçu s'il n'y avait pas eu de prélèvement fiscal. Ces clauses visent à augmenter le montant des redevances payables par le franchisé principal puisqu'il paye les taxes qu'aurait dû verser le franchiseur sur les paiements qu'il lui effectue. Ce coût ne peut être récupéré sur le réseau franchisé. Le franchisé principal devra donc vérifier ses prévisions financières et ses prévisions de liquidités s'il se sent obligé d'accepter une telle clause, afin de s'assurer que le coût additionnel en résultant est acceptable.

Enfin, il convient de noter que certains pays prévoient la perception d'une taxe à la source sur les redevances de publicité payées par un franchisé principal à un franchiseur étranger. Dans un tel cas, le franchiseur n'en pâtira pas de manière substantielle quand, comme c'est souvent le cas, les lois du pays dans lequel le franchiseur perçoit ces sommes prévoient un crédit d'impôts correspondant au montant de la taxe retenue à l'étranger. Un problème se posera seulement si le franchiseur ne peut obtenir de crédit d'impôts dans son propre pays. Dans un tel cas, cela réduira les fonds disponibles pour les dépenses publicitaires⁴.

Il convient également de noter que, d'un point de vue fiscal, certains paiements seront considérés comme des capitaux et d'autres comme des revenus ; le fait de les identifier séparément faciliterait des négociations avec les autorités fiscales.

⁴ Voir chapitre 8, section C « Considérations financières » qui traite du traitement des redevances publicitaires ou des contributions publicitaires.

CHAPITRE 5

RÔLE DU FRANCHISEUR

Dans le cadre d'une franchise principale, le rôle du franchiseur ne doit pas être sous-estimé même si c'est le franchisé principal qui est le principal responsable de l'implantation du système franchisé dans le pays d'accueil et du développement du réseau de franchise.

Lorsque le franchisé principal a une certaine expérience dans son domaine, il n'est pas nécessairement familier avec le secteur commercial de la franchise. Par ailleurs, les techniques de commercialisation et autres savoir-faire utilisés dans la franchise ont été développés et testés par le franchiseur. Pour que le franchisé principal soit à même d'exploiter efficacement la franchise, il faut donc que le franchiseur lui transmette le savoir-faire qu'il a acquis en des années d'expérience, et qu'il l'assiste dans l'établissement et le développement de la franchise. En d'autres termes, le franchiseur a certaines obligations à remplir vis-à-vis de son franchisé principal et, par l'intermédiaire du franchisé principal, envers tout le réseau. De son côté, le franchisé principal a également des obligations à l'égard du franchiseur et du réseau dans la mesure où il doit suivre les techniques et méthodes mises au point par le franchiseur et s'assurer que ses sous-franchisés agiront de même. Il y a là une tension naturelle entre les parties relative d'une part à l'étendue des obligations du franchiseur et aux droits correspondants du franchisé principal et, d'autre part, à l'étendue des obligations du franchisé principal et aux droits correspondants du franchiseur.

Les premières tensions se rencontrent dans le système et dans le droit ou l'obligation d'adapter ce système aux exigences locales. Un franchiseur considère naturellement que son système est unique et il souhaite qu'il soit exploité et appliqué avec le moins de modifications possibles. Le franchiseur a en outre une tendance naturelle à croire que tous les éléments de son système sont évidents et que son manuel et sa formation sont si élaborés que le franchisé principal n'aura pas besoin de tellement d'aide pour implanter et exploiter correctement le système de franchise dans le pays d'accueil. De son côté, le franchisé principal a le souhait légitime de disposer d'autant de liberté que possible afin de pouvoir

adapter la franchise aux exigences du territoire qui lui est concédé. Il souhaite de façon tout aussi compréhensible recevoir du franchiseur une aide substantielle à l'origine et pendant l'exploitation du réseau. Ces intérêts divergents doivent être rééquilibrés dans le cadre des négociations entre les parties. Le franchiseur doit pouvoir être certain que le franchisé principal sera capable de réaliser ce à quoi il s'engage, et le franchisé principal doit pouvoir s'assurer qu'il recevra un minimum de ce qu'il exige pour pouvoir réussir.

Il est évident que le franchiseur ne peut pas donner au franchisé principal une liberté illimitée pour adapter le système, un réseau de franchise transfrontalière, voire mondial ne pouvant être développé ou exister sans un important degré d'homogénéité et une identité propre. Néanmoins, la responsabilité principale des adaptations à apporter au système incombe normalement au franchisé principal, les points à discuter étant liés au degré de contrôle que le franchiseur doit ou souhaite exercer afin de pouvoir mesurer l'ampleur des adaptations envisagées. Il est évident que tout franchisé principal aura besoin de l'assistance du franchiseur au moment où il implantera le nouveau concept de franchise dans le pays d'accueil. Là encore, il convient de discuter du degré d'implication du franchiseur. Toutes ces questions sont étroitement liées à des questions financières. L'adaptation du système par un franchisé principal, tout comme l'assistance initiale et permanente fournie par le franchiseur, nécessitent d'importantes ressources, tant en termes humains que financiers. Le montant des redevances initiales, d'exploitation et autres dépend ainsi dans une large mesure des tâches et obligations attribuées à chacune des parties. Réciproquement, le montant des redevances que le franchiseur peut réclamer dépend, entre autres, du nombre et de l'étendue des obligations qu'il est lui-même prêt à accepter et à respecter.

Les contrats de franchise principale énoncent les obligations du franchiseur. Qu'ils contiennent une brève liste des quelques obligations de base ou une énumération détaillée de toutes les obligations auxquelles peut avoir à s'engager le franchiseur dépend *in fine* de la façon dont est rédigé le contrat¹, de la maturité commerciale du système et du pouvoir de négociation de chacune des parties et ce, même si un contrat type rédigé par le franchiseur sert souvent de base aux négociations. Les coutumes et lois locales sont également à prendre en considération en la matière. Il convient toutefois d'observer que les parties sont bien avisées d'éviter l'utilisation d'un langage trop vague ne permettant pas de comprendre

¹ Sur la question de la rédaction, voir chapitre 1, section B.V. « Rédaction de contrats internationaux de franchise », et en particulier la sous-section b) « Techniques de rédaction ».

précisément quelles sont les obligations du franchiseur, ou de faire de longues listes se voulant exhaustives, cela risquant de faire naître certains espoirs que le franchiseur ne pourra manifestement pas satisfaire.

Schématiquement, les obligations du franchiseur peuvent être divisées en obligations initiales et en obligations intervenant au cours de l'exploitation. Il est conseillé aux parties de tenir compte de tous les points soulevés ci-après afin de décider de l'opportunité de les traiter dans leur contrat de franchise principale.

A. OBLIGATION D'INFORMATION

I. INFORMATION INITIALE

Une fois le contrat de franchise principale signé, le franchiseur fournit généralement au franchisé principal toutes les informations sur le système franchisé lui permettant d'une part d'adapter le système aux conditions du marché local et d'autre part de commencer son exploitation. Le franchisé principal aura lui-même les connaissances nécessaires des exigences locales pour pouvoir déterminer quelles sont les modifications souhaitables. De ce point de vue, l'expérience qu'il a acquise lors de la mise en place d'une unité pilote revêt une importance considérable. Le franchiseur doit notamment fournir au franchisé principal toutes les informations que celui-ci doit transmettre aux sous-franchisés potentiels, que ce soit pour des raisons juridiques ou commerciales. Les informations relatives au système franchisé et à son exploitation sont généralement communiquées lors de stages de formation initiales² et par des manuels d'instructions³.

Les autres informations dont le franchisé principal a habituellement besoin et qui peuvent figurer dans certains contrats comme étant des informations que le franchiseur doit fournir, comprennent :

- ◆ les caractéristiques techniques ou la composition chimique des produits devant être importés dans le pays d'accueil et peut-être adaptés s'il faut obtenir certaines autorisations, ou dont l'importation ou l'usage requerrait une autorisation et/ou une inscription auprès des autorités locales. Il est naturellement important de s'assurer que ces produits peuvent être vendus dans le pays d'accueil. Il faudra clairement définir à qui incombera l'obligation

² Voir section B « Formation », *infra*.

³ Voir section C « Manuels », *infra*.

d'obtenir l'autorisation ou l'enregistrement des produits concernés ;

- ◆ les informations sur les conditions économiques et juridiques du marché local. Le franchiseur réunit souvent ces informations avant d'entrer en négociations avec le franchisé principal. Cela comprend des informations relatives à l'objet de la franchise, à la disponibilité de matières premières ou encore aux implications juridiques susceptibles d'affecter la cession de la franchise.

II. INFORMATION CONTINUE

Le contrat prévoit en général une obligation continue pour le franchiseur de fournir au franchisé principal une information régulière sur les développements et les améliorations du système⁴, comme sur les événements relatifs au réseau (éventuellement mondial). A chaque fois que des améliorations sont apportées au système ou que le savoir-faire est modifié, une information relative à cela doit être transmise, par exemple, par le biais d'une mise à jour des manuels. Les moyens modernes de communication comme le courrier électronique, peuvent aussi être utilisés pour transmettre l'information, notamment si cette information concerne des événements relatifs au réseau.

B. FORMATION

Une formation adaptée du franchisé principal et des sous-franchisés détermine le succès de toute franchise. Les obligations du franchiseur quant à cette formation figurent en général dans une section distincte du contrat, une distinction étant habituellement faite entre la formation initiale et la formation continue.

I. FORMATION INITIALE

Idéalement, la formation initiale et l'étude des manuels permettraient au franchisé principal de connaître toutes les composantes du système franchisé, notamment le savoir-faire du franchiseur⁵, lui permettant d'exploiter une unité franchisée. Plus spécialement, la formation initiale doit donner au franchisé principal tous les éléments nécessaires pour l'établissement et l'administration d'un réseau franchisé, y compris ce qu'il

⁴ Voir chapitre 12 « Adaptations du système franchisé ».

⁵ Voir chapitre 11 « Savoir-faire et secrets d'affaires ».

est nécessaire de savoir pour la commercialisation et la vente des unités sous-franchisées et la véritable gestion du réseau, c'est-à-dire, tout ce qu'il faut savoir pour être un franchiseur dans son propre pays. Si cela s'avère nécessaire, le franchiseur peut en outre transmettre une expertise particulière comme l'utilisation d'un logiciel spécifique ou de machines sophistiquées. La fourniture de cette formation initiale n'est pas aisée. C'est pourquoi beaucoup de franchiseurs exigent de leurs franchisés principaux qu'ils assistent aux cours de formation offerts dans leur propre pays et dans leur propre institut de formation. Observons toutefois que le niveau de la formation fournie par les franchiseurs est variable. En toute hypothèse, la durée relativement courte de la formation initiale ne suffira pas pour acquérir toutes les qualifications et le savoir-faire développés par le franchiseur qui sont le fruit de plusieurs années d'expérience. Il est donc recommandé de rapporter ce savoir-faire dans un « manuel du franchisé principal »⁶. La formation initiale doit également permettre au franchisé principal de former ses futurs sous-franchisés. Dans cette optique, il faudra envisager la possibilité que le franchiseur enseigne à son franchisé principal comment mettre en place des structures de formation.

La formation peut être dispensée au franchisé principal en personne, à ses dirigeants ou à tout autre représentant du franchisé principal qui sera responsable de la conduite effective de la franchise principale. Le franchiseur peut également s'engager à former les sous-franchisés et peut à cet effet exiger que cette formation se tienne dans ses propres locaux de formation.

La formation initiale du franchisé principal et par voie de conséquence celle des sous-franchisés, est une condition fondamentale au succès du réseau de franchise. Cette importance doit ressortir du contrat de franchise principale qui doit clairement indiquer la durée de la formation, l'endroit où elle sera dispensée, en quelle langue et quelles en seront les composantes essentielles. La possibilité d'introduire des modifications dans ce domaine, comme par exemple changer le lieu où est dispensé l'enseignement doit aussi être prévu. Il faut là encore observer que selon le type de franchise, la formation initiale peut s'étendre sur une certaine période de temps après que le contrat ait été mis en œuvre sur le plan commercial. Le contrat doit également définir clairement qui supportera les coûts découlant de cette formation. Dans la plupart des cas, la formation initiale sera couverte par la redevance initiale, mais le coût du

⁶ Voir section C *infra*.

transport, d'hébergement et des autres dépenses relatives à la formation seront en général à la charge du franchisé principal. Dans la mesure où cette formation initiale est la base des futures activités du franchisé principal, il est souhaitable que le franchiseur s'assure que les barrières linguistiques n'entravent pas le succès de cette formation. Ceci est également important dans l'hypothèse où le franchiseur s'engage à former lui-même les sous-franchisés.

II. FORMATION CONTINUE

Dans la plupart des cas, il est conseillé de prévoir que des sessions additionnelles de formation seront régulièrement dispensées au franchisé principal et/ou à ses représentants au cours de la relation contractuelle. Le but de ce programme de formation continue est de maintenir le franchisé principal informé des développements et améliorations du système franchisé. Étant donné que ces programmes de formation ont généralement lieu dans les locaux ou structures de formation du franchiseur, ils permettent un contact régulier entre les employés du franchiseur et les franchisés principaux et leurs équipes. Il convient de conseiller que le contrat de franchise principale expose clairement la durée de ces programmes de formation, ce qu'ils impliquent, ainsi que les engagements financiers de chaque partie. Selon la nature de la franchise, ces programmes de formation sont facultatifs ou obligatoires.

III. OBLIGATIONS RÉSULTANT D'UNE FORMATION INFRUCTUEUSE

En matière de franchisage national notamment, il est possible que le franchiseur réalise pendant la période formation initiale, voire pendant la formation continue, qu'une personne suivant cette formation ne se révèle pas compétente pour les tâches auxquelles elle est formée. Dans un tel cas, la sagesse voudrait que le franchiseur en informe en premier lieu la personne concernée, puis mette un terme à la relation contractuelle. Un franchiseur qui souhaiterait avoir cette possibilité est bien avisé de le faire figurer de façon claire dans le contrat. Dans cette optique, la possibilité d'un remboursement partiel ou intégral des redevances payées pour la formation et/ou du droit d'entrée pourra être envisagée. Cette situation se produit moins fréquemment dans le cadre d'une franchise principale puisque le franchisé principal n'est sélectionné que lorsque le franchiseur

est sûr qu'il réunit les qualités nécessaires pour agir comme un franchisé principal compétent.

C. MANUELS

I. MANUELS DES UNITÉS SOUS-FRANCHISÉES ET MANUELS DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Dans la plupart des systèmes de franchise, notamment dans le cadre des accords de franchise d'exploitation d'entreprise, le savoir-faire et autres droits de propriété intellectuelle sont décrits dans les manuels fournis par le franchiseur au franchisé principal. Ces manuels exposent également en détail la façon dont les marques du franchiseur pourront et devront être exploitées et comment le système franchisé doit être mis en œuvre.

Il peut être prévu que toutes les stipulations de ces manuels devront être considérées comme formant une partie intégrante du contrat de franchise principale, exactement comme si ces manuels avaient été effectivement incorporés dans le texte du contrat. Il en résulte que l'une des obligations principales du franchiseur est de remettre au franchisé principal une copie de ces manuels au moment de la conclusion du contrat de franchise principale ou juste après. Il est en outre généralement souhaitable de permettre au franchisé principal d'examiner le contenu de ces manuels avant la conclusion du contrat, étant ici précisé que dans ce cas, l'information fournie au franchisé principal doit être considérée comme confidentielle. Si le franchisé principal n'a pas bénéficié de la possibilité d'examiner le contenu de ces manuels, ou au moins d'en consulter la table des matières, certains tribunaux en concluront que le franchisé principal n'est pas lié par leur contenu dans la mesure où il n'en a pas été informé avant la conclusion du contrat.

Dans la plupart des cas, les manuels remis par le franchiseur portent sur la conduite des unités franchisées et décrivent le fonctionnement du système franchisé. Dans le cas de la franchise principale toutefois, le franchisé principal n'agit pas simplement comme un franchisé ; il agit également comme un franchiseur envers ses sous-franchisés. Le franchisé principal doit donc se voir fournir toute information lui permettant d'agir comme un franchiseur. Parmi les moyens choisis par les franchiseurs pour fournir cette information aux franchisés principaux se trouve la fourniture d'un manuel détaillant les obligations qui incomberont au franchisé principal en sa qualité de « franchiseur ». Ce type de manuel donne

également des informations sur la nature de la relation franchiseur/franchisé.

Dans la mesure où les manuels contiennent tout le savoir-faire du système du franchiseur, le franchiseur doit pouvoir en contrôler l'utilisation afin de protéger son savoir-faire. Pour cela, il est recommandé que les manuels restent la propriété du franchiseur et qu'ils soient considérés comme étant simplement prêtés et non délivrés au franchisé principal. Si les manuels sont simplement prêtés, le franchisé principal se voit demander à la fin du contrat de retourner au franchiseur tous les exemplaires en sa possession.

Il convient ici d'observer qu'en pratique, peu de franchiseurs opérant à un niveau international fournissent à leurs franchisés principaux des manuels leur expliquant comment être des franchiseurs. La pratique courante semblerait être de faire figurer les règles principales dans le contrat de franchise, de former le franchisé principal, sur le plan opérationnel notamment, de l'orienter face à ses questions, notamment à l'occasion des visites que le franchisé principal peut rendre au franchiseur ou que le franchiseur peut rendre au franchisé principal.

S'agissant des manuels, une question importante est de savoir qui est responsable de leur traduction dans la langue locale et qui paie les dépenses ainsi occasionnées. Ce sujet doit être négocié entre les parties au contrat international de franchise principale et il est conseillé d'en faire état dans le contrat lui-même⁷.

II. ADAPTATIONS ET MODIFICATIONS

Les lois, langues, goûts ou coutumes et cultures du pays étranger dans lequel le franchiseur souhaite implanter son système de franchise seront le plus souvent sensiblement différents de ceux de son pays d'origine. Le système franchisé doit donc être adapté aux conditions locales et les manuels devront tenir compte de ces adaptations. Même s'il est conseillé, particulièrement en matière de franchisage international, que le franchiseur encourage le franchisé principal à suggérer les changements et adaptations lui paraissant nécessaires pour augmenter les chances de succès du système franchisé dans le pays d'accueil, le franchiseur doit néanmoins garder à l'esprit quel degré de contrôle il souhaite exercer *in fine* sur les modifications et/ou adaptations du système franchisé proposées

⁷ Sur la question de la traduction des manuels et autres documents, voir chapitre 1, section B.V. a) « Langue du contrat et des documents annexes ».

par le franchisé principal. De telles modifications ne devraient en principe être faites que dans les circonstances et aux conditions suivantes :

- a) des modifications et adaptations peuvent être effectuées seulement si elles sont rendues nécessaires par des différences claires, par exemple de coutume, culture, habitude et goût des consommateurs entre le pays d'accueil et le pays du franchiseur. Elles ne doivent pas émaner du seul désir du franchisé principal d'introduire des innovations qu'il considérerait comme bénéfiques au système franchisé ;
- b) lorsqu'une approbation écrite de la part du franchiseur est requise préalablement à la mise en œuvre de tout changement, cet approbation ne doit pas être abusivement refusé. Le droit du franchiseur de protéger l'esprit de son système est toutefois universellement reconnu et a pour conséquence que le franchiseur doit avoir une autorité extrêmement large pour refuser de procéder à tel ou tel changement. Toute modification dans le système franchisé qui occasionnerait un changement fondamental ou qui aurait un impact généralement négatif sur le réseau d'un pays voisin doit être soumis à l'assentiment préalable du franchiseur ;
- c) le franchisé principal devrait pouvoir effectuer toutes les modifications nécessaires pour se conformer aux lois du pays d'accueil, sans devoir obtenir l'accord du franchiseur. Le franchiseur doit néanmoins être informé de ces modifications avant qu'elles ne soient mises en œuvre puisqu'elles peuvent amener le franchiseur à reconsidérer son idée d'implanter la franchise dans le pays en cause ;
- d) toutes les modifications autorisées du système franchisé doivent figurer dans les manuels ; et
- e) toutes les modifications au système franchisé, qu'elles soient proposées par le franchiseur ou le franchisé principal, ainsi que tout savoir-faire résultant de ces changements doivent être expressément reconnus par le franchisé principal comme étant propriété exclusive du franchiseur et comme étant un élément constitutif du système franchisé. Si une telle reconnaissance concerne une amélioration faite par le franchisé principal, certains systèmes juridiques pourront considérer qu'il s'agit là d'une « *grant back license* », ce qui pourrait être illicite⁸. Dans de telles circonstances, il est habituel de prévoir que le franchisé principal octroiera au franchiseur une licence

⁸ Cf. droit européen de la concurrence.

perpétuelle mondiale sans redevances à payer à ce dernier permettant d'utiliser toutes les améliorations proposées par le franchisé principal et l'autorisant à sous-licencier son exploitation aux autres sous-franchisés du franchisé principal.

D. ASSISTANCE ET AUTRES SERVICES

L'information la plus complète et la meilleure des formations initiales ne suffisent parfois pas pour que le nouveau franchisé principal soit en mesure d'assurer une mise en œuvre parfaite de l'opération au stade du lancement. Il n'est donc pas inhabituel que le franchiseur fournisse à l'origine, mais aussi de façon continue, des avis sur l'adaptation du système aux conditions du pays d'accueil, des conseils sur la mise en place des structures opérationnelles et de direction du franchisé principal, sur la logistique du futur réseau, sur la mise en place de la première unité pilote en ce y compris, si cela est utile, sur la décoration intérieure, les installations et l'équipement, la mise en place des stocks, le recrutement du personnel et la préparation de la première ouverture⁹.

I. ASSISTANCE INITIALE

Jusqu'au jour de l'ouverture de la première unité pilote, et vraisemblablement pour une durée postérieure, l'assistance commerciale et technique du franchiseur est en général fournie par une équipe expérimentée du franchiseur. Cette assistance initiale est normalement couverte par la redevance initiale de franchise et le franchisé principal n'a donc pas à la payer séparément. Le franchiseur peut solliciter le remboursement des coûts de déplacement et d'hébergement de son équipe. L'étendue et la durée de l'assistance fournie dépendront pour une grande part du montant de la redevance initiale ; la distance géographique et culturelle entre le siège du franchiseur et le pays d'accueil est aussi prise en compte. Les conditions peuvent être si différentes que l'équipe du franchiseur est certes capable d'offrir une aide substantielle du point de vue technique de l'implantation du système, mais n'est pas en mesure d'offrir beaucoup au regard des autres questions de type opérationnel susceptibles de se poser. Cependant, lorsque des éléments culturellement étrangers du système de franchise conduisent à l'introduction d'instruments commerciaux nouveaux dans le pays d'accueil, il pourrait

⁹ Voir également chapitre 8 « Publicité et contrôle de la publicité ».

même s'avérer crucial que l'équipe du franchiseur assiste à la mise en œuvre de ces éléments étrangers.

Il n'y a pas de règles précises quant à la détermination de l'étendue de l'assistance initiale fournie par le franchiseur. Celle-ci résulte généralement de longues négociations et dépend principalement de la complexité du système franchisé, de l'environnement économique du pays d'accueil, de la propre expérience du franchisé principal et de l'étendue du contrôle que le franchiseur souhaite exercer sur les éventuelles adaptations du système de franchise. Elle varie également selon qu'il s'agit d'une franchise de services ou d'une franchise de distribution et selon que les biens et produits contractuels sont fournis principalement par le franchiseur ou par le biais de fournisseurs locaux. Dans la mesure où le franchiseur prescrit généralement des niveaux de qualité pour les services et/ou les biens objets de la franchise, il prodigue, habituellement et dans la plus grande mesure possible, des conseils ou recommandations quant aux sources d'approvisionnement, au moins pour les biens importés. Le franchiseur donne aussi en général son avis sur l'exploitation continue de la franchise, le recrutement du personnel, la tenue des livres et registres, les rapports, y compris les formulaires éventuels à utiliser : les techniques de vente à adopter, les relations publiques et les activités publicitaires. Habituellement, d'importants renseignements sur ces points figurent dans les manuels. A long terme, il est de l'intérêt du franchiseur et du système que le franchiseur apporte l'assistance la plus grande possible dans la mesure des moyens dont il bénéficie grâce aux montants des redevances initiales de franchise. Toutefois, il est possible que certains services spécifiques soient fournis contre paiement.

II. ASSISTANCE CONTINUE

Pendant toute la durée du contrat, le franchiseur peut fournir conseil et assistance sur certains points commerciaux, opérationnels et techniques. Il convient d'observer que dans certains pays, la fourniture continue d'une assistance technique et commerciale pendant toute la durée du contrat est un élément obligatoire et caractéristique du contrat de franchise. Dans certains cas, une *hot line* pour les franchisés principaux est mise en service afin de leur permettre de bénéficier d'une assistance rapide et efficace. Dans la plupart des cas, ces conseils continus, qu'ils soient offerts par téléphone ou par correspondance ne font pas l'objet de paiements spécifiques ; ce service est couvert par les redevances d'exploitation¹⁰. En contrepartie de la redevance d'exploitation, certains services réguliers

¹⁰ Voir chapitre 4 « Aspects financiers ».

peuvent également être fournis, comme une information sur le réseau ou le marché, le contrôle du développement de l'activité du franchisé principal et l'organisation de réunions régulières des différents franchisés principaux du système, au niveau régional notamment. Les frais de déplacement ne sont généralement pas compris.

Afin de s'assurer que ses niveaux de qualité sont respectés, le franchiseur ou ses représentants peuvent visiter régulièrement le franchisé principal et son réseau dans le pays d'accueil. Lorsque le franchiseur inspecte les points de vente des sous-franchisés, ses visites peuvent être considérées comme faisant partie des inspections régulières relatives à la qualité, aux services, à la sécurité et à la propreté que le franchisé principal doit normalement entreprendre. Les résultats de ces inspections sont donc généralement discutés avec le franchisé principal afin de tenter d'améliorer les performances des membres du réseau. Ces visites peuvent aussi permettre de contrôler l'efficacité du personnel du franchisé principal et d'améliorer la connaissance du franchiseur du marché local.

Le franchisé principal peut trouver plus rentable de rémunérer une équipe du franchiseur pour lui fournir certains services supplémentaires dont il peut avoir besoin plutôt que de consulter des conseillers extérieurs. Le personnel du franchiseur a une expérience plus longue et plus étendue sur la façon de vendre des franchises, de conduire avec succès des campagnes publicitaires, d'optimiser les ventes des produits et/ou services franchisés et d'adapter rapidement le système à des changements dans les conditions économiques. Il peut ainsi être judicieux que le franchiseur convienne de mettre à la disposition du franchisé principal des membres expérimentés de ses équipes internationales. Lorsque ces services optionnels sont offerts, les coûts engendrés doivent être clairement indiqués ; cela est souvent le cas dans le cadre des annexes au contrat ou dans les manuels.

III. ASSISTANCE FOURNIE AUX SOUS-FRANCHISÉS

Il est inhabituel, mais non exclu, que le contrat de franchise principale prévoie que le franchiseur fournisse une aide directe aux sous-franchisés. Dans la mesure où cela est en contradiction avec le concept de franchise principale, une telle assistance doit alors vraisemblablement être limitée à la phase initiale, ou, pour de courtes périodes, à des situations de crise. Lorsqu'une situation de crise perdure de manière excessive, la question se pose de savoir s'il doit être mis fin au contrat ou s'il convient de limiter l'exclusivité territoriale ou l'un des autres droits d'exclusivité qui ont été concédés¹¹.

¹¹ Voir chapitre 15 « Sanctions des obligations ».

E. AUTRES OBLIGATIONS DU FRANCHISEUR

I. FOURNITURE DE BIENS

Le franchiseur peut s'engager à fournir des biens au franchisé principal et aux sous-franchisés du réseau. Il peut prendre un tel engagement lorsqu'il souhaite imposer une obligation d'approvisionnement exclusif pour certains de ses produits ou fournitures initiales et également lorsqu'il souhaite s'assurer de la qualité des produits. Dans ce cas, les conditions de vente, comme toute limitation de la responsabilité du franchiseur, doivent être clairement stipulées dans le contrat¹².

II. PROMOTION

Le franchiseur s'engage généralement à promouvoir le réseau franchisé à l'échelon international. A cette fin, un fond publicitaire international est dans la plupart des cas mis en place, auquel tous les franchisés principaux doivent contribuer par le versement de redevances de publicité¹³.

III. PROTECTION DES MARQUES

Une autre obligation importante du franchiseur est la protection et son maintien de sa ou ses marques et autres droits de propriété intellectuelle, savoir-faire inclus, dont il autorise l'exploitation par le franchisé principal¹⁴.

IV. OBLIGATIONS ACCESSOIRES

Selon la nature du système franchisé en cause, le franchiseur peut avoir ou s'engager à certaines obligations telles que :

- ◆ la mise en service, l'entretien et la promotion d'un système de carte de crédit pouvant être utilisé dans son réseau international (par exemple, dans un réseau de location de voitures ou d'hôtellerie) ;
- ◆ la mise en place et le suivi d'un système mondial ou régional de réservation (par exemple, dans le domaine de la location de voitures ou de l'hôtellerie) ; ou
- ◆ la recherche de contrats de fourniture de produits et/ou services auprès d'autorités gouvernementales et autres institutions publiques, ou avec des clients parmi les plus importants, donnant accès à certaines offres de fourniture ou services étant offerts au

¹² Voir chapitre 9 « Fourniture d'équipements, produits et services ».

¹³ Pour plus de détails, voir le chapitre 8.

¹⁴ Voir chapitres 10 « Propriété intellectuelle » et 11, *cit.*

franchisé principal et à ses sous-franchisés, éventuellement contre le paiement de redevances complémentaires.

F. DROITS DU FRANCHISEUR

Une distinction claire entre les droits et obligations du franchiseur n'est pas toujours possible. Certaines obligations sont aussi des droits. Ainsi par exemple, le contrôle du réseau par le franchiseur peut être considéré comme une obligation puisqu'il appartient au franchiseur de sauvegarder la réputation du réseau et de s'assurer qu'un certain niveau de qualité est respecté ; mais il peut aussi être considéré comme un droit dans la mesure où le franchiseur se réserve le droit de contrôler les résultats du franchisé principal. Par ailleurs, une obligation est souvent conditionnée par le respect de ses propres obligations (il s'agit souvent d'obligations pécuniaires) par l'autre partie.

Le franchiseur peut également souhaiter se réserver d'autres droits en plus des droits/obligations normaux spécifiés dans le contrat, tels que le droit de soumettre à son agrément l'emplacement des unités franchisées dans le pays d'accueil, le droit d'agréer les sous-franchisés potentiels, le droit de désigner un membre au Conseil d'administration du franchisé principal, le droit de recevoir les redevances directement des sous-franchisés et non par l'intermédiaire du franchisé principal, de même que le droit de traiter directement avec les sous-franchisés sans être liées par les décisions prises par le franchisé principal par exemple. Il convient toutefois de prêter ici une attention particulière dans la mesure où de tels droits peuvent être considérés comme modifiant la nature de la relation entre les parties et créer un risque pour le franchiseur d'être poursuivi sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui¹⁵.

En outre, et comme cela vient d'être mentionné, le franchiseur peut se réserver dans le contrat de franchise principale le droit de procéder à des inspections périodiques des unités franchisées et d'offrir au franchisé principal des consultations périodiques sur l'activité des unités. Le fait de se réserver de tels droits peut s'accompagner du pouvoir qu'a le franchiseur de sanctionner des sous-franchisés peu performants.

¹⁵ Voir chapitre 2 « Nature et étendue des droits concédés et relations entre les parties ».

CHAPITRE 6

RÔLE DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Pour le franchiseur et les sous-franchisés d'un réseau, le franchisé principal est le véritable franchiseur du système dans le pays d'accueil. Le franchisé principal a des responsabilités envers le franchiseur comme envers les sous-franchisés. A l'égard du franchiseur, le franchisé principal constitue sa « présence » dans le pays d'accueil. Le franchiseur attend donc du franchisé principal qu'il gère la franchise comme il le ferait lui-même. A l'égard des sous-franchisés, le franchisé principal est leur franchiseur et ils attendront donc de lui qu'il se comporte comme un franchiseur responsable. En fait, si le franchisé principal remplit bien son rôle, les sous-franchisés le considéreront comme l'unique franchiseur.

En tant que détenteur des marques et/ou du nom commercial, de la clientèle, du système franchisé et des autres droits de propriété intellectuelle du franchiseur, le franchisé principal doit s'engager à plusieurs obligations relatives au développement et au suivi du réseau franchisé dans le pays d'accueil. Il est requis du franchisé principal de s'assurer que le type de franchise mis au point par le franchiseur peut fonctionner dans le pays d'accueil, puis d'y implanter la franchise, de développer le réseau et de fournir aux sous-franchisés la totalité des services que propose le franchiseur.

A. OPÉRATIONS PILOTES

Souvent, le système franchisé étranger est inconnu dans le pays d'accueil et le succès qu'il va rencontrer est incertain. Pour palier le problème de la viabilité de la franchise et le fait que le nom du franchiseur est peu ou pas connu, il peut être demandé au franchisé principal d'établir une ou plusieurs unités pilotes. Il convient toutefois de relever que c'est souvent le franchiseur lui-même qui mettra en place ces unités pilotes. Le but de ces installations pilotes est de vérifier si l'activité, objet de la franchise, est viable et quel pourra être son succès dans le pays d'accueil.

Les résultats des installations pilotes permettront également l'adaptation du système du franchiseur en tenant compte de l'expérience acquise. Les opérations pilotes apportent aussi une certaine aide dans la commercialisation des sous-franchises dans la mesure où la capacité de démontrer que l'opération est un succès constitue un élément essentiel de sa commercialisation. Dans certains pays, les codes de déontologie des associations de la franchise peuvent exiger la mise en place d'opérations pilotes. Le règlement CEE 4087/88 relatif à l'application de l'article 85(3) du Traité de Rome à certaines catégories d'accords de franchise définit le savoir-faire du franchiseur comme « résultant de l'expérience du franchiseur et testé[s] par celui-ci »¹, ce qui correspond, dans une certaine mesure, à l'expérience pratique que permet de fournir l'installation pilote.

L'expérience acquise grâce aux installations pilotes aidera le franchisé principal à déterminer la réglementation applicable au système franchisé dans le pays d'accueil. Il peut s'avérer souhaitable de faire figurer certains éléments de cette réglementation au sein des manuels d'exploitation. De plus, l'expérience acquise dans la conduite d'une installation pilote peut permettre au franchiseur de renforcer son point de vue sur le site, ou indiquer quelles sont les différentes considérations locales à prendre en compte pour établir des critères pour la conduite de la franchise qui soient adaptés au territoire particulier. L'expérience acquise par le biais de ces installations pilotes permettra enfin au franchisé principal d'apporter une assistance plus adéquate aux sous-franchisés.

B. PLAN DE DÉVELOPPEMENT

Le franchiseur impose systématiquement au franchisé principal certaines obligations afin d'assurer un développement ordonné et réaliste de son réseau au niveau local. Certaines obligations détaillées sont, par exemple, imposées quant à la rapidité avec laquelle les unités sous-franchisées devront être ouvertes. De telles obligations sont généralement définies dans le plan de développement.

Il est normal de trouver dans les contrats de franchise principale un plan de développement définissant les taux de croissance annuelle et cumulée du réseau dans le pays d'accueil (ces taux, habituellement

¹ Article 1(3)(f).

exprimés en nombre d'unités franchisées, sont parfois exprimés en volume). A défaut, le franchiseur pourrait douter que le franchisé principal s'investit suffisamment dans l'exploitation du territoire concédé. Les franchiseurs attachent une grande importance au plan de développement, notamment lorsque des droits d'exclusivité sont octroyés ; il les protège en effet contre une sous-exploitation du territoire. A défaut pour le franchisé principal d'accepter un plan de développement que le franchiseur considère comme réaliste, le choix de la franchise principale risque de perdre de son attrait pour le franchiseur. D'un autre côté, le franchisé principal doit être assuré que le plan de développement proposé par le franchiseur peut être respecté compte tenu notamment de l'étendue de l'investissement qu'il envisage ou qu'il peut se permettre d'engager dans le projet. Ces deux facteurs, le taux de croissance annuelle et le taux de croissance cumulée, font en général l'objet de longues discussions et négociations.

Si le contrat de franchise principale impose au franchisé principal des objectifs irréalistes, des dates limites pour l'ouverture d'unités franchisées, par exemple, celui-ci peut être tenté d'octroyer des sous-franchises à des sous-franchisés peu qualifiés, d'approuver des emplacements ou des locaux mal disposés ou de ne pas mettre un terme à des contrats de sous-franchise mal exécutés, ce uniquement dans le but de respecter ce plan de développement. Cela risque de causer un préjudice au franchiseur, qui subirait, soit un taux d'échec anormalement important sur le territoire concédé quand les sous-franchisés non qualifiés ou les unités franchisées mal situées échouent, soit une atteinte à ses marques et à sa réputation si des unités franchisées qui sont exploitées sans respecter véritablement les normes du système franchisé continuent à opérer. Un plan de développement réaliste doit donc être établi avec soin afin de réduire au minimum ces conflits potentiels.

L'établissement de plans de développement se heurte à certaines difficultés pratiques. Au moment où les parties négocient les termes du contrat, elles peuvent ne pas avoir les connaissances suffisantes leur permettant de juger quel taux de croissance peut être atteint. Il est certain que les prévisions du franchiseur seront plutôt optimistes alors que celles du franchisé principal plutôt pessimistes. La plupart des franchisés principaux potentiels préparent un « *business plan* » qui les aident à décider s'ils souhaitent ou non conclure le contrat de franchise principale. Une telle étude prospective doit tenir compte du taux de développement

que l'activité franchisée est à même d'atteindre. Si tel n'est pas le cas, le franchisé principal aura du mal à prendre une décision mesurée, quant au fait de devenir partie ou non au contrat, et à estimer le montant des investissements qu'il va devoir faire réaliser pour établir le réseau. Il faut tenir compte sur ce point de l'existence d'un nombre croissant de différentes formes de franchise, de même que du fait que ces diverses formes sont de plus en plus utilisées à l'intérieur d'un même système de franchise. Ceci peut influencer sur le plan de développement convenu entre les parties, dans la mesure où, par exemple, cela peut mener à la coexistence d'unités franchisées petites et grandes.

Comme cela a été préalablement indiqué, dans beaucoup de cas, il est nécessaire d'implanter dans le pays d'accueil un nom inconnu du public et un système qui n'y aura pas été testé. Ceci peut constituer un problème lorsque le franchisé principal hésite de ce fait à accepter de s'engager dans le plan de développement qui lui est proposé dans la mesure où il n'est pas assuré que ce plan sera juste, tant de son point de vue que de celui du franchiseur ; indiscutablement, il est nécessaire d'être relativement flexible. Lors de l'établissement d'un plan de développement, il est possible de s'inspirer des performances des concurrents sur le territoire concerné. Nombre de franchiseurs sont prêts à accepter un développement minimum, mais réaliste, au motif que si le système fonctionne, ils peuvent valablement espérer que le franchisé principal envisagera de le développer au maximum. Toutefois, il est important pour chacune des parties que le franchisé principal ait une obligation de développer suffisamment le réseau pour parvenir à un nombre de sous-franchisés lui permettant d'exploiter au maximum ses ressources, et donc, atteindre le développement prévu.

Au moment de l'établissement du plan de développement, l'expérience montre qu'il peut être nécessaire de discuter un facteur particulier ; certains systèmes de franchise, ont, avec le temps, rationalisé leur mode de fonctionnement en centralisant leurs fonctions de production et en établissant des unités satellites plutôt que des unités exploitant la totalité de l'activité². Cette approche résulte souvent soit du besoin d'exploiter plus efficacement le capital afin de rendre l'activité plus compétitive ou d'exigences relatives aux coûts des équipements dans la

² C'est le cas de certaines franchises de restauration rapide qui traitent de façon centralisée la préparation et la cuisson des aliments.

mesure où ceux-ci sont de plus en plus technologiques et tendent de plus en plus à devoir être changés rapidement.

C. RENOUELEMENT DES PLANS DE DÉVELOPPEMENT

Le problème des plans de développement ne cesse pas obligatoirement une fois que le contrat est exécuté ; le contrat peut en effet prévoir le droit du franchisé principal de renouveler ou proroger le contrat au moment de son terme³. Certains considèrent que le contrat de franchise principale doit être considéré comme un accord de longue durée comportant un droit illimité pour le franchisé principal de le renouveler, dès lors qu'il a respecté le plan de développement. Dans d'autres cas, il peut être mis un terme au droit de développer de nouvelles unités franchisées ; dès lors, le contrat de franchise principale restera en vigueur quant aux contrats de franchise par unité existants, jusqu'à ce qu'ils arrivent à leur terme. Une autre possibilité consiste à ce que le franchisé principal perde son droit exclusif au développement de nouvelles unités.

Lorsque le renouvellement du contrat est accordé, un plan de développement, quelle que soit sa forme, est sans aucun doute établi. Même si les parties sont d'accord pour considérer que le marché a été exploité au maximum, le franchisé principal se verra certainement demander par le franchiseur de s'engager à ce que le nombre d'unité existantes soit maintenu et à ce que tout sous-franchisé quittant le réseau soit immédiatement remplacé.

Dans l'hypothèse la plus fréquente, lorsqu'une exploitation maximum du marché n'a pas été atteinte, il faut trouver une méthode pour établir un nouveau plan de développement. Les points qui seront ici en discussion diffèrent quelque peu de ceux discutés au moment de la négociation initiale du contrat. Toute les inconnues initiales ont été résolues :

- ◆ le nom est connu ;
- ◆ le système franchisé fonctionne ;
- ◆ les possibilités et le rythme d'ouverture des unités franchisées.

Les discussions au moment du renouvellement ou de la prorogation du contrat portent généralement sur les points suivants :

- ◆ autres perspectives de développement ;
- ◆ temps nécessaire à la réalisation ;
- ◆ changements qui ont pu survenir dans le contexte commercial et économique du territoire concédé ;

³ Voir chapitre 3 « Durée du contrat et conditions de son renouvellement ».

- ◆ perspectives ressortant du « *business plan* » du franchisé principal ;
et
- ◆ autres facteurs devant être pris en compte.

D. OBLIGATIONS RELATIVES AU FONCTIONNEMENT DE LA FRANCHISE

Dans la mesure où le franchisé principal se voit confier la responsabilité de la protection de l'intégrité des droits licenciés par le franchiseur dans le pays d'accueil, on peut s'attendre à ce que les parties discutent dans le contrat de franchise principale des clauses imposant au franchisé principal de remplir certaines obligations, telles que :

- ◆ parvenir à un accord avec le franchiseur sur les critères de sélection des sous-franchisés et respecter ces critères afin de s'assurer que les sous-franchisés y répondent ;
- ◆ former les sous-franchisés selon la formation et les procédures de formation établies par le franchiseur ;
- ◆ conclure avec les sous-franchisés des contrats conformes aux contrats types nationaux du franchiseur après les adaptations nécessaires pour être applicables dans le pays d'accueil en tenant compte des différences le séparant du pays du franchiseur en termes juridiques et commerciaux.

Une fois ces contrats conclus, le franchisé principal doit s'assurer que les sous-franchisés en respectent les termes. Cela ne signifie pas nécessairement que si un sous-franchisé ne respecte pas ses obligations contractuelles le franchisé principal doit immédiatement entamer des procédures juridiques. Il existe d'autres méthodes à la disposition des franchisés principaux que l'initiative d'une procédure juridique pour convaincre un sous-franchisé ne respectant pas ses obligations de s'y conformer. Selon la nature du manquement, on peut envisager :

- ◇ une formation complémentaire ;
- ◇ une assistance accrue ;
- ◇ persuader le sous-franchisé d'améliorer ses performances ;
- ◇ tenter de persuader le sous-franchisé de vendre son fonds de commerce à un tiers qui pourrait prendre sa place dans le réseau.

Les clauses prévoyant ce type de méthode doivent être rédigées de telle sorte que le franchisé principal dispose d'un pouvoir suffisant pour gérer le réseau d'une façon relativement flexible, tout en s'assurant qu'il n'est pas porté atteinte aux droits de propriété du franchiseur ;

- ◆ s'assurer que les sous-franchisés font bien ce qu'ils doivent faire et obtenir l'exécution du contrat de sous-franchise ;
- ◆ de respecter en général ses obligations de franchiseur conformément aux termes du contrat de franchise principale.

Le contrat de sous-franchise doit inévitablement imposer aux sous-franchisés d'une part certaines obligations financières et, d'autre part, des obligations de rendre compte. Cela inclut notamment l'obligation de faire remonter son chiffre d'affaires, afin que les redevances de franchise puissent être calculées et vérifiées, et de fournir toute information financière et comptable relative à son activité. Les paiements, effectués au franchisé principal et les rapports sur le fondement desquels ceux-ci sont établis, servent ensuite de base au montant des règlements faits par le franchisé principal au franchiseur. Le franchisé principal doit donc s'assurer que les sous-franchisés respectent leurs obligations de rendre compte et les délais de paiement auxquels ils se sont engagés. Le franchisé principal doit aussi vérifier l'exactitude des renseignements financiers qui lui sont fournis de même que des paiements effectués par les sous-franchisés⁴.

Le franchisé principal a, dans le pays d'accueil, la responsabilité principale de s'assurer que le droit des marques est respecté et que les sous-franchisés exploitent les marques conformément à la loi⁵. Le franchisé principal a aussi à contrôler le marché dans le pays d'accueil, afin de détecter toute éventuelle atteinte aux marques. En principe, c'est au franchiseur qu'il appartient d'entamer toute procédure utile à l'encontre des personnes portant atteinte à ses marques et de supporter le coût de toute procédure judiciaire engagée, le franchisé principal et les sous-franchisés s'engageant de leur côté dans leurs contrats respectifs à apporter assistance et d'éventuelles preuves permettant au franchiseur de mener efficacement ces procédures. Dans certains pays, le droit des marques requiert que les licenciés se joignent à de telles procédures.

Lorsque les droits de propriété intellectuelle autres que les marques sont en cause, il est du rôle du franchisé principal, en tant que gardien de ces droits, d'entreprendre tout ce qui sera nécessaire pour les préserver. Le savoir-faire et les autres informations confidentielles que le franchiseur doit divulguer au franchisé principal, et par l'intermédiaire du franchisé

⁴ Voir chapitre 4 « Aspects financiers » pour une discussion relative à la personne qui supporte le risque du crédit.

⁵ Voir chapitre 10 « Propriété intellectuelle ».

principal aux sous-franchisés constituent des éléments importants de ces droits de propriété intellectuelle. En communiquant son savoir-faire au franchisé principal pour lui permettre d'exploiter son activité, le franchiseur impose au franchisé principal des obligations strictes visant à protéger la confidentialité du savoir-faire. Le franchisé principal doit néanmoins communiquer lui-même le savoir-faire à ses sous-franchisés et donc imposer à ses sous-franchisés certaines obligations pour qu'ils préservent également la confidentialité du savoir-faire du franchiseur. Il sera aussi attendu du franchisé principal qu'il agisse contre tout manquement de la part des sous-franchisés⁶.

Bon nombre de franchiseurs sont intéressés par la mise en place par le franchisé principal d'une infrastructure administrative et opérationnelle leur permettant de faire face à l'implantation, au développement et à l'exploitation du réseau. Il est fréquent que les franchiseurs requièrent la création de postes clés spécifiques tel que les postes de directeur général, directeur d'exploitation ou de directeur financier. Ceux qui occuperont ces postes clés peuvent se voir imposer une formation avec l'accord du franchiseur. Il est également envisageable de demander au franchisé principal de placer à ces postes seulement des personnes formées et agréées par le franchiseur.

Le contrat contiendra une ou plusieurs clauses relatives aux activités promotionnelles et publicitaires qui doivent être engagées et à la partie qui en a la charge⁷.

Tous ces facteurs tendent à permettre au franchiseur et au franchisé principal de mettre le franchisé principal à même d'établir dans le pays d'accueil une organisation ressemblant à celle du franchiseur dans son pays d'origine, une organisation fournissant la même palette de services et d'assistance dans le pays d'accueil que ce que le franchiseur fournit dans son propre pays⁸.

⁶ Voir chapitre 10 *cit.*, et 11 « Savoir-faire et secrets d'affaires ».

⁷ Voir chapitre 8 « Publicité et contrôle de la publicité » pour une discussion plus détaillée.

⁸ Voir chapitre 5, sections B « Formation » et D « Assistance et autres services »

E. QUESTIONS RELATIVES À LA LANGUE UTILISÉE

Beaucoup de franchiseurs trouvent qu'il est essentiel d'un point de vue administratif et avantageux sur le plan financier de pouvoir communiquer avec leurs franchisés principaux dans la langue du franchiseur⁹. En conséquence, le franchiseur fournit inmanquablement au franchisé principal de la documentation rédigée dans la langue du franchiseur. Cette documentation doit être adaptée et traduite pour pouvoir être utilisée dans le pays d'accueil. Bien qu'il soit en général demandé au franchisé principal de s'occuper, à ses frais, de la préparation des traductions, le franchiseur doit s'en réserver le droit d'auteur puisqu'à défaut, il perdra le contrôle de son savoir-faire.

On peut comprendre qu'un franchiseur ayant des ambitions internationales ne dispose pas d'un personnel ayant les compétences requises, en mesure de communiquer avec les franchisés principaux dans les langues des différents pays. Il est fréquent dès lors de prévoir une langue de communication afin d'éviter toute confusion. En règle générale, cette langue sera inmanquablement celle du franchiseur.

⁹ Sur la question linguistique, voir chapitre 1, section B.V a) « Langue du contrat et des documents annexes ».

CHAPITRE 7

CONTRAT DE SOUS-FRANCHISE

Les accords internationaux de franchise principale ne prennent généralement pas la forme d'un contrat tripartite. La structure à trois niveaux de la relation revêt le plus souvent la forme de deux contrats distincts : le contrat de franchise principale entre le franchiseur et le franchisé principal et le contrat de sous-franchise entre le franchisé principal et le sous-franchisé¹. Il est ainsi normal que ce soit habituellement le franchisé principal qui sélectionne les futurs sous-franchisés du réseau et qui conclue un contrat de sous-franchise avec chacun d'eux. Il existe cependant des cas où le franchiseur choisit quels seront les sous-franchisés éventuels et demande au franchisé principal de conclure des contrats de sous-franchise avec les personnes sélectionnées². La question est ici de savoir dans quelle mesure le franchiseur pourra influencer, voir contrôler, la sélection des sous-franchisés et la rédaction des contrats de sous-franchise.

L'une des caractéristiques de la franchise réside dans le fait que le franchiseur, par le biais du franchisé principal et des sous-franchisés, tente de reproduire dans le pays d'accueil un modèle de franchise qui a fait la preuve de son succès dans son propre pays. Il est naturel que le franchiseur souhaite reproduire le plus fidèlement possible le concept original. Cela s'explique non seulement par le fait que le réseau de franchise est exploité sous les marques appartenant, et assimilées, au franchiseur, et le fait que le système, déjà rôdé, a plus de chances de succès, mais aussi par le fait que les compétences des membres du personnel du franchiseur auxquels sont confiées les opérations de mise en place du réseau sont familiers avec la structure de la franchise, quel que soit l'endroit où est exploité le réseau ; ceci peut revêtir une importance considérable dans le cas où le franchiseur doit reprendre lui-même la conduite d'un réseau.

¹ Voir chapitre 2 « Nature et étendue des droits concédés et relations entre les parties ».

² Voir chapitre 2, section E « La structure à trois niveaux des accords de franchise principale ».

Le contrat de franchise principale et les contrats de sous-franchise font partie des instruments qui permettent au franchiseur de reproduire son concept de franchise. Le contrat de franchise principale peut ainsi imposer au franchisé principal l'utilisation de contrats types de sous-franchise plus ou moins identiques au contrat type de franchise utilisé par le franchiseur dans son propre pays, à la simple différence qu'ils ont été traduits dans la langue du pays d'accueil.

Dans plusieurs cas cependant, il n'est ni possible, ni approprié pour des raisons juridiques, économiques, culturelles ou autres, de traduire seulement le contrat de franchise type du franchiseur, le contrat ayant besoin d'être adapté aux exigences locales. Ces adaptations du contrat tiendront compte des modifications qui doivent être apportées au système afin qu'il puisse être introduit dans le pays d'accueil. Il est évident qu'il est impossible pour le franchiseur d'accepter des modifications de son système qui modifieraient la nature même de la relation entre les parties. Le franchiseur ne pourra ainsi pas accepter que seules les marques et/ou l'aspect des unités franchisées restent inchangés ; la relation qui existerait alors ne pourrait être qualifiée de franchise. Il peut cependant s'avérer nécessaire qu'il permette certaines modifications substantielles de son système afin de favoriser son succès dans le pays d'accueil. Dans la mesure où le franchiseur doit, afin de protéger ses droits, pouvoir contrôler quelles sont les modifications à introduire, il doit disposer également d'un certain contrôle sur la rédaction des contrats de sous-franchise ; la question est l'étendue de ce contrôle.

Un franchiseur disposera typiquement de deux options :

- ◆ il peut obliger le franchisé principal à utiliser son contrat de franchise type et à en respecter toutes les clauses à moins que celles-ci ne soient en conflit avec des normes d'ordre public, des pratiques commerciales ou des coutumes du pays d'accueil, le franchisé principal n'étant alors essentiellement responsable que de la traduction du contrat et de ses documents annexes ; ou
- ◆ il peut fournir une structure de base du contrat, indiquant quelles sont les clauses qu'il considère comme indispensables, mais en laissant au franchisé principal la rédaction du contrat type de sous-franchise.

Il n'y a pas de règles établies permettant de dire quand l'une ou l'autre de ces méthodes doit être utilisée. Cela dépendra de certains facteurs tels que :

- ◆ la maturité du système et l'expérience du franchiseur ;

- ◆ l'expérience commerciale et la solvabilité du franchisé principal ;
- ◆ la complexité du système ;
- ◆ la confiance qu'a le franchiseur dans les compétences du franchisé principal ;
- ◆ la distance tant géographique que culturelle, économique et juridique entre le pays du franchiseur et le pays d'accueil ;
- ◆ le niveau de familiarité avec le franchisage existant dans le pays d'accueil en général, et plus particulièrement du monde juridique.

Tous ces facteurs doivent être pris en considération lors du choix de la méthode de rédaction la plus appropriée.

A. PREMIÈRE OPTION : LE RESPECT DES CLAUSES D'UN CONTRAT TYPE IMPOSÉ

Comme cela a déjà été indiqué, la plupart des franchiseurs préfèrent que les termes du contrat type qui sera utilisé dans le pays d'accueil soient identiques à ceux figurant dans les contrats types qu'ils utilisent dans leur propre pays. En ce cas et logiquement, le franchisé principal assure, à ses frais, la traduction du contrat type mis au point par le franchiseur dans la langue du pays d'accueil. Afin qu'il y ait une adéquation absolue entre l'original du contrat et sa traduction, le franchiseur ajoute généralement certaines obligations supplémentaires dans le contrat de franchise principale, telles que :

- ◆ toute adaptation ou modification que le franchisé principal souhaite apporter au contrat doit obtenir l'agrément du franchiseur ;
- ◆ le franchisé principal ne peut utiliser la version traduite sans avoir obtenu l'accord écrit préalable du franchiseur ;
- ◆ le franchisé principal doit s'engager à ne pas adapter ou modifier la version traduite sans avoir auparavant consulté et obtenu l'accord écrit du franchiseur ;
- ◆ le franchisé principal doit s'engager à ce que chacun des futurs sous-franchisés soit soumis au contrat de sous-franchise type sur lequel un accord est intervenu ;
- ◆ le franchisé principal doit s'engager à ce que les sous-franchisés respectent le contrat de sous-franchise, et s'engager lui-même à faire respecter les termes de ce contrat, éventuellement par une action en justice si cela apparaît opportun ou nécessaire³, et

³ Voir chapitre 6 « Rôle du franchisé principal ».

- ◆ le franchisé principal doit s'engager à ce que tous ses sous-franchisés respectent certains critères d'admission ayant trait :
 - ◇ aux qualifications personnelles ;
 - ◇ à l'expérience commerciale requise ;
 - ◇ à la solvabilité.

Un franchiseur qui choisit cette option doit garder à l'esprit qu'en imposant l'utilisation d'une version traduite du contrat de franchise type, il risque de contrevenir à des normes d'ordre public et/ou à des pratiques commerciales et/ou culturelles particulières du pays d'accueil. Le franchiseur doit donc faire preuve d'une certaine flexibilité à l'égard des demandes d'adaptation du contrat de sous-franchise que pourrait lui présenter le franchisé principal. Cela ne signifie pas que le franchisé principal est totalement libre d'adapter le contrat de sous-franchise et ensuite de modifier le contrat adapté sans l'accord du franchiseur. Même lorsque le franchisé principal propose des adaptations ou modifications qu'il estime nécessaires pour que le contrat soit en conformité avec les lois, coutumes et pratiques commerciales du pays d'accueil, il doit fournir au franchiseur suffisamment d'informations lui permettant de justifier ces adaptations ou modifications. Par ailleurs, le franchiseur sera bien avisé de convenir avec son franchisé principal de critères de sélection des sous-franchisés, dans la mesure où les critères qu'il applique dans son propre pays peuvent ne pas être appropriés dans le pays d'accueil et éventuellement nuire au développement du système de franchise⁴. Si le franchiseur souhaite imposer certains critères de sélection à son franchisé principal, ces critères doivent être raisonnables, adaptés au système comme au pays d'accueil et, enfin, être acceptables pour le franchisé principal⁵.

Certains franchiseurs souhaitent donner leur agrément aux contrats de sous-franchise eux-même tandis que d'autres en exigent seulement une copie aux fins de contrôle. Toutefois, certains franchiseurs souhaitent pouvoir contrôler non seulement le contrat, mais aussi les franchisés et prévoient en conséquence que leur agrément soit sollicité pour chaque sous-franchisé potentiel. Dans certains cas, il se peut que le franchiseur se réserve le droit d'approuver le contrat et/ou d'agréer les sous-franchisés ; dans la plupart des cas, le franchiseur n'est pas véritablement en mesure d'exercer un tel droit. En fait, des procédures d'agrément de ce type peuvent s'avérer gênantes et constituer un obstacle à la dynamique de

⁴ Voir chapitre 6, section D « Obligations relatives au fonctionnement de la franchise ».

⁵ Voir chapitre 6 *cit.*

développement du système dans le pays d'accueil. Elles peuvent en outre entraîner pour le franchiseur des risques en termes de responsabilité.

Il faut garder à l'esprit que si un franchiseur a décidé d'exporter son système par le biais de la franchise principale, la raison essentielle en est invariablement que le franchiseur ne pouvait ou ne voulait pas investir son capital ou utiliser son propre personnel dans le marché étranger concerné, et a, en conséquence, décidé de s'en remettre à un franchisé principal. Dans la mesure où le franchisé principal supporte le risque financier le plus important dans le cadre du développement du système dans le pays d'accueil, il apparaît normal de transférer un certain degré de responsabilité au franchisé principal sur tous les plans possibles, y compris celui de la rédaction des contrats de sous-franchise.

B. SECONDE OPTION : LA PRESCRIPTION D'UNE STRUCTURE CONTRACTUELLE COMPORTANT CERTAINES CLAUSES INDISPENSABLES

Dans bien des cas, cette option est la plus appropriée. Elle est moins rigide et laisse au franchisé principal une plus grande liberté pour établir un contrat type. Dans ce cas, le franchiseur peut imposer l'ossature du contrat ainsi qu'un certain nombre de clauses impératives qu'il considère nécessaire à la transmission du système, à la protection de son savoir-faire et de ses droits de propriété intellectuelle, ainsi qu'au maintien de l'uniformité du réseau de franchise.

Le franchiseur peut ainsi exiger que figurent dans le contrat de sous-franchise type établi par le franchisé principal :

- ◆ une description générale du système franchisé ;
- ◆ une indication de l'étendue précise des droits octroyés par le contrat de sous-franchise ;
- ◆ une description du territoire concerné par le contrat (s'il y a lieu) ;
- ◆ la liste des droits et obligations du franchisé principal et du sous-franchisé ;
- ◆ des clauses relatives à la formation initiale comme à la formation continue, avec des indications sur la durée, le lieu et le contenu de cette formation ;
- ◆ des clauses relatives au contrôle des sous-franchisés en général et au contrôle de la qualité en particulier ;
- ◆ des clauses prévoyant que les membres du réseau devront régulièrement échanger leurs expériences respectives, soit dans le cadre de réunions de sous-franchisés, soit par tout autre moyen de

communication (ce qui peut comprendre la mise en place d'un conseil de sous-franchisés) ;

- ◆ des clauses relatives à la protection et au contrôle de l'exploitation des marques, du savoir-faire et des autres droits de propriété intellectuelle, clauses comprenant une reconnaissance expresse par les sous-franchisés de ce que les marques, savoir-faire et autres droits de propriété intellectuelle appartiennent au franchiseur ;
- ◆ des clauses relatives à la mise en œuvre des modifications qui seraient apportées au système ;
- ◆ des clauses relatives aux redevances, qu'il s'agisse de la redevance initiale, ou des redevances d'exploitation ;
- ◆ des clauses instituant des règles sur la façon dont les sous-franchisés doivent remplir leurs obligations de rendre compte, sur la façon dont les paiements devront être effectués et sur le droit de contrôle ;
- ◆ des clauses relatives au respect des lois locales, des termes du contrat de franchise et des manuels ;
- ◆ des clauses exigeant une assurance minimum et d'autres relatives aux indemnités ;
- ◆ des clauses relatives à la promotion et à la publicité ;
- ◆ des clauses relatives à la confidentialité et à la non-concurrence pendant la durée du contrat et après son expiration ;
- ◆ des règles relatives à la cession des droits découlant du contrat ;
- ◆ des clauses relatives à l'inexécution du contrat par le sous-franchisé et éventuellement par le franchisé principal ;
- ◆ des clauses relatives à la durée, au renouvellement et à la fin du contrat, la cession au franchiseur des droits tirés du contrat notamment ; et
- ◆ des clauses relatives au règlement des litiges, l'arbitrage, la médiation et la conciliation notamment.

La liberté relative laissée au franchisé principal ne doit pas exclure la possibilité pour le franchiseur de prévoir dans le contrat de franchise principale que :

- ◆ il souhaite approuver la version finale du contrat type de sous-franchise ;
- ◆ le franchisé principal ne doit pas s'écarter du, ou modifier le, contrat tel qu'approuvé par le franchiseur sans l'avoir auparavant consulté ou éventuellement avoir obtenu son accord écrit ;
- ◆ chaque sous-franchisé doit avoir signé un contrat type de sous-franchise avant de commencer à exploiter une unité franchisé ; et que

- ◆ une copie de chaque contrat de franchise signé doit lui être remise, non pour qu'il l'approuve, mais au moins pour qu'il puisse l'enregistrer.

Certaines des exigences évoquées plus haut que pourrait avoir le franchiseur dans le cadre de la première option citée peuvent aussi figurer dans le contrat de franchise principale.

Le franchiseur peut imposer la présence de certaines clauses clés, dont il peut même imposer la rédaction précise, telles :

- ◆ les clauses relatives à la façon dont les marques devront impérativement être utilisées, savoir-faire et autres droits de propriété intellectuelle, y compris celles relatives à la façon dont les services devront être fournis, la façon dont les biens doivent être présentés et fabriqués ainsi que les autres critères de qualité ;
- ◆ les clauses relatives à l'utilisation du matériel publicitaire fourni par le franchiseur ;
- ◆ les clauses relatives à la propriété et aux droits d'auteur sur les manuels (y compris la propriété de la traduction de ces manuels dans la langue locale et les droits d'auteur sur celle-ci) ;
- ◆ les clauses relatives à la confidentialité de chaque composant du système de franchise et celles relatives à l'exécution de ces clauses ; et
- ◆ les clauses imposant le respect par les sous-franchisés de toutes lois et réglementations applicables dans le pays d'accueil.

Il est dans l'intérêt des parties de faire figurer dans les contrats de sous-franchise une ou plusieurs clauses relatives à ce qui se passe lorsque le contrat de franchise principale arrive à son terme, que la fin du contrat résulte de l'arrivée du terme proprement dite ou d'une résiliation⁶. Il convient de rappeler que les alternatives existant dans un tel cas sont notamment la fin automatique des contrats de sous-franchise, la cession ou la transmission au franchiseur des contrats de sous-franchise et la possibilité que le franchiseur exerce son droit de sélectionner les sous-franchisés avec lesquels il souhaite continuer à entretenir des relations contractuelles⁷. Il va sans dire que chacune des parties au contrat de franchise principale doit prendre la peine de s'assurer que la solution choisie est admissible dans le pays d'accueil.

⁶ Voir chapitre 15 « Sanctions des obligations » et chapitre 16 « La fin des relations contractuelles et ses conséquences ».

⁷ Voir chapitres 15 et 16 précités.

C. CONFORMITÉ DU CONTRAT DE SOUS-FRANCHISE AUX LOIS DU PAYS D'ACCUEIL

Il est évident qu'un franchiseur ne peut jamais obliger un franchisé principal à rédiger et à utiliser un contrat de sous-franchise qui violerait les lois et règlements du pays d'accueil, ou qui conduirait les sous-franchisés à les violer. Dans la mesure où le franchiseur n'est habituellement pas assez familier avec les lois du pays d'accueil, il appartient au franchisé principal d'indiquer clairement et expressément les clauses du contrat type de sous-franchise proposées par le franchiseur qui seraient, selon lui, contraires aux lois locales et de discuter les alternatives possibles avec le franchiseur. Il apparaît opportun à un franchiseur raisonnable d'accepter ce genre d'échanges, notamment du fait qu'il doit logiquement exiger du franchisé principal la conformité des contrats types de sous-franchise avec les lois locales. Cela ne signifie pas que le franchisé principal doit essayer de tirer avantage de cette situation en remettant en cause toutes les clauses du contrat qui ne lui conviennent pas. Il doit respecter l'objectif et le droit du franchiseur de sauvegarder l'identité de son système de franchise par le biais contractuel. Le franchiseur et le franchisé principal doivent fonder leurs négociations sur l'objectif commun de faciliter l'expansion du réseau par le biais d'un contrat type de sous-franchise adapté aux circonstances juridiques et sociales locales tout en maintenant l'identité du réseau. Il est par conséquent possible que le franchiseur insiste sur certaines clauses fondamentales dans certains pays tout en acceptant des contrats un peu moins rigides dans d'autres.

Observons toutefois que si le franchisé principal doit lutter au cours des négociations pour que le franchiseur accepte chacune des modifications qu'il considère comme nécessaires ou appropriées afin de se conformer aux exigences locales, la relation risque assez vite de se transformer en une relation conflictuelle. Outre que ceci laisse mal augurer de la future coopération entre les parties, cela augmente considérablement les frais liés aux procédures initiales de chacune des parties.

D. EXÉCUTION DES CONTRATS DE SOUS-FRANCHISE

Il est une chose d'imposer au franchisé principal l'usage d'un modèle spécifique de contrat au commencement d'une relation ; il en est une autre de s'assurer que ce contrat sera toujours utilisé et exécuté dans le temps.

Plus la distance est grande entre le lieu du siège social du franchiseur et le territoire du franchisé principal, plus le franchiseur a à s'en remettre et à se fier au franchisé principal quant à l'exécution des obligations des sous-franchisés dans le cadre des contrats de sous-franchise⁸.

Bien qu'un franchiseur ait généralement la possibilité de mettre un terme au contrat de franchise principale, pour inexécution, dans le cas où le franchisé principal ne fait pas exécuter les contrats de sous-franchise, il peut avoir recours à d'autres solutions que la résiliation du contrat. Il peut par exemple réclamer une compensation pécuniaire au franchisé principal. Ce dernier pourra alors bien sûr se retourner contre les sous-franchisés ne respectant pas leur contrat.

Les sous-franchisés ne sont cependant pas les seuls responsables de l'inexécution du contrat de sous-franchise. Il arrive que le franchisé principal (généralement parce qu'il rencontre des problèmes pécuniaires) n'exécute pas convenablement ses obligations telles que décrites dans les contrats de sous-franchise. Si, dans un tel cas, les sous-franchisés en venaient à arrêter de payer des *royalties* ou à exploiter leur activité hors du système franchisé, le réseau mis en place par le franchisé principal risquerait de partir rapidement à la dérive. Dans la mesure où cela nuirait à la réputation du franchiseur, et non seulement dans le pays concerné, il semble conseillé au franchiseur d'obliger ses franchisés principaux à fournir aux sous-franchisés une adresse du franchiseur où ils pourront adresser leurs réclamations. Il est dans l'intérêt de tout le réseau que le franchiseur prenne au sérieux les réclamations des sous-franchisés et qu'il fasse tout son possible pour s'assurer que le franchisé principal respecte les termes des contrats de sous-franchise.

E. COMMUNICATION AVEC LES SOUS-FRANCHISÉS ET AMÉLIORATIONS PROPOSÉES PAR EUX

Le franchiseur et le franchisé principal ne sont pas les seuls à proposer des améliorations du système ; les sous-franchisés jouent également un rôle à cet égard⁹. Les sous-franchisés, proches des consommateurs, sont les premiers à réaliser quelles modifications ou améliorations peuvent être nécessitées par le marché. Ils soumettent donc généralement certaines suggestions et requêtes auxquelles le franchisé principal et le franchiseur devront répondre. Pour cette raison, le franchiseur est bien avisé d'exiger de ses franchisés principaux qu'ils

⁸ Voir chapitres 6, 15 et 16 pour une discussion complète de ces questions.

⁹ Voir chapitre 12 « Adaptations du système franchisé ».

s'assurent qu'il existe une communication constante avec les sous-franchisés, ainsi qu'un intense échange d'idées et d'expériences. De même, le franchisé principal a intérêt à organiser des réunions régulières des sous-franchisés du réseau. Le franchisé principal doit encourager ses sous-franchisés à lui faire des propositions quant aux améliorations qu'ils envisagent ; il doit bien sûr s'assurer qu'ils ne mettent pas ces améliorations en oeuvre sans l'obtention de l'accord préalable du franchiseur. Il appartient au franchisé principal d'obtenir cet accord. Il est conseillé de prévoir dans le contrat de sous-franchise quelles sont les règles à suivre afin que les améliorations suggérées par les sous-franchisés soient intégrées au système franchisé. Il va sans dire que ces règles devront respecter la législation en vigueur dans le pays concerné, les solutions différeront de pays à pays. Plusieurs solutions sont possibles ; il peut être prévu que ces améliorations soient entièrement transférées au franchiseur (avec ou sans indemnités) ou que ces améliorations fassent l'objet d'une licence d'exploitation au franchisé principal ou au franchiseur, avec ou sans exclusivité, mais que leur propriété sera réservée aux sous-franchisés. Permettre aux sous-franchisés de conserver la propriété des améliorations qu'ils ont conçues et qui ont été introduites dans le système franchisé dans son ensemble les encouragera à manifester leurs idées. Le fait d'offrir une indemnité appropriée ou d'instituer un système de récompenses de telles initiatives pourra également avoir un effet stimulant¹⁰.

F. CHOIX DU FOR ET DE LA LOI APPLICABLE

En général, le problème du choix de la loi applicable ne se pose pas dans le cadre des contrats de sous-franchise puisqu'il s'agit de contrats conclus entre des parties situées sur le même territoire national. Il arrive cependant qu'un franchisé principal ait des sous-franchisés dans plusieurs pays, ou dans plusieurs états d'un État fédéral. Dans ce cas, il est très vraisemblable que différentes lois s'appliqueront. Cette situation ressemble à celle du franchiseur ayant des franchisés principaux dans divers pays. Lorsqu'un franchisé principal choisit la loi qu'il propose appliquer au contrat, il peut prendre en considération les mêmes éléments qu'un franchiseur placé dans une situation internationale¹¹. Il est de toute façon conseillé d'adapter le choix de la loi et le choix du for à chaque situation.

¹⁰ Voir chapitre 12 *cit.*

¹¹ Voir chapitre 17 « Loi applicable et résolution des litiges ».

En règle générale, le franchiseur n'influence pas la politique du franchisé principal dans le choix de la clause attributive de compétence juridictionnelle figurant dans les contrats de sous-franchise. Le franchiseur peut néanmoins avoir un intérêt à ne pas souhaiter qu'il y ait de publicité autour des procès concernant son système et peut donc préférer que tout litige soit tranché hors des juridictions étatiques. Cela étant, il n'est pas acquis que le franchiseur puisse, voire doive, obliger ses franchisés principaux dans chaque pays à prévoir le recours à l'arbitrage dans leurs contrats de sous-franchise. Le franchiseur et le franchisé principal doivent convenir de la méthode de résolution des litiges la plus adaptée, après avoir envisagé les différentes possibilités, y compris la médiation. Dans les pays où le franchisage est relativement mal connu, et où les tribunaux nationaux risquent de rencontrer des difficultés à traiter de questions de la franchise, l'arbitrage peut sembler être la meilleure alternative dès lors qu'il est possible à un coût raisonnable et que les sentences arbitrales peuvent être facilement exécutées.

CHAPITRE 8

PUBLICITÉ ET CONTRÔLE DE LA PUBLICITÉ

La publicité joue un rôle majeur dans le succès d'un système de franchise. En cela, la franchise n'est pas différente des autres modes de distribution plus traditionnels. En matière de franchise internationale, comme pour les autres formes de commerce, un problème fondamental est, qu'à l'exception des systèmes ayant des marques connues, l'identité et la réputation du réseau doivent être construites à partir de rien. Cela peut bien sûr, à un certain degré, être le cas de franchises purement nationales, notamment dans des pays très vastes où il arrive qu'une franchise ne soit pas bien connue dans chaque région ; ce problème se rencontre plus souvent dans la franchise internationale.

La valeur et l'importance de la publicité et de la promotion dans la construction de la réputation et de l'image du système franchisé ne peuvent être niées. Le franchiseur et les franchisés partagent donc le même intérêt à maintenir une certaine uniformité de la publicité et des programmes promotionnels. Ceci revêt une importance égale sur le plan national et international, même si dans ce dernier contexte, certaines questions additionnelles vont se poser. La première de celles-ci concerne les moyens pour « partir de rien ». Ce qu'il convient faire varie selon les pays et dépendra des conditions économiques et sociales. Dans certains pays il peut s'avérer nécessaire de créer une certaine volonté de consommation là où avant il n'en existait pas ou peu. Dans un tel cas, le franchiseur et le franchisé principal doivent convenir clairement qui d'entre eux va devoir créer cette habitude de consommation et qui fournira cet investissement en termes de personnel et financières. Un franchisé principal potentiel sera habituellement prêt à accepter l'obligation d'introduire le système franchisé dans le pays, à moins que le franchiseur n'ait spécialement exprimé le souhait de le faire lui-même. Dans la mesure où les coûts engendrés risquent d'excéder largement le bénéfice que le franchiseur pourra tirer du réseau dans le pays concerné, on peut penser que le franchiseur ne souhaitera pas entreprendre cette tâche.

La publicité est déterminante pour le succès de l'entreprise ; il est dès lors naturel que le franchiseur souhaite exercer un certain contrôle. Au niveau international, il s'agit de s'assurer que l'image du système est uniforme aux yeux des consommateurs et répond aux préoccupations liées à la protection des droits de propriété intellectuelle (marques et autres droits de propriété intellectuelle) utilisés dans le système. De plus, on peut mettre en avant la nécessité de minimiser, autant que faire se peut, les risques de publicité mensongère ou trompeuse. Cet objectif, considéré légitime dans le cadre de franchises nationales, n'a, à ce jour, pas reçu d'attention particulière au niveau international, situation qui ne saurait perdurer. En outre, il est probable que le franchiseur soit moins familier que le franchisé principal avec l'environnement juridique et culturel du pays de ce dernier et les problèmes pouvant y être rencontrés. Cela conduit généralement à faire peser sur le franchisé principal une obligation de contrôler les activités des sous-franchisés dans le domaine de la publicité.

En s'efforçant de créer une image uniforme du système aux yeux de la clientèle, les franchisés principaux et les sous-franchisés cherchent à préserver et à cultiver la réputation commerciale du réseau dans l'esprit du public, mais aussi à structurer le système de telle sorte que des droits similaires de publicité soient octroyés, et que des obligations similaires en matière de publicité soient imposées, quel que soit l'endroit où la franchise est installée. Dans le cadre de la protection de leurs droits de propriété intellectuelle dans les pays étrangers, les franchiseurs doivent veiller à ce que leurs droits sur la traduction dans la langue locale de leurs signes distinctifs soient aussi protégés¹. Faire figurer dans un contrat de franchise internationale des clauses telles que celles après peut permettre d'atteindre ces objectifs.

A. AGRÉMENT ET UTILISATION DU MATÉRIEL PUBLICITAIRE

Dans le cas de la franchise principale, les parties ont tendance à déléguer au franchisé principal un grand nombre des responsabilités du franchiseur, entre autres en matière de publicité ; en général toutefois, les

¹ Voir section B « Traduction » *infra*. Sur les droits de propriété intellectuelle en général, voir chapitres 10 « Propriété intellectuelle » et 11 « Savoir-faire et secrets d'affaire ».

franchiseurs se réservent un certain contrôle en décidant quelle est la stratégie publicitaire suivie au niveau international. S'agissant de déterminer l'étendue du contrôle que le franchiseur exerce sur la façon dont la promotion de la franchise est organisée à l'étranger, il est important de savoir si le franchiseur fournit le matériel publicitaire utilisé par le franchisé principal et les sous-franchisés ou, si, au contraire, il se contentera d'approuver seulement le matériel publicitaire qu'ils utiliseront ou fournira certaines lignes directrices ou standards à respecter pour le développement de leur propre matériel publicitaire local.

Même si beaucoup de franchiseurs préfèrent conserver un contrôle absolu sur la publicité faite par leurs franchisés en leur fournissant le matériel publicitaire et en surveillant la façon dont ce matériel est utilisé, la plupart des franchiseurs considèrent que cette solution est, en pratique, trop compliquée dans le cadre du franchisage international. De plus, les franchisés principaux et les sous-franchisés vont généralement résister à un contrôle aussi rigoureux de la part du franchiseur. En pratique, une majorité des franchiseurs et des franchisés principaux se mettent d'accord pour que le franchiseur donne son approbation sur le matériel publicitaire ou des lignes directrices voire certains critères que les franchisés principaux doivent respecter lorsqu'ils mettent au point leur propre matériel publicitaire local.

I. APPROBATION DE TOUS LES MATÉRIELS PUBLICITAIRES

S'il est convenu que le franchiseur doit donner son approbation sur tout le matériel publicitaire utilisé par les franchisés principaux, il faut décider si le franchiseur doit approuver *a priori* ou *a posteriori* ce matériel. Dans le cas d'une approbation *a priori*, les franchisés principaux doivent soumettre tout matériel publicitaire qu'ils entendent développer au franchiseur avant même de l'utiliser. Chaque matériel fait donc l'objet d'un examen et d'un renouvellement de son approbation par le franchiseur à des intervalles définis. Une autre solution est que le franchiseur demande aux franchisés principaux étrangers de soumettre à son approbation tous les matériels publicitaires qu'ils utilisent dans un certain délai après le début de leur utilisation. Dans ce cas, sera stipulée une clause prévoyant dans le contrat la possibilité pour le franchiseur de refuser l'utilisation de tel ou tel matériel et d'exiger que les franchisés principaux cessent de s'en servir immédiatement s'ils n'obtiennent pas l'approbation du franchiseur. Dans l'un ou l'autre cas, les supports publicitaires soumis au franchiseur le sont habituellement tant dans la langue locale que dans la langue du franchiseur. Il est souvent prévu que le franchiseur fasse part de son refus

dans un certain délai : le défaut de réaction du franchiseur dans ce délai déterminé vaudra approbation.

II. FOURNITURE DE CRITÈRES OU DE LIGNES DIRECTRICES RELATIVES À LA PUBLICITÉ

Un franchiseur, qui établit de lignes directrices ou certains critères afin d'aider les franchisés principaux étrangers à développer leur propre matériel publicitaire, doit tenir compte de plusieurs éléments, notamment :

- ◆ la façon dont les lignes directrices ou les critères sont définis (s'ils doivent être décrits dans le contrat de franchise internationale ou dans les manuels d'exploitation du système par exemple) ;
- ◆ si les franchisés principaux devront établir périodiquement des plans marketing ;
- ◆ dans le cas où les franchisés principaux doivent préparer des plans marketing, si ces projets doivent être soumis au franchiseur ; et
- ◆ dans le cas où les franchisés principaux doivent soumettre au franchiseur ces plans marketing, si le franchiseur doit approuver ces plans ou si le franchiseur et le franchisé principal vont simplement avoir à discuter ensemble de ces projets.

Les parties doivent par ailleurs garder à l'esprit que même si les plans marketing indiquent en général les objectifs que les parties espèrent atteindre, ces objectifs sont en fait très rarement atteints. Les franchiseurs et franchisés principaux prudents prévoient donc des clauses relatives à la publicité prévoyant la possibilité que les plans marketing ne soient pas intégralement remplis et les moyens de déterminer si un plan marketing rencontrera un succès général ou un échec.

B. TRADUCTION

Dès qu'un système de franchise commence à être exporté, une décision importante doit être prise quant à la façon et au moment où les matériels publicitaires devront être traduits en langue étrangère. Les parties doivent décider si le franchiseur s'occupera de la traduction des matériels publicitaires en langues locales avant de les fournir au franchisé principal, ou si le franchiseur se limite à fournir au franchisé principal les matériels publicitaires rédigés dans sa propre langue en lui demandant de s'occuper de leur traduction. Si le franchisé principal doit s'occuper de la traduction

de ces matériels, il faut également décider qui prend en charge les frais de traduction².

Souvent, les franchiseurs préfèrent fournir aux franchisés principaux des matériels publicitaires et promotionnels déjà traduits, dans la mesure où ceux qui demandent aux franchisés principaux de s'occuper eux-mêmes de la traduction courent un risque non négligeable de perdre leurs droits de propriété sur les formules traduites dans le pays concerné.

Les franchiseurs qui sollicitent de leurs franchisés principaux qu'ils s'occupent de la traduction du matériel publicitaire sont bien avisés de leur demander de soumettre les traductions à leur approbation, avant ou au moment où les matériels publicitaires seront utilisés. De cette façon, le franchiseur conserve une certaine influence sur la façon dont la publicité de sa franchise est traduite à l'étranger. Afin de protéger leurs droits sur les matériels publicitaires traduits, les franchiseurs sont en outre bien avisés d'exiger de leurs franchisés principaux comme de tous les sous-contractants de leurs franchisés principaux de conclure un contrat octroyant tous les droits de propriété sur la traduction au franchiseur. Dans de tels cas, ce contrat doit être conclu avant que la traduction ne soit effectuée.

Enfin, les franchiseurs doivent décider s'ils souhaitent que leurs marques soient traduites en langues locales dans le cadre des campagnes publicitaires ou de matériels publicitaires utilisés sur ce territoire. Les franchiseurs qui décident de faire traduire leurs marques se réservent en toute hypothèse les droits sur cette traduction. Les parties doivent aussi prévoir qui doit prendre en charge les frais de dépôt et d'enregistrement de la marque traduite dans le pays du franchisé principal.

Par traduction, on entend communément la traduction technique de mots ou phrases d'une langue dans une autre. Toutefois, il faut reconnaître, notamment lorsque la franchise est une franchise de distribution de produits ou de fourniture de services à un grand nombre de consommateurs, qu'une certaine dimension culturelle entre en compte dans la traduction.

C. CONSIDÉRATIONS FINANCIÈRES

I. FINANCEMENT DES DÉPENSES DE PUBLICITÉ

Les revenus permettant de couvrir les dépenses de publicité proviennent généralement, mais non exclusivement, de l'exploitation des

² Voir chapitre 1, section B.V.a) « Langue du contrat et des documents annexes » et chapitre 6, section E « Questions relatives à la langue utilisé ».

unités franchisées par les sous-franchisés. En général, ces revenus sont constitués par :

- ◆ un montant que le franchisé principal doit payer, laquelle correspond à un certain pourcentage du revenu brut des sous-franchisés, calculé de la même façon que la redevance d'exploitation. Les sommes reçues des sous-franchisés sont dépensées en publicité et promotion ;
- ◆ les redevances d'exploitation de la franchise, dans la mesure où le franchiseur ou le franchisé principal incluent les dépenses de publicité dans la redevance d'exploitation et s'engagent à consacrer un pourcentage minimum de ces redevances à la publicité et à la promotion ;
- ◆ d'autres sources, le franchiseur ou le franchisé principal s'engageant à consacrer à la promotion ou à la publicité un certain budget qu'il considère suffisant sans demander de contribution ou exiger le versement d'une somme particulière à cette fin. Un exemple de cette façon de procéder peut être trouvé lorsque le franchiseur ou le franchisé principal est un fabricant faisant déjà une importante publicité pour son propre compte dont les membres du réseau vont inévitablement bénéficier³.

II. PARTAGE DES COÛTS

Une fois déterminés les moyens d'atteindre les objectifs fixés pour uniformiser globalement l'image du réseau de franchise et pour protéger à l'étranger les marques sous lesquelles est exploité le système, la dernière importante question que les parties doivent se poser est de savoir à qui incomberont les coûts.

Il peut être envisagé que le franchisé principal supporte la pleine responsabilité financière de la publicité sur son territoire, ou que le franchisé principal en supporte une partie substantielle tout en contribuant dans une proportion minimale de son revenu brut à la publicité faite sur le territoire par le franchiseur, ou enfin que le franchiseur supporte seul cette charge sur le territoire de son franchisé principal.

Si le franchisé principal apporte une contribution aux fonds dont dispose le franchiseur, les parties doivent préciser les fins pour lesquels les contributions des franchisés principaux peuvent être ou ne pas être utilisées par le franchiseur et la façon dont le franchiseur doit rendre

³ Sur les participations publicitaires des fournisseurs ou fabricants, voir chapitre 4 « Aspects financiers ».

compte aux franchisés principaux des dépenses effectivement engagées. Lorsqu'à l'inverse le franchisé principal est totalement responsable de la publicité, les parties doivent exposer clairement si ses dépenses en matière de publicité locale font partie des montants qu'il est par ailleurs requis de consacrer à diverses activités promotionnelles (par exemple, sa contribution à un fonds régional de publicité) et si, dans l'affirmative, par quels moyens le franchiseur peut vérifier que le franchisé principal a bien dépensé les sommes prévues en matière de publicité locale. Ce second point est sensiblement plus difficile à vérifier pour un franchiseur dont le système est exploité à l'étranger que pour un franchiseur agissant dans un cadre purement national.

Des questions similaires à celles relatives à la relation entre le franchiseur et le franchisé principal, se posent dans la relation entre le franchisé principal et ses sous-franchisés ; il faut donc traiter ces questions dans le contrat de sous-franchise.

III. FONDS DE PUBLICITÉ

Au lieu de mettre en place un système de franchise internationale prévoyant uniquement des publicités locales, bon nombre de franchiseurs contrôlent la façon dont la publicité de leur réseau est faite à l'étranger en établissant des fonds publicitaires. Ces fonds publicitaires peuvent être locaux, régionaux, nationaux, supranationaux, c'est-à-dire recouvrant un territoire regroupant plusieurs pays telle que l'Union européenne, ou internationaux, incluant un certain nombre de pays n'étant pas nécessairement situés dans la même région du monde. Les fonds publicitaires sont mis en place le plus fréquemment et avec le plus de succès lorsque les zones comprises sur un territoire franchisé ont des marchés très différents et/ou sont géographiquement éloignées.

Il convient d'observer que lorsque des fonds de publicité internationaux sont établis, il est souhaitable que le franchiseur accepte qu'un mécanisme de contrôle soit mis en place quant à l'utilisation de ces fonds ; ceci est négocié par les parties.

a) Termes du contrat

Les franchiseurs qui demandent à leurs franchisés principaux étrangers de participer à un fonds publicitaire insèrent généralement au contrat de franchise internationale une clause obligeant chaque franchisé

principal à verser périodiquement une contribution à ce fonds qui représentera habituellement une part minime de son revenu brut. Les fonds collectés sont utilisés pour faire de la publicité au bénéfice des franchisés principaux de la région géographique concernée. Le contrat de franchise précise en général que l'utilisation de ces fonds ne sera pas proportionnelle au montant de la contribution à ce fonds de chaque franchisé principal et que chaque publicité financée par le fonds ne bénéficiera pas à un franchisé principal en particulier.

b) Mise en place

Les franchiseurs mettant en place des fonds publicitaires gèrent habituellement eux-mêmes ces fonds ou instituent des entités distinctes chargées de gérer l'activité de ces fonds. Les franchiseurs optant pour cette dernière option s'arrangent souvent pour conserver un droit de veto sur les actions de ce fonds, en se faisant désigner au Conseil d'administration de l'entité gérant ces fonds par exemple. Un franchiseur peut toutefois choisir de déléguer son autorité à un franchisé principal.

c) Autres contributions

Outre le franchisé principal et les sous-franchisés, les fabricants ou les fournisseurs du réseau peuvent contribuer à la publicité et aux activités promotionnelles et de commercialisation du réseau tant au niveau national qu'au niveau de chaque unité franchisée⁴.

d) Avantages

Les fonds de publicité régionaux sont assez rarement utilisés dans le cadre de franchises internationales ; ils présentent néanmoins deux avantages. Le premier est que ces fonds de publicité régionaux permettent aux franchisés principaux de réaliser des économies substantielles grâce à une coordination de leurs efforts en matière de promotion et de publicité. Le deuxième est que les franchisés principaux participant à ces fonds vont pouvoir bénéficier d'une publicité uniforme ou cohérente, coordonnée et d'un accès à des sources de recherche et de production plus sophistiquées que celles auxquelles ils auraient eu accès autrement.

⁴ Voir discussion dans le chapitre 4 *cit.*

e) Difficultés

Il convient de relever que des difficultés peuvent survenir sur le plan fiscal du fait de la non utilisation l'année courante des sommes affectées aux fonds publicitaire, ces sommes devant être considérées, sur le plan fiscal, comme appartenant au patrimoine de l'une ou de l'autre partie. Dans ce contexte, il est important pour les parties de préciser de manière explicite la propriété des sommes en jeu.

D. IMPACT DE LA FRANCHISE PRINCIPALE

La franchise principale permet au franchiseur de déléguer un nombre significatif de prises de décision à d'autres personnes intimement impliquées dans l'expansion internationale du système franchisé. Elle tend à faciliter la mise en place de fonds publicitaires. Cela se retrouve dans le fait qu'un nombre considérable de franchisés principaux bénéficiant à la fois de droits sur le développement et sur l'exploitation se voient demander de mettre en place des fonds de publicité, au moins en ce qui concerne leurs propres unités franchisées. Le franchiseur se réserve souvent le contrôle sur la publicité en exigeant du franchisé principal, en ce qui concerne le territoire de ce dernier, des plans marketing périodiques et ce, que le franchisé principal soit tenu de mettre sur pied un fonds publicitaire seulement pour ses unités, ou également pour celles pour lesquelles il a concédé des sous-franchises. Par ailleurs, le franchisé principal peut se voir demander de rendre compte périodiquement et justifier aux sous-franchisés qui contribuent au fonds de publicité de l'état de dépense de ce fonds.

Une décision doit être prise sur la répartition des fonds entre d'une part les dépenses nécessitées par la publicité locale et celles liées au réseau international dans son ensemble. Par ailleurs, une coordination est nécessaire entre les activités publicitaires et promotionnelles du réseau considéré comme un tout, dont le franchiseur supporte la majeure responsabilité, et la publicité régionale ou nationale dont le franchisé principal est responsable (également en raison de sa connaissance du marché local et de sa capacité à adapter tout programme ou matériel aux exigences locales) et, enfin, les publicités locales dont les sous-franchisés assument la responsabilité. Les différents niveaux d'autorisations nécessaires doivent être pris en compte et spécifiés. Ainsi par exemple, la question de savoir si une publicité locale élaborée par un sous-franchisé

doit être soumise à l'approbation du franchisé principal et du franchiseur, ou à la seule approbation du franchisé principal, doit être examinée par les parties.

Enfin, il faut tenir compte des problèmes pouvant se poser lorsque différents franchisés principaux se sont vus concéder des accords de franchise principale sur des territoires géographiquement proches et qui ne peuvent donc entreprendre de campagnes publicitaires sans penser que leur impact ne sera pas limité à leur propre territoire. Dans certains cas, plusieurs franchises principales seront concédées dans un seul pays, notamment si ce pays est vaste, alors que dans d'autres cas, les franchisés principaux peuvent se trouver proches géographiquement, mais être situés dans des pays différents. Même si chaque franchisé principal s'est vu octroyer un territoire exclusif, ce qui est généralement le cas, les activités de l'un sont susceptibles d'avoir un effet sur les activités des autres là où il n'est presque jamais possible de s'assurer que pour les besoins de la publicité, chaque territoire franchisé est un marché isolé. Même s'il n'existe qu'un franchisé principal dans un pays, la place croissante de la publicité transfrontalière, voire mondiale, notamment du fait de l'utilisation de satellites, souligne le besoin de reconnaître que les questions du partage des responsabilités, de la responsabilité des actions publicitaires, de la charge du coût des publicités exigeront un traitement plus élaboré dans les accords internationaux que dans les accords nationaux.

CHAPITRE 9

FOURNITURE D'ÉQUIPEMENTS, PRODUITS ET SERVICES

Le franchisage, quelle que soit la forme choisie, concerne invariablement la distribution de produits ou services par le biais d'unités franchisées. Le franchiseur exige souvent que des produits ou services clés répondent à des spécifications et à des critères définis. Pour qu'un réseau franchisé fonctionne convenablement et afin de maintenir l'intégrité et les standards de qualité de chaque unité, de même que l'uniformité du réseau de franchise dans son ensemble, il est nécessaire que les franchisés bénéficient à la fois d'un approvisionnement adéquat de ces produits et d'un accès à ces services. Déterminer des sources d'approvisionnement des produits et services est donc essentiel, voire décisif, au succès de la plupart des réseaux de franchise. Seule une source d'approvisionnement efficace permet au franchiseur d'exercer un contrôle effectif sur ce qui est fourni tout en assurant aux sous-franchisés un accès adapté et efficace aux produits et aux services dont ils ont besoin.

Pour maintenir un certain niveau de qualité, le franchiseur exige souvent que l'approvisionnement en produits ou services clés soit réalisé auprès des fournisseurs qu'il aura agréés. Dans un contexte international, il est naturellement plus difficile pour le franchiseur d'agréer des fournisseurs locaux. C'est donc au franchisé principal local qu'il appartient de recommander un fournisseur local. Le franchiseur peut également s'arranger pour fournir lui-même les produits ou services aux sous-franchisés directement, ou, plus généralement, par l'intermédiaire du franchisé principal.

Les sous-franchisés ont habituellement besoin de deux différents types de produits ou services. Ils doivent tout d'abord disposer des produits ou services, ou des composants de ces produits ou services propres au système franchisé, lesquels peuvent être protégés par des droits de propriété intellectuelle. Ces produits ou services sont ceux qui seront ensuite offerts à la vente aux clients des sous-franchisés. Par ailleurs, il auront besoin de toute une gamme de produits et services, de même que

d'équipements essentiels à la conduite de leur exploitation. Ces produits, services et matériels sont utilisés par les sous-franchisés eux-mêmes et ne sont pas revendus à leur clientèle.

La fourniture par le franchiseur, directement ou par le biais du franchisé principal, des produits ou services caractéristiques du système franchisé, offre un certain nombre d'avantages. En premier lieu, le respect de certains critères de qualité sera mieux assuré si ces produits sont fournis par le franchiseur plutôt que par un tiers indépendant. L'uniformité des produits et services offerts qui en résulte est importante pour le respect de l'intégrité du système de franchise en son ensemble. Le franchiseur, de même que le franchisé principal, a un devoir de contrôle de la qualité des produits ou services portant sa marque afin d'assurer le respect de ses marques, et, d'autre part, les critères de qualité qui forment une part essentielle du système franchisé. En outre, si le franchiseur fournit lui-même les produits, cela permet de garantir non seulement que les produits soient disponibles, mais également que leur prix soient raisonnables et à la portée des franchisés. Enfin, le franchiseur peut espérer réaliser un profit par la vente des produits et services ou matériels qu'il va fournir aux sous-franchisés.

La fourniture de ces produits et services peut cependant être lourde, peu pratique et chère pour le franchiseur, notamment si l'on considère que le franchiseur, les franchisés principaux et les sous-franchisés du réseau sont souvent éloignés. Par ailleurs, certains problèmes de rapports justes et équilibrés peuvent surgir du fait du manque d'indépendance des parties. Il est donc plus probable que ce soit au franchisé principal que revienne la tâche de fournir les produits et services spécifiques aux sous-franchisés.

Il convient d'observer que dans plusieurs pays, l'approvisionnement en produits et services est soumis à une réglementation spécifique, notamment lorsque l'une des parties s'engage contractuellement à se fournir auprès de l'autre. Ces réglementations visent généralement à s'assurer que l'approvisionnement respecte les règles de concurrence et que l'acheteur soit traité de façon équitable.

A. NATURE DES PRODUITS OU SERVICES FOURNIS

Comme il a été indiqué précédemment, les produits ou services fournis peuvent être de deux catégories différentes. Il peut s'agir, dans un premier cas, de produits ou services qui sont identifiés par les marques du système et offerts à la clientèle des sous-franchisés. Ces produits ou services sont un attribut du système et sont souvent propres au système franchisé en question. La raison de leur spécificité s'explique du fait que le

franchiseur utilise une méthode dont il est propriétaire pour leur fabrication ou, s'agissant de services, pour la façon dont il vont être rendus, ou qu'ils ont des caractéristiques n'existant que dans le système franchisé. Parmi les produits de cette nature, on trouve par exemple les produits alimentaires, les produits pétroliers ou les pièces détachées.

Dans le deuxième cas, ce sont les équipements, produits ou services pouvant être fournis qui forment une part intégrante du système de franchise et qui donnent ainsi à chaque membre du réseau un avantage concurrentiel. En d'autres termes, les membres du réseau utilisent ces équipements, produits ou services pour les besoins de l'exploitation de leurs unités franchisées. Une chaîne hôtelière peut, par exemple, avoir un système de réservation propre au réseau, géré et contrôlé par le franchiseur ou par un de ses représentant exclusif. Dans d'autres cas, les produits ou services peuvent permettre de s'assurer que l'exploitation des unités par les sous-franchisés est conforme aux standards de qualité propres au système de franchise. Parmi ce type de produits et services, on trouve par exemple des logiciels d'exploitation du franchiseur et tous les services qui en découlent et qui sont fournis par des experts en informatique, des matériels d'emballage, des aménagements, des enseignes et des équipements spéciaux.

Les équipements, produits ou services peuvent parfois ne pas être spécifiques au système franchisé même s'ils sont généralement nécessaires à l'exploitation des unités franchisées. Bien que les sous-franchisés puissent en principe obtenir ces produits ou services par l'intermédiaire de fournisseurs indépendants, le franchiseur ou le franchisé principal peut se trouver dans une position plus favorable pour s'assurer qu'il pourra disposer de ces produits ou services à un prix plus compétitif. Il peut s'agir par exemple de conseils en financement, en publicité, en comptabilité, de logiciels particuliers, de matériels, fournitures, ingrédients ou composants, ou de formations. Le franchiseur peut fournir ses produits et services soit en les vendant, soit par le biais de contrats de crédit-bail ou de location. Dans la mesure où ces produits ou services sont généralement disponibles, le franchiseur n'aura pas véritablement besoin de les fournir. Le franchiseur ou le franchisé principal peut toutefois souhaiter le faire en tant qu'activité commerciale supplémentaire.

B. SOURCES D'APPROVISIONNEMENT

Il existe une grande variété de possibilités à la disposition du franchiseur pour l'approvisionnement en équipements, produits ou services aux sous-franchisés situés à l'étranger. Comme il a été indiqué

auparavant, le franchiseur peut fournir ces équipements, produits ou services directement aux sous-franchisés et peut exiger que ceux-ci les lui achètent directement. Le franchiseur peut aussi exiger du franchisé principal qu'il fournisse ces équipements, produits ou services ou l'autoriser à le faire. Le franchiseur, ou le franchisé principal s'il y est autorisé ou obligé par le contrat de franchise principale, peut également désigner certains fournisseurs agréés. Ces fournisseurs peuvent être affiliés au franchiseur ou au franchisé principal, soit parce qu'ils appartiennent au franchiseur ou au franchisé principal, soit parce qu'un accord existe entre eux. D'un autre côté, ils peuvent être entièrement indépendants et simplement produire et fournir les produits spécifiés. Le franchiseur peut éventuellement recevoir un paiement ou une commission de tout fournisseur indépendant qu'il aura désigné comme fournisseur agréé¹.

Bon nombre de franchiseurs développent des programmes relatifs aux fournisseurs agréés qui établissent les spécifications de certains équipements, produits ou services importants, et qui désignent les fournisseurs autorisés à fournir ce type d'équipements, produits ou services aux sous-franchisés du réseau. Ces programmes peuvent aussi prévoir une procédure permettant à des fournisseurs d'être agréés sur la proposition d'un franchisé principal ou d'un sous-franchisé. L'agrément de tel ou tel fournisseur dépendra généralement de son respect de certaines conditions établies afin d'assurer tant la qualité que la disponibilité des équipements, produits ou services concernés.

Quelle que soit la méthode choisie pour l'approvisionnement, il est possible pour le franchiseur d'en tirer un bénéfice économique complémentaire. Le franchiseur, peut, par exemple, facturer directement les franchisés pour ce qu'il leur fournit, générant ainsi un profit additionnel. Lorsque les équipements, produits ou services sont fournis par le franchisé principal ou par un fournisseur indépendant, le franchiseur peut recevoir des *royalties* ou des honoraires de consultants de la part de ces personnes. Dans de tels cas, il convient cependant de tenir compte du bien-fondé de la compensation financière que le franchiseur reçoit de toute part, en ce y compris les revenus provenant de la seule exploitation de la franchise, de la licence ou du transfert des technologies et de la fourniture directe de matériels, produits ou services².

¹ Sur ce dernier point voir chapitre 4, section C.III. « Paiements par les producteurs ou fournisseurs ».

² Voir chapitre 4 « Aspects financiers ».

C. LA RELATION FRANCHISEUR/FRANCHISÉ PRINCIPAL

La relation entre un franchiseur situé dans un pays et un franchisé principal se trouvant dans un autre pays présente certaines particularités susceptibles d'avoir une influence sur la façon dont les parties prévoient les modalités de fourniture des équipements, produits ou services par le franchiseur. Le franchisé principal, en tant que franchisé principal, ne traite pas directement avec le public, pas plus qu'il n'exploite d'unité franchisée utilisant les mêmes équipements, produits ou services que les unités franchisées du système. Les clauses du contrat de franchise principale relatives à la fourniture seront donc différentes de celles figurant dans le contrat type de sous-franchise.

Dans la mesure où, lorsque le premier franchisé principal se voit concéder un certain nombre de droits exclusifs sur un territoire donné, la franchise est une nouveauté dans le pays d'accueil, certains produits ou services spécifiques à cette franchise peuvent ne pas être disponibles sur le territoire concerné. Par conséquent, il est possible que le franchisé principal souhaite l'assurance d'être dès l'origine bien approvisionné en équipements, produits ou services essentiels pour donner au système franchisé son caractère unique. De son côté, il est possible que le franchiseur souhaite fournir au franchisé principal ce dont il a besoin au départ, afin de s'assurer que la qualité des équipements, produits ou services est respectée. Le contrat peut prévoir que le franchiseur fournira au franchisé principal tous les biens de ce type dont il pourra avoir besoin.

Toutefois, il convient de relever certains problèmes qui peuvent apparaître si le franchiseur est le fournisseur exclusif des produits nécessaires à la franchise et si, par exemple, un embargo commercial ou des quotas sont imposés de façon impromptue. Les parties prévoient donc des sources d'approvisionnement de substitution afin d'être en mesure de faire face à de telles situations d'urgence.

En général, le franchiseur et le franchisé principal préfèrent que les produits ou services propres au système franchisé soient fournis par des sources d'approvisionnement situées dans le pays d'accueil plutôt que par des sources d'approvisionnement situées à l'étranger, compte tenu notamment des coûts supplémentaires dus au transport et à la distance entre les établissements du franchiseur dans un pays et ceux des sous-franchisés dans un autre. S'agissant des produits, les coûts de transport peuvent se révéler substantiels. Par ailleurs, des problèmes de taxes et autres complications peuvent survenir lorsque les marchandises entrent sur le territoire du pays destinataire. Enfin, il peut se révéler nécessaire d'adapter les produits à l'environnement juridique ou commercial³.

³ Voir chapitre 20 « Respect des réglementations applicables ».

Le franchiseur et le franchisé principal peuvent décider de conclure un contrat détaillé relatif à la fabrication des produits essentiels à la franchise dans le pays d'accueil. Ce contrat est en général distinct du contrat de franchise principale ; il peut prévoir qu'il sera en vigueur pour une période donnée durant laquelle le franchiseur fournira lesdits produits au franchisé principal, voire aux sous-franchisés, période après laquelle, lorsque le nombre de sous-franchisés a atteint un certain volume, le franchisé principal s'occupera lui-même de la fourniture des produits. Le contrat conclu entre les parties, par lequel la fabrication des produits sera licenciée, prévoit l'éventuel transfert de technologies nécessaire, l'application de critères de qualité et le paiement de *royalties*. Il contient également d'autres clauses classiques des contrats d'assistance technique relatifs à la fabrication de produits.

Le franchisé principal peut également être autorisé par le franchiseur à sous-traiter la fabrication des produits à un fournisseur indépendant. Dans un tel cas, le franchiseur exige généralement un document dans lequel le fabricant s'engage à respecter les marques du franchiseur et à ne les utiliser que conformément aux prescriptions du franchiseur. Il se peut aussi que le franchisé principal sous-traite à des tiers indépendants la fourniture de certains services.

Une autre possibilité est que les parties se mettent d'accord sur le choix d'un ou plusieurs fournisseurs indépendants agréés par le franchiseur. Le franchiseur peut lui-même conclure des contrats de licence et de fabrication avec des fournisseurs indépendants, auquel cas les parties conviendront du paiement de *royalties* ou de toute autre compensation financière au franchiseur.

D. RÉGLEMENTATION DES CLAUSES D'APPROVISIONNEMENT

Pour éviter les abus qui peuvent résulter de l'imposition par une partie à l'autre d'obligations d'approvisionnement, un grand nombre de pays réglementent les clauses relatives aux obligations d'achat. Ces réglementations protectrices veillent à ce que ces obligations soient commercialement raisonnables ou nécessaires afin de protéger l'intérêt légitime de la partie qui impose ces clauses, tout en permettant de garantir la fourniture des matériels, produits ou services à un prix raisonnable et dans le respect de la concurrence. Ces réglementations ont pour objet principal d'éviter la discrimination par les prix, le paiement au fournisseur de compensations financières indues ou encore la soumission de la vente d'un ou plusieurs produits nécessaires à la vente d'un autre produit. Dans le cadre de la franchise, un franchiseur peut vouloir être en mesure

d'obliger les franchisés à acquérir un certain nombre de produits auprès de lui ou auprès d'un fournisseur avec lequel il aurait une relation particulière. Cela peut être le cas lorsque le franchiseur reçoit de ce fournisseur une compensation financière pour tout achat fait par les franchisés. Les États-Unis, les pays de l'Union européenne et le Japon font partie des pays dont les lois relatives à la concurrence réglementent la façon dont des entreprises, tels les franchiseurs, peuvent imposer certaines conditions ou restrictions relatives à l'achat de produits ou services. D'autres pays réglementent ces accords par le biais des lois relatives au transfert de technologies.

Aux États-Unis, les ventes liées sont régies par la loi « *antitrust* ». Ainsi, un franchiseur ne peut pas légalement soumettre la vente de certains produits à l'achat d'un ou plusieurs autres produits dès lors qu'il dispose d'un pouvoir suffisant pour imposer l'achat de ces produits. Il peut également y avoir une vente liée lorsque le franchiseur vend des produits et reçoit une commission ou toute autre compensation pour la vente de produits liée. De telles pratiques peuvent toutefois être justifiées par la nécessité de protéger des secrets d'affaires, de maintenir des critères de qualité particuliers ou encore par toute autre raison commerciale importante. Afin d'éviter de tomber sous le coup de l'interdiction des accords ayant pour objet une vente liée, les franchiseurs auront souvent recours à la mise en place de programmes de fournisseurs agréés. D'autres pratiques considérées comme portant atteinte au devoir de bonne foi et de loyauté commerciale, telle la discrimination par les prix entre les franchisés et les autres distributeurs, ou encore l'offre « d'intéressements » par un fournisseur au franchiseur, sont interdites⁴.

De même, au sein de l'Union européenne, l'article 85 du Traité de Rome⁵ prévoit l'interdiction générale des accords restreignant les sources d'approvisionnement⁶, à moins de démontrer le bénéfice économique résultant d'une telle restriction⁷. En matière de franchise, le Règlement CEE qui exempt des catégories d'accords de franchise de l'application de l'article 85(1) prévoit que le franchisé peut être soumis à l'obligation de « vendre, ou utiliser dans le cadre de la prestation de services, exclusivement des produits répondant aux spécifications objectives

⁴ Voir également chapitre 4, *cit.*.

⁵ Traité établissant la Communauté économique européenne signée à Rome le 25 mars 1957.

⁶ Article 85(1)(c).

⁷ Article 85(3).

minimales de qualité fixées par le franchiseur »⁸, ou de « 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 »⁹, dans la mesure où ces obligations sont nécessaires pour protéger les droits de propriété intellectuelle du franchiseur ou pour protéger l'identité et la réputation du réseau¹⁰.

Au Japon, les dispositions de la loi anti-monopole interdisent les pratiques de vente liée et d'abus de position dominante comme contraires à la loyauté commerciale¹¹. En 1983, la Commission sur la loyauté commerciale a édicté une directive relative à l'applicabilité de la loi anti-monopole aux contrats de franchise. Cette directive a établi une double règle. En premier lieu, le contrat de franchise dans son intégralité peut être considéré comme non valable du fait d'un abus de position dominante du franchiseur, à moins que la restriction insérée dans le contrat ne s'applique aux franchisés, aussi longtemps que cela est nécessaire pour le fonctionnement du système de franchise. En deuxième lieu, des dispositions particulières peuvent être tenues pour non valables. Des facteurs tels que la position du franchiseur, l'étendue des restrictions relatives à l'activité du franchisé qui lui sont imposées et le nombre de franchisés dans le système de franchise sont également pris en considération.

Plusieurs pays ont des réglementations similaires destinées à assurer un traitement équitable des différents distributeurs ou à promouvoir en général la concurrence. L'importance des réglementations relatives à la concurrence est en fait croissante, dans les pays d'Europe centrale et orientale notamment.

E. CLAUSES

Au cours des négociations, lorsque la relation entre le franchiseur et le franchisé principal est définie, une question que les parties doivent

⁸ Règlement d'exemption CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, JOCE L 359/46 du 28 décembre 1988, article 3(1)(a).

⁹ Article 3(1)(b).

¹⁰ Article 3(1).

¹¹ Article 19 de la Loi sur l'interdiction du monopole privé et la protection de la loyauté commerciale, Loi n° 54 de 1947.

traiter est évidemment celle des clauses relatives à l'approvisionnement des équipements, produits ou services essentiels. Cela peut ne pas être nécessaire si les équipements, produits ou services essentiels à l'exploitation des unités franchisées sont généralement disponibles dans le pays d'accueil, hormis que dans un tel cas, il sera préférable de prévoir une clause relative au respect de certains standards de qualité. Par exemple, dans une franchise hôtelière, les hôtels faisant partie du réseau peuvent utiliser des matériels, produits ou services qui sont totalement disponibles auprès de fournisseurs indépendants.

Dans le cas de certains matériels, produits ou services, les parties peuvent toutefois vouloir définir les conditions dans lesquelles ils devront être fournis aux unités franchisées, et indiquer quels services d'approvisionnement sont régionaux ou globaux. Il peut s'avérer suffisant de se référer simplement à la fourniture de certains biens particuliers dans le contrat de franchise principale et/ou les contrats de sous-franchise. Par exemple, un contrat de franchise hôtelière peut imposer aux sous-franchisés du réseau de participer à un système de réservation particulier couvrant tout le réseau, une redevance devant être payée pour pouvoir participer à ce système. Il peut aussi être décidé que tous les sous-franchisés auront l'obligation de participer à un programme publicitaire commun conduit par le franchiseur ou par le franchisé principal. Ces stipulations figurent en général dans les contrats de franchise eux-mêmes plutôt que dans des documents annexes, d'une part parce qu'elles sont relativement simples, et d'autre part, parce qu'elles font partie intégrante de l'exploitation de la franchise.

Lorsque le contrat de franchise comprend de telles clauses, il est souvent nécessaire d'envisager l'éventuelle modification de la clause d'indemnisation du contrat. En effet, il n'est pas rare que le contrat de franchise principale prévoie que le franchisé principal indemnise intégralement le franchiseur pour toute perte ou dommage résultant d'activités du franchisé principal. D'un autre côté, dans les cas où c'est le franchiseur qui fournit les équipements, produits ou services au franchisé principal, il peut apparaître approprié que le franchiseur ait à indemniser le franchisé principal pour toute perte ou dommage causé par, ou du fait de, l'usage de ces matériels, produits ou services.

Lorsqu'un grand nombre de produits doit être fourni, ou lorsqu'un nombre considérable de questions importantes relatives à la fourniture de ces produits risquent de se poser, il peut être préférable que les parties concluent un contrat de fourniture distinct. Un contrat distinct permettra en effet aux parties d'envisager convenablement les différents problèmes, notamment :

- ◆ l'adaptation des produits aux spécificités ou exigences du pays d'accueil ;
- ◆ la façon dont ces produits sont fabriqués dans le pays d'accueil ;
- ◆ la façon dont la qualité des produits doit être assurée ;
- ◆ les mesures à prendre pour obtenir un approvisionnement adéquat ; et
- ◆ la fourniture d'une assistance technique, l'usage de la marque et le paiement de *royalties*.

Il convient d'observer que lorsque des produits sont vendus par le franchiseur, le contrat d'approvisionnement est en fait un contrat de vente de marchandises comprenant des clauses relatives à l'exclusivité, aux spécifications particulières du produit, à l'établissement du prix, au paiement, à la livraison, aux garanties, à l'inexécution et à la résiliation du contrat. Il peut dans de tels cas être utile de prévoir une clause de réserve de propriété au profit du franchiseur/vendeur jusqu'au paiement complet du prix.

De même, des clauses appropriées devront figurer dans le contrat de franchise principale ou dans un contrat de fourniture distinct, si c'est le franchisé principal qui fournit les équipements, produits ou services.

Si un contrat distinct est conclu, les parties doivent tenir compte de l'éventuelle interaction entre ce contrat distinct et le contrat de franchise principale afin de s'assurer d'une part que ces contrats sont compatibles l'un avec l'autre, et d'autre part, de mesurer les implications d'une possible résiliation du contrat de franchise principale. Par exemple, le franchiseur peut ne pas vouloir qu'un franchisé principal dont le contrat a été résilié continue à être le fournisseur du système franchisé.

Enfin, l'applicabilité soit de la loi du pays du franchiseur soit de celle du pays du franchisé principal, y compris l'éventuelle applicabilité de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* doivent être considérées dès lors qu'un contrat de fourniture de cette nature est conclu¹².

Comme il a été indiqué auparavant, le franchiseur peut au contraire souhaiter s'assurer que la fourniture des produits répondant à ses critères de qualité puisse se faire auprès de fournisseurs totalement indépendants, de lui-même et du franchisé principal. A cette fin, le franchiseur peut contractuellement se réserver le droit de prévoir que certains produits seront fournis uniquement par des fournisseurs qu'il aura agréés et avec lesquels lui ou le franchisé principal aura conclu un contrat de fabrication ou de fourniture. Un tel contrat peut contenir des clauses détaillées relatives par exemple aux spécifications requises, à l'équipement et aux

¹² Voir chapitre 19 « Documents annexes ».

conditions des usines, aux niveaux de qualité, le suivi des inventaires et aux garanties des produits. Le franchiseur et éventuellement le franchisé principal peuvent prévoir le paiement de royalties ou de toute autre compensation financière en contrepartie du droit de fabriquer et fournir les produits résultant de ce contrat. Il convient de noter qu'un tel contrat peut avoir à être approuvé par les autorités du pays d'accueil si cela est exigé par les lois applicables au transfert de technologies ou par toute autre loi locale applicable.

Le franchiseur peut ne pas souhaiter avoir à traiter des questions relatives à la fourniture directe ou indirecte des matériels, produits ou services requis. Dans un tel cas, le franchiseur peut simplement se réserver le droit dans le contrat de franchise principale d'agréeer les fournisseurs désignés par le franchisé principal. Dans certains cas, le franchiseur peut aussi écarter des fournisseurs ayant été auparavant désignés dès lors qu'ils n'auraient pas respecté certains critères de qualité ou atteint certains résultats. Enfin, un franchiseur peut simplement se réserver le droit d'insister pour que certains critères de qualité minimum soient maintenus, sans pour autant indiquer qu'il contrôlera d'une façon ou d'une autre les sources d'approvisionnement.

Le franchiseur peut conserver le droit de modifier les critères d'agrément que doivent remplir les fournisseurs. Il peut également définir les conditions que devra remplir un fournisseur pour être agréé, telles l'étendue du marché, l'importance du fournisseur, et sa capacité à surveiller, à contrôler et à tester la qualité des matériels, produits ou services qu'il fournit.

CHAPITRE 10

PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Dans la plupart des pays, il est certains droits, d'origine législative ou réglementaire, pour lesquels la loi confère à leur titulaire un usage privatif, à l'exclusion de toute autre personne. Quiconque désireux d'en faire usage est dès lors tenu d'obtenir le consentement du titulaire. Relativement proches, d'autres droits ne se voient pas reconnaître une telle protection, qui doit dès lors être aménagée entre les parties au contrat¹. Dans leur ensemble, ces droits relèvent de la propriété intellectuelle.

Parmi les droits juridiquement protégés dont le franchiseur est titulaire, figure pratiquement toujours le droit sur une marque, et ce, que l'accord de franchise soit national ou international. Dans certains cas, on trouve aussi un droit d'auteur, sur le manuel d'exploitation par exemple. La plupart des pays ont une législation spécifique relative aux marques et au droit d'auteur. Bien que certains franchiseurs détiennent parfois des brevets ou d'autres droits de propriété industrielle dont ils vont, si nécessaire, concéder l'usage aux franchisés, le plus souvent ces droits feront l'objet d'accords de licence distincts, lesquels permettent à leur bénéficiaire de fabriquer un produit en utilisant le brevet et les autres droits de propriété intellectuelle du concédant² et de distribuer ces produits sous la marque du concédant.

A. MARQUES

L'utilisation d'une marque est un élément essentiel dans la franchise. Les modalités d'enregistrement d'une marque par le franchiseur auprès de l'organisme officiel compétent, et le maintien de sa protection, varieront selon les pays. En revanche, l'utilisation de la marque et les différentes possibilités ouvertes aux parties à un accord de franchise principale pour protéger cette marque sont similaires d'un accord de franchise à un autre.

¹ Voir chapitre 11 « Savoir-faire et secrets d'affaires ».

² Au sens du présent Guide, le terme « propriété intellectuelle » englobe aussi les droits connus comme relevant de la « propriété industrielle ».

Dans un accord classique de franchise principale, le franchiseur octroie à son franchisé principal non seulement le droit d'utiliser sa marque, mais également le droit et l'autorisation de concéder lui-même l'usage de la marque aux sous-franchisés. Relevons à cet égard que dans certains pays, la conclusion d'un accord de franchise principale octroyant au franchisé principal le droit de concéder une sous-licence ne sera pas possible, les sous-licences de marque n'y étant pas autorisées. Dans un tel cas, un accord de licence de marque doit directement être conclu entre le franchiseur et le sous-franchisé³.

I. CONTRÔLE PAR LE FRANCHISEUR DE L'UTILISATION DE SA MARQUE PAR LE FRANCHISÉ PRINCIPAL ET PAR LES SOUS-FRANCHISÉS

Dans la plupart des pays, le droit des marques prévoit que le propriétaire d'une marque qui souhaite en concéder la licence devra contrôler l'utilisation de cette marque par le bénéficiaire de la licence. En matière de franchise principale, le franchiseur devra donc s'assurer de la façon dont le franchisé principal utilise sa marque. Diverses clauses du contrat de franchise principale pourront être stipulées à cette fin, notamment :

- ◆ une clause aux termes de laquelle l'utilisation de la marque par le franchisé principal devra se faire dans le strict respect du système franchisé conformément aux critères et spécifications contenus dans le manuel d'exploitation, lequel, propriété du franchiseur, est mis à la disposition du franchisé principal ;
- ◆ une clause interdisant au franchisé principal de faire figurer la marque du franchiseur dans sa raison ou dénomination sociale, sans l'accord de ce dernier. Si le franchisé principal est autorisé à utiliser la marque dans sa raison ou sa dénomination sociale, la façon dont il pourra le faire devra être précisément définie. Dans un tel cas, le franchisé principal se verra contraint de changer de raison ou de dénomination sociale en cas de résiliation ou à l'expiration du contrat de franchise principale ;
- ◆ une clause générale spécifiant la façon dont les sous-franchisés pourront eux aussi utiliser la marque. Dans une large mesure, ceci

³ Voir chapitre 2 « Nature et étendue des droits concédés et relations entre les parties ».

dépendra de la loi du pays dans lequel la marque a été enregistrée ;

- ◆ une clause imposant au franchisé principal de s'assurer de la façon dont les sous-franchisés utilisent et affichent la marque, ainsi que la façon dont les services associés à la marque sont fournis. Cette clause imposera également au franchisé principal l'obligation de s'assurer que l'utilisation de la marque se fait dans le respect de celle-ci, comme de veiller au respect par les sous-franchisés des standards de qualité et des spécifications établis par le franchiseur.

Le contrat de sous-franchise conclu entre le franchisé principal et les sous-franchisés reprendra les clauses prévues à cet effet au sein du contrat de franchise principale.

Relevons que dans certains cas, une marque ne pourra manifestement pas être utilisée dans le pays d'accueil envisagé, par exemple lorsque cette marque présente une signification ou une consonance offensante dans la langue du pays d'accueil, ou lorsqu'une marque similaire existe déjà dans ce pays d'accueil, ce qui entraînerait un risque de confusion. Dans un tel cas, le franchiseur peut décider de modifier sa marque et de procéder à l'enregistrement de cette nouvelle marque.

II. ATTEINTES PORTÉES PAR LES TIERS À LA MARQUE DU FRANCHISEUR

Les contrats de franchise principale abordent en général les conséquences résultant de la violation réelle ou potentielle des marques du franchiseur par un tiers, et la façon de réagir face à de telles violations. Rappelons que l'enregistrement d'une marque a pour effet de faire bénéficier le propriétaire de la marque du droit exclusif d'utilisation de celle-ci pour les produits et/ou services visés dans l'enregistrement. Toute personne qui vend, distribue ou fait de la publicité pour des produits et/ou services sous une marque similaire entretenant la confusion avec une marque enregistrée peut être considérée comme portant atteinte au droit du propriétaire de cette marque. Le propriétaire d'une marque peut parfois être amené à introduire une action pour violation des marques, une action délictuelle spécifique, notamment pour dol dite « *passing off action* » en *common law*, ou une action en concurrence déloyale, ou avoir recours à toute autre action qui serait ouverte, contre une personne qui, dans le cours normal des affaires, emploierait une marque qui causerait ou serait susceptible d'entraîner une confusion entre les biens ou services fournis par cette personne et ceux du propriétaire de la marque. Ce droit du propriétaire de la marque peut parfois être conféré à une autre personne, à

laquelle le propriétaire a octroyé des droits, comme, dans le cadre de la franchise, le franchisé principal.

Plusieurs possibilités s'offrent aux parties au contrat de franchise principale dans le cas de violation de la marque, ainsi par exemple :

- ◆ le franchiseur peut retenir le droit exclusif de décider s'il y a lieu ou non d'engager une action à l'encontre d'un tiers qui aurait utilisé sa marque sans autorisation. Dans un tel cas, il appartiendra au franchiseur de prendre en compte différents éléments, tel le coût de la procédure, ou encore l'hypothèse, si la procédure se révèle infructueuse, que d'autres puissent porter atteinte à sa marque ;
- ◆ le franchisé principal peut être autorisé à introduire lui-même une action à l'encontre d'un tiers dans certaines circonstances spécifiquement définies au contrat de franchise principale, si le franchiseur décide de ne pas agir lui-même. Dans un tel cas, la façon dont le franchisé principal sera autorisé à engager une action et mener la procédure devront être envisagées précisément ; et
- ◆ les parties peuvent agir ensemble contre celui qui porterait atteinte à la marque.

D'autres clauses vont prévoir la répartition du coût de l'action en justice entre le franchiseur et le franchisé principal et celle de tout dédommagement qui pourrait être obtenu.

III. ACTIONS POUR VIOLATION DES DROITS AFFÉRENTS À UNE MARQUE ENGAGÉES PAR UN TIERS À L'ENCONTRE DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

La question des actions pour violation des droits afférents à une marque qui pourraient être engagées à l'encontre du franchisé principal par un tiers prétendant disposer d'un droit d'antériorité sur la marque est généralement traitée dans le contrat sous l'angle de la répartition des risques entre les parties. Dans un tel cas, il convient en effet de décider laquelle des deux parties, le franchiseur ou le franchisé principal, assumera le risque, si le franchisé principal se voit interdire le droit d'utiliser une marque pour laquelle il bénéficie d'une licence d'utilisation. Si un tiers obtient qu'il soit fait interdiction au franchisé principal de continuer à utiliser la marque, les conséquences seront importantes, en particulier si

cette interdiction empêche également les sous-franchisés d'utiliser la marque.

Un important problème en la matière est que, quand bien même la marque serait enregistrée, il n'existe pas de certitude absolue que nul ne dispose pas de droits prépondérants liés à l'antériorité sur une marque identique ou similaire. La question de savoir si, et dans quelle mesure, il peut être demandé au franchiseur de garantir qu'il est bien titulaire du droit de propriété intellectuelle dont il concède l'utilisation et, par voie de conséquence, il peut être demandé au franchisé principal dans quelle mesure il est susceptible de garantir qu'il a bien le droit d'accorder à ses sous-franchisés une sous-licence d'utilisation des marques est une question importante, notamment en raison des conséquences que cela peut avoir sur l'éventuelle responsabilité du franchiseur et du franchisé principal.

Lorsque le franchiseur se porte garant d'un tel risque, il n'est pas rare de trouver dans le contrat une clause limitant cependant sa responsabilité sur ce point. Ainsi, sa responsabilité pourra par exemple être limitée quant au montant des indemnités que le franchiseur pourrait avoir à verser ou au montant des redevances d'ores et déjà payées par le franchisé principal au franchiseur. La responsabilité pourra être aussi limitée aux dépenses non prévues et résultant de la nécessité de modifier les enseignes et/ou signes distinctifs de chaque unité franchisée appartenant au franchisé principal et aux sous-franchisés, ainsi qu'aux dépenses occasionnées par la nécessité de modifier ou de remplacer tous les supports sur lesquels la marque apparaît. Il est extrêmement important d'envisager de telles éventualités non seulement dans le contrat de franchise principale, mais également dans les contrats de sous-franchise.

IV. MARQUES NON ENREGISTRÉES

Il arrive souvent qu'au moment de la conclusion du contrat de franchise principale le franchiseur ait déposé une demande d'enregistrement de la marque, mais que cette dernière n'ait pas encore été effectivement enregistrée. Par ailleurs, on ne peut jamais être certain qu'une demande d'enregistrement d'une marque sera acceptée. Il est donc nécessaire de prévoir toutes les conséquences possibles d'un refus de l'enregistrement d'une marque. Là encore, il s'agit d'une question de répartition des risques et la façon dont cette question sera traitée et dont ses conséquences seront envisagées seront similaires à ce qui a été auparavant examiné dans le cadre d'une action envisagée par un tiers.

V. LES « CONTRATS D'USAGER INSCRIT »

De nombreux pays dont le système juridique s'inspire du système qui existait dans le *common law* britannique ont adopté un système connu sous le nom d'« usager inscrit ». Cela concerne l'enregistrement d'une personne qui n'est pas titulaire de la marque, mais qui s'est vue octroyer le droit d'utilisation de celle-ci par son propriétaire. D'une manière générale, le « contrat d'usager inscrit » régit les rapports entre les parties. Y figureront des clauses par lesquelles le propriétaire de la marque définit les standards de qualité des produits ou services pouvant être offerts sous sa marque, se réserve le droit de contrôler la fabrication de tels produits ou la fourniture de tels services, et précise la durée de ce droit d'exploitation. Il convient de noter ici que, vu le type de relation en cause, il peut être nécessaire que le contrat de franchise soit lui-même enregistré auprès des autorités compétentes, même si le pays concerné ne connaît pas cette notion d'« usager inscrit ».

VI. SOUS-LICENCE DE MARQUE

Comme cela a été indiqué, dans certains pays, le droit des marques peut ne pas permettre au franchisé principal d'accorder une sous-licence de marque, seul le propriétaire de la marque pouvant octroyer une licence d'exploitation. Dans ces pays, la structure de la relation de franchise principale posera problème.

Dans de telles circonstances, une des options ouvertes aux parties consiste à conclure trois contrats, à savoir un contrat de franchise principale entre le franchiseur et le franchisé principal, un contrat de franchise « simple » entre le franchisé principal et les sous-franchisés et un contrat de licence de marque entre le franchiseur et les sous-franchisés, portant sur l'utilisation de la marque par les sous-franchisés⁴.

Une autre option consiste à conclure un contrat de franchise par unité tripartite entre le franchiseur, le franchisé principal et le sous-franchisé aux termes duquel le franchisé principal concède au sous-franchisé le droit d'exploiter le système franchisé et le franchiseur concède directement au sous-franchisé le droit d'exploiter sa marque.

⁴ Sur ces différentes options, voir également le chapitre 2, section F « Les relations contractuelles directes ».

S'agissant de ces deux options, il convient d'observer que généralement, le propriétaire d'une marque est tenu de veiller à la façon dont les produits et services pour lesquels la marque a été enregistrée sont produits et commercialisés et à la qualité des produits et services qui portent sa marque. Dans la mesure où en principe le franchiseur ne sera pas à même de remplir ses fonctions de surveillance dans le pays d'accueil et où il devra, en plus de ses obligations juridiques, veiller au respect de l'identité de sa marque, il devra d'une manière ou d'une autre transférer la charge de cette obligation sur son franchisé principal. Rappelons que souvent le franchiseur choisit la formule de la franchise principale précisément pour ne pas avoir à traiter directement avec les sous-franchisés. En contractant directement avec les sous-franchisés, ne serait-ce que dans un but de protection de ses droits de propriété intellectuelle, le franchiseur n'aura pas atteint ses objectifs.

Le fait pour le franchiseur de conclure directement avec les sous-franchisés des contrats de licence ou d'intervenir en tant que partie au contrat de sous-franchise risque d'être interprété comme une invitation faite aux sous-franchisés de se tourner vers le franchiseur pour demander aide et encadrement ou d'avoir pour effet que les sous-franchisés fassent appel directement au franchiseur dès qu'un problème se pose, en cherchant à écarter le sous-franchisé principal. Cela est particulièrement vrai lorsqu'un tel problème relève de l'exploitation de la marque ou du système franchisé. Enfin, la conclusion d'un contrat par lequel le franchiseur octroie directement au sous-franchisé le droit d'utilisation de sa marque, sans passer par le franchisé principal, fait peser sur le franchiseur un risque de voir sa responsabilité engagée par des tiers du fait de son intervention. Il peut en aller de même dans le cas d'un contrat tripartite.

Une troisième possibilité consisterait à investir le franchisé principal de la qualité de représentant du franchiseur. En ce cas, le franchisé principal ne serait le représentant du franchiseur que pour les questions relatives à la marque, c'est-à-dire pour la licence d'utilisation de la marque aux sous-franchisés, pour la surveillance de la façon dont la marque est utilisée et pour le contrôle de la qualité des produits et services portant cette marque. Dans le cas où les parties adopteraient une telle solution, il faudrait alors qu'elles prévoient de faire transparaître cette relation dans chaque contrat de sous-franchise et qu'elles y fassent figurer une clause par laquelle le sous-franchisé indiquerait expressément avoir connaissance du fait que le franchisé principal est le représentant du franchiseur dans ce domaine. Les obligations respectives des parties en la matière devront bien sûr être précisées. En outre, et comme il a été évoqué auparavant, tout

contrat d'« usager inscrit » qui pourrait être requis par la loi devrait alors être conclu directement entre le franchiseur et les sous-franchisés. On pourrait ici envisager de donner un mandat au franchisé principal afin qu'il exécute le contrat d'« usager inscrit » pour le compte du franchiseur. En toute hypothèse, il convient d'observer que la solution consistant à désigner le franchisé principal comme représentant du franchiseur, ne protégera pas celui-ci du risque de voir sa responsabilité mise en cause par des tiers, notamment dans le cadre de réclamations ou d'actions résultant de l'utilisation de la marque.

VII. LA RÉGLEMENTATION INTERNATIONALE DES MARQUES

Il convient de souligner qu'un grand nombre de pays sont signataires de conventions internationales relatives aux marques, dont les plus importantes sont examinées ici.

a) La Convention de Paris

La plupart des pays industrialisés sont parties contractantes à la *Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle* de 1883⁵ et, en tant que telles, sont membres de l'*Union pour la protection de la propriété industrielle*⁶. La Convention de Paris a pour objet la propriété industrielle laquelle recouvre les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les dessins ou modèles industriels, les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine, ainsi que la répression de la concurrence déloyale⁷.

En matière de franchise, les dispositions les plus pertinentes sont celles qui imposent à chaque pays partie à la Convention de Paris de réserver aux ressortissants de chacun des autres pays membres un traitement identique à celui qu'il réserve à ses propres ressortissants (principe du traitement national)⁸. Aucune condition de domicile ou d'établissement dans le pays où la protection est réclamée ne peut être exigée des ressortissants des pays membres pour la jouissance des droits de propriété industrielle⁹. Le même traitement est réservé aux ressortis-

⁵ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, révisée à Bruxelles (1900), Washington (1911), La Haye (1925), Londres (1934), Lisbonne (1958) et Stockholm (1967) et modifiée le 2 octobre 1979.

⁶ Au 22 juin 1998, la Convention de Paris comptait 149 États contractants.

⁷ Article 1(2). Les marques sont l'objet de l'article 5C(1), (2) et (3) et 6 bis.

⁸ Article 2(1).

⁹ Article 2(2).

sants de pays qui ne sont pas parties à la Convention de Paris, mais qui sont domiciliés ou ont des établissements industriels ou commerciaux effectifs et sérieux sur le territoire de l'un des pays contractants¹⁰.

L'un des plus grands avantages de la Convention est le « droit de priorité » en vertu duquel toute personne qui aura régulièrement fait le dépôt d'une demande relative à un droit de propriété industrielle dans l'un des pays membres pourra effectuer le dépôt d'une demande de protection dans tous les autres pays membres, à condition de respecter un certain délai. Ainsi, le dépôt d'une demande dans un autre État membre sera considéré comme ayant été fait le même jour que celui où la demande a été pour la première fois déposée, et bénéficiera donc d'un droit de priorité sur toutes les autres demandes ayant le même objet qui auraient été déposées après la date de dépôt de la demande. Ce droit de priorité a pour conséquence que le dépôt ultérieurement opéré dans l'un des autres États membres avant l'expiration des délais prévus ne pourra être invalidé par un autre dépôt accompli dans l'intervalle lequel aurait pu, normalement, annihiler les droits de celui qui a fait la demande. En matière de marque, le délai de priorité est de six mois¹¹.

b) L'Arrangement de Madrid

Parmi les parties contractantes à l'*Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques* de 1891¹², il convient de mentionner l'Allemagne, la Chine, l'Égypte, l'Espagne, la France, l'Italie, la Fédération russe et la Suisse. Parmi les pays non contractants les plus importants figurent les États-Unis et le Canada. Les parties contractantes à cet Arrangement et au *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques* du 28 juin 1989 forment l'*Union de Madrid*¹³.

Conformément à l'Arrangement de Madrid, les ressortissants des États parties bénéficient d'un droit d'enregistrement international. De même les ressortissants des pays non contractants de l'Arrangement de Madrid, mais parties à la Convention de Paris, et ayant leur domicile ou

¹⁰ Article 3.

¹¹ Voir article 4.

¹² Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques du 14 avril 1891, révisé à Bruxelles (1900), Washington (1911), La Haye (1925), Londres (1934), Nice (1957) et Stockholm (1967) et modifié en 1979 et Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques du 28 juin 1989 (Protocole de Madrid).

¹³ Au 25 mai 1998, l'Arrangement de Madrid comprenait 48 parties contractantes et le Protocole de Madrid 31. Au total, 56 États forment l'Union de Madrid.

des établissements industriels ou commerciaux effectifs et sérieux dans l'un des pays de l'Arrangement sont placés sur un pied d'égalité avec les ressortissants des pays parties de l'Arrangement.

La demande d'enregistrement international doit satisfaire certaines conditions. Premièrement, la marque pour laquelle une demande d'enregistrement international est présentée doit être enregistrée à un niveau national auprès de l'organisme officiel compétent en matière de propriété intellectuelle du pays d'origine, le pays d'origine étant

« le pays de l'Union [...] où le déposant a un établissement industriel ou commercial effectif et sérieux ; s'il n'a pas un tel établissement dans un pays de l'Union [...], le pays de l'Union [...] où il a son domicile ; s'il n'a pas de domicile dans l'Union [...], le pays de sa nationalité s'il est ressortissant d'un pays de l'Union [...] »¹⁴.

Les demandes d'enregistrement international sont déposées auprès de l'organisme compétent du pays d'origine, qui fera elle-même le dépôt auprès du *Bureau international* de l'*Organisation mondiale de la propriété intellectuelle* (OMPI), l'office d'origine s'étant assuré et certifiant que la marque figurant dans la demande internationale correspond à celle figurant dans l'enregistrement national au nom du déposant et que la marchandise et/ou les services qui sont catalogués dans la demande internationale sont couverts par l'enregistrement national. Il convient de noter que l'enregistrement international n'a d'effet que pour les pays pour lesquels la protection résultant de cet enregistrement a été expressément demandée¹⁵. La demande d'enregistrement de la marque sera notifiée aux divers États membres de l'Union et les offices disposeront de douze mois pour examiner, accepter ou rejeter la demande, selon leurs critères nationaux. Un déposant peut ainsi obtenir un enregistrement de sa marque dans plusieurs pays par le biais d'une seule demande, étant ici précisé que l'enregistrement international n'a pas d'effet dans le pays d'origine dans lequel la marque est protégée par un enregistrement national qui constitue la base de l'enregistrement international.

L'Arrangement de Madrid a été critiqué dans la mesure où pendant une période de cinq ans à compter de l'enregistrement international, la protection découlant de cet enregistrement dépend de la protection offerte dans le pays d'origine. Il en résulte que si pendant cette période quinquennale la marque cesse de bénéficier d'une protection dans le pays d'origine, la protection résultant de l'enregistrement international ne pourra plus être invoquée dans aucun des pays dans lesquels elle a été

¹⁴ Article 1(3) de l'Arrangement de Madrid.

¹⁵ Article 3 *ter* (1) de l'Arrangement de Madrid

accordée. Cela reste vrai dans le cas où la marque cesse de bénéficier d'une protection dans le pays d'origine du fait de procédures engagées pendant ce délai de cinq ans (ceci est connu comme « *central attack procedures* »). Ce n'est qu'au terme de cette période de cinq ans que l'enregistrement international devient indépendant de l'enregistrement national. La protection dont bénéficie la marque dans les autres pays de l'Union de Madrid n'est alors plus susceptible d'être affectée par la perte de la protection dans le pays d'origine.

Le régime de l'Arrangement de Madrid a été modifié par le *Protocole relatif à l'Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques*¹⁶, adopté dans l'esprit de rendre l'Arrangement de Madrid plus facilement acceptable à d'autres pays. Les changements les plus importants concernent notamment¹⁷ :

- ◆ le Protocole permet au déposant qui le souhaite, de solliciter un enregistrement international sur le fondement d'une demande d'enregistrement nationale (et non plus seulement sur la base d'un enregistrement national)¹⁸ ;
- ◆ le Protocole, si les États contractants le souhaitent, accorde un délai de dix-huit mois, et non plus de douze mois, pour que les offices nationaux opposent leur refus, et une période plus longue encore lorsque ce refus de protection résulte d'une opposition à l'octroi de la protection¹⁹ ;
- ◆ le Protocole permet de transformer en demandes d'enregistrement, nationales ou régionales dans chaque Partie contractante désignée, un enregistrement international qui n'aurait pas abouti, du fait, notamment, d'une « *central attack* ». Ces demandes jouissent de la date d'enregistrement et, le cas échéant, de la date prioritaire de l'enregistrement international.²⁰

Les modifications apportées par le Protocole de Madrid ont eu pour effet de rendre l'Arrangement de Madrid acceptable à certains États qui n'avaient pas souhaité y adhérer à l'origine, tel que le Royaume-Uni. Les États-Unis examinent de leur côté la possibilité de devenir partie à cette Convention.

¹⁶ Madrid, 28 juin 1989.

¹⁷ Voir World Intellectual Property Organization (ed.), *Introduction to Intellectual Property - Theory and Practice*, London/The Hague/Boston, 1997, p. 416.

¹⁸ Article 2(1)(a).

¹⁹ Article 5(2)(b) à (d).

²⁰ Article 9 *quinquies*.

Un autre but principal poursuivi par le Protocole de Madrid consiste à établir un lien entre l'enregistrement international prévu par l'Arrangement de Madrid et le système de protection régional des marques de la Communauté européenne, afin qu'un enregistrement international dans le cadre de l'Arrangement de Madrid puisse se fonder sur un enregistrement sur le plan communautaire et que la Communauté européenne puisse être désignée dans le cadre d'un enregistrement sous le système de Madrid²¹. Ce souhait pourrait être réalisé dans la mesure où le Protocole prévoit que non seulement des États, mais également certaines organisations intergouvernementales telle que la Communauté, peuvent devenir partie au Protocole de Madrid²².

c) La marque communautaire²³

Le système de protection des marques de la Communauté européenne prévoit qu'un seul enregistrement couvre l'ensemble des États de la Communauté. Le système communautaire de protection des marques n'a cependant pas aboli les systèmes nationaux de protection des marques. Les États membres sont libres de conserver leur législation nationale sur la protection des marques en ce qui concerne leur propre territoire. Les caractéristiques principales des réglementations nationales ont été harmonisées par la directive du Conseil 89/104/CEE du 21 décembre 1988²⁴. Un *Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (OHMI)* a été établi à Alicante, les demandes d'enregistrement y étant acceptées depuis le 1er janvier 1996. L'harmonisation du système d'enregistrement des marques facilitera sans aucun doute l'implantation dans l'Union européenne de franchiseurs souhaitant y établir leur système de franchise, et permettra de réduire les obstacles commerciaux existant entre les États membres.

B. DROIT D'AUTEUR

Le droit d'auteur protège les œuvres littéraires, artistiques et scientifiques originales. Dans le cadre de la franchise, le droit d'auteur portera principalement sur les manuels d'exploitation, les formulaires ou modules, le matériel publicitaire ou certains éléments décoratifs. La

²¹ Voir Article 2 du Protocole.

²² Article 14(1)(b)

²³ Règlement du Conseil (CE) N° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, JOCE N° L 11/1 du 14 janvier 1994.

²⁴ Première directive du Conseil N° 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, JOCE N° L 40/1 de 11 février 1989.

plupart des droits considèrent qu'il y a droit d'auteur dès qu'il y a création d'une œuvre. En d'autres termes, un enregistrement ou un dépôt particulier n'est pas nécessaire pour obtenir la protection de ce droit. Généralement, le droit d'auteur existe tant que l'auteur est en vie et subsiste pour encore cinquante ou soixante-dix ans.

L'enregistrement est cependant possible dans un certain nombre de pays. Dans un tel cas, l'enregistrement fait naître une présomption quant au fait que l'œuvre est une création originale susceptible de protection et quant à la titularité du droit d'auteur. L'enregistrement est en outre une déclaration au monde entier qu'il existe un droit d'auteur, ce qui revêt une certaine importance sur le plan des recours juridiques. Les contrats de franchise principale vont en général aborder les conséquences résultant des violations de droits d'auteur.

On considère fréquemment que le droit d'auteur apporte à son titulaire un ensemble de droits, le droit de produire, reproduire, représenter ou publier son œuvre ou toute partie substantielle de celle-ci sous n'importe quelle forme. Il est important de garder à l'esprit que le droit d'auteur ne protège pas des idées, mais seulement la façon dont ces idées sont exprimées. Il y a atteinte au droit d'auteur lorsque par exemple, une personne produit sans la permission du titulaire du droit d'auteur une œuvre substantiellement similaire à l'original ou une imitation trompeuse de celui-ci. Les contrats de franchise principale traitent traditionnellement de ce type de violations.

Il faut également noter que si un auteur est citoyen d'un pays membre d'une convention internationale, cet auteur pourra obtenir la même protection dans les autres pays parties à la convention que celle dont il bénéficie dans son propre pays. Dans ce contexte, il faudra tenir compte des dispositions de la *Convention de Berne de 1886 pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*²⁵, de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*²⁶ et des réglementations régionales telles que celles de la Communauté européenne.

²⁵ Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques de 1886, complétée à Paris (1896), révisée à Berlin (1908), complétée à Berne (1914), révisée à Rome (1928), à Bruxelles (1948), à Stockholm (1967) et à Paris (1971) et modifiée en 1979 (l'Union de Berne).

²⁶ Marrakech 1994, comprise dans une annexe de l'Accord instituant l'Organisation Mondiale du Commerce.

CHAPITRE 11

SAVOIR-FAIRE ET SECRETS D'AFFAIRES

A. RÔLE DU SAVOIR-FAIRE DANS LES CONTRATS DE FRANCHISE

La notion de savoir-faire recouvre en général un ensemble de connaissances techniques et commerciales acquises par une personne lors de l'exploitation d'une activité spécifique et qui sont propres à cette activité. Ces connaissances sont en général un ensemble de renseignements concrets relatifs à l'activité exercée associés à une expérience née de l'utilisation de ces données. Selon la nature de l'activité, le savoir-faire sera technique ou commercial. Les critères permettant qu'un ensemble de connaissances soit qualifié de véritable savoir-faire, varieront selon le champ d'activité et le pays. Il semble cependant qu'apparaisse un consensus, des définitions similaires étant adoptées à des niveaux internationaux et supranationaux¹, ce qui est un développement récent. Traditionnellement, le savoir-faire n'était pas protégé par une réglementation particulière ; sa protection était assurée par les termes du contrat existant entre le titulaire du savoir-faire et la personne à qui était octroyé le droit de l'utiliser ; dans une large mesure, ceci est encore vrai aujourd'hui. Le savoir-faire est ainsi un droit de propriété intellectuelle particulier, qui, à la différence des brevets, marques ou droits d'auteur, ne peut être protégé contre quiconque. Il n'est peut-être pas surprenant, vu la nature du savoir-faire, qu'il n'existe pas de registres officiels dans lesquels les droits de propriété d'un savoir-faire seraient enregistrés ou pourraient être établis. Nonobstant ce vide législatif et cette absence de protection juridique, le savoir-faire figure généralement parmi les droits de propriété intellectuelle².

Le savoir-faire commercial est un élément essentiel de la franchise. Il revêt une importance fondamentale pour toutes les parties à l'accord. Il est

¹ Voir section B « Savoir-faire, secrets d'affaires et informations confidentielles ou non divulguées » *infra*.

² Voir chapitre 10 « Propriété intellectuelle ».

important tout d'abord pour le franchiseur, dans la mesure où c'est précisément le savoir-faire qu'il a développé au cours des années en tant qu'entrepreneur et surtout en tant que franchiseur qui, lié aux autres droits de propriété intellectuelle dont il est titulaire, distinguera son système et donnera aux membres de son réseau franchisé un avantage sur leurs concurrents. La communication de ce savoir-faire, comme la concession de licences de droits de propriété intellectuelle formeront la base sur laquelle chacun des membres du réseau va exploiter son entreprise. Une exploitation uniforme du savoir-faire sera garantie par le rôle de coordination du franchiseur, et dans le cas de la franchise principale, du franchisé principal.

Pour le franchisé principal et les sous-franchisés la communication du savoir-faire commercial du franchiseur a une valeur économique importante puisque c'est ce savoir-faire commercial qui va leur permettre de bénéficier d'un système dont l'expérience a démontré le succès.

B. SAVOIR-FAIRE, SECRETS D'AFFAIRES ET INFORMATIONS CONFIDENTIELLES OU NON DIVULGUÉES

Le terme « savoir-faire » n'est pas le seul employé dans le langage juridique ou commercial pour désigner un ensemble de connaissances professionnelles particulières. On retrouve également les termes « secret d'affaires » ou « informations confidentielles » ou encore « informations non divulguées ». Si certains juristes établissent des distinctions entre ces termes, celles-ci sont si subtiles que dans le cadre de ce guide, l'expression « savoir-faire » couvrira également la notion de secret d'affaires ou d'informations confidentielles ou non divulguées.

Le développement des connaissances qui constituent le savoir-faire requiert un certain investissement de la part de l'entreprise. Cet investissement sera motivé par la rentabilité du produit ou service développé et/ou les avantages acquis sur les concurrents, avantages qui dureront aussi longtemps que sera préservé le caractère secret de ces connaissances.

L'une des caractéristiques du savoir-faire est la nécessité dans laquelle se trouve son titulaire de le divulguer, à ses employés ou à ses collaborateurs par exemple, afin de permettre à ces derniers de l'utiliser dans le cadre de l'exploitation normale de l'entreprise. Il existe là un risque dans la mesure où plus ce savoir-faire est exploité, plus il y a de chance que son caractère secret s'efface.

Pour protéger ce savoir-faire, il apparaît donc nécessaire que les personnes à qui il est transmis soient soumises à une obligation de confidentialité, voire de secret, à l'égard des tiers. Tel est le but des clauses

ou accords de confidentialité. En outre, il doit pouvoir être interdit aux personnes auxquelles est transmis le savoir-faire de l'utiliser dans le cadre d'une activité concurrente de celle du titulaire de ce savoir-faire. Tel est le but des clauses de non-concurrence ou des accords de non-concurrence³ :

Il est préférable que les clauses relatives à la protection du savoir-faire figurent tant dans le contrat de franchise principale que dans le contrat de sous-franchise. Tous les systèmes juridiques prennent toutefois le soin de s'assurer que ne soient pas imposées à un licencié ou sous-licencié des obligations qui ne pourraient pas être imposées à des tiers. En général, dans les pays industrialisés, ce contrôle se fait par l'intermédiaire des règles de concurrence et dans les pays en développement par les règles relatives au transfert de technologie.

Le savoir-faire est indirectement visé à l'article 39(2) de l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)*, figurant en annexe à l'*Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation Mondiale du Commerce*. Cet article relatif aux informations non divulguées énonce les trois conditions auxquelles doit satisfaire une information pour être qualifiée d'information non divulguée et bénéficier d'une protection : « Les personnes physiques et morales auront la possibilité d'empêcher que des renseignements licitement sous leur contrôle ne soient divulgués à des tiers ou acquis ou utilisés par eux sans leur consentement et d'une manière contraire aux usages commerciaux honnêtes, sous réserve que ces renseignements (a) soient secrets en ce sens que, dans leur globalité ou dans la configuration et l'assemblage exacts de leurs éléments, ils ne sont pas généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignements en question ou ne leur sont pas aisément accessibles ; (b) aient une valeur commerciale parce qu'ils sont secrets ; et (c) aient fait l'objet, de la part de la personne qui en a licitement le contrôle, de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets ». Une définition du savoir-faire similaire à celle relative à l'information non divulguée de l'Accord ADPIC figure dans le règlement CEE d'exemption sur la franchise⁴. Certains droits nationaux énoncent également des définitions similaires. Relevons que l'adhésion à l'Accord ADPIC permettra une protection

³ Voir pages 140 et 142 *infra*.

⁴ Règlement CEE n° 4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, JOCE L 359 du 28 décembre 1988, article 1(3)(f) : « « Savoir-faire » [est] 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 ».

uniforme du savoir-faire dans un grand nombre de pays. Les parties à un contrat de franchise principale feront donc bien de s'assurer que ce qu'elles dénomment « savoir-faire » entre bien dans la définition de l'Accord ADPIC. A cet égard, les critères posés par l'article 39(2) de cet Accord sont analysés ici.

I. CARACTÈRE SECRET DU SAVOIR-FAIRE

L'exigence du caractère secret du savoir-faire se retrouve dans tous les instruments internationaux. L'Accord ADPIC fournit de fait une définition de ce caractère secret, en indiquant, en son article 39(2), que la configuration et l'assemblage des composants du savoir-faire ne doivent pas être « généralement connus de personnes appartenant aux milieux qui s'occupent normalement du genre de renseignement en question ou ne leur sont pas aisément accessibles »⁵. Aux termes de cette définition, un secret absolu n'est donc pas nécessaire ; il suffit que les renseignements composant le savoir-faire ne soient pas immédiatement accessibles à ceux traitant normalement les informations en question.

II. VALEUR COMMERCIALE

L'article 39(2) de l'Accord ADPIC prévoit en outre que des renseignements non divulgués ne pourront être protégés que s'ils ont une « valeur commerciale parce qu'ils sont secrets »⁶. Les renseignements dont il est question sont donc uniquement les renseignements dont la valeur commerciale est la conséquence directe du caractère secret et qui perdraient cette valeur s'ils étaient rendus publics.

III. PRÉCAUTIONS POUR PRÉSERVER LE SECRET

La personne qui exerce un contrôle licite des renseignements, doit en outre prendre « de dispositions raisonnables, compte tenu des circonstances, destinées à les garder secrets »⁷. L'obligation de prendre certaines précautions incombe donc non seulement au propriétaire des renseignements, mais également à toute personne qui en a licitement le contrôle. Dans le cadre de la franchise, il appartiendra donc non seulement au franchiseur, mais aussi au franchisé principal et aux sous-

⁵ Article 39(2)(a)

⁶ Article 39(2)(b)

⁷ Article 39(2)(c)

franchisés de prendre toute mesure nécessaire pour protéger les renseignements.

Dans plusieurs pays, les juridictions ont appliqué ce que l'on dénomme le « test du caractère raisonnable » aux mesures prises pour déterminer quelles informations devraient être considérées « secrètes ». L'idée est qu'il n'est pas possible de réclamer une protection d'« informations secrètes » dès lors que le titulaire, ou celui qui contrôle ces informations, ne fait rien pour en préserver le caractère secret.

C. GARANTIES APPORTÉES PAR LE FRANCHISÉ PRINCIPAL ET LE FRANCHISEUR

Il est très important pour le franchisé principal d'être certain que le franchiseur est le véritable titulaire du savoir-faire objet de la franchise ; il est tout autant important pour les sous-franchisés d'être certains que le sous-franchisé principal s'est vu transférer le droit de leur transmettre ce savoir-faire. Dans la mesure où il n'existe pas de répertoire officiel des droits de propriété sur un savoir-faire, la question se pose de savoir dans quelle mesure il peut être demandé au franchiseur de garantir qu'il est bien le propriétaire des droits qu'il transmet au franchisé principal ou aux franchisés et dans quelle mesure le franchisé principal peut être amené à garantir qu'il s'est bien vu concéder les droits qu'il transmet aux sous-franchisés. La réponse à ces questions varie selon les pays.

D. LA DIFFÉRENCE ENTRE « CESSION » ET « LICENCE » DE SAVOIR-FAIRE

Le propriétaire du savoir-faire peut disposer de son savoir-faire de deux façons : en le cédant à un tiers, ou en en concédant une licence d'utilisation. Il y a cession lorsque le propriétaire du savoir-faire transmet à un tiers non seulement le savoir-faire en tant qu'information, mais aussi la propriété de ce savoir-faire. En tant que nouveau propriétaire, ce tiers ne pourra se voir imposer aucune limite dans l'utilisation du savoir-faire ; le propriétaire précédent ne sera plus autorisé à exploiter ce savoir-faire. Les effets juridiques du contrat de cession sont généralement renforcés par une clause de non-concurrence liant le cédant jusqu'à ce que le savoir-faire devienne public.

Lorsque le savoir-faire est l'objet d'une licence, le titulaire du savoir-faire autorise un tiers à utiliser ce savoir-faire sous certaines conditions pour une période de temps spécifiée et sur un territoire défini. Le concédant conserve la propriété de ce savoir-faire. Dans un tel cas, le droit qu'acquiert le licencié n'a pas la nature d'un droit de propriété. C'est le cas le plus fréquent en matière de franchise.

Bien que tous les systèmes juridiques n'exigent pas que les contrats de licence se fassent par écrit, on peut supposer que, dans le cas d'un contrat de franchise internationale, toutes les clauses relatives à la licence du savoir-faire seront rapportées par écrit.

Un accord de licence de savoir-faire ne peut être conclu pour une durée se poursuivant au-delà du moment où le savoir-faire entre dans le domaine public. Si seulement une partie des composantes du savoir-faire entre dans le domaine public, la validité de la licence se verra limitée d'autant.

L'autorisation peut être limitée à des produits ou à des usages particuliers (« *field of use restriction* »). Dans un tel cas, le concédant se réserve le droit d'exploiter son savoir-faire directement ou par l'intermédiaire d'autres licenciés pour d'autres produits ou dans le cadre d'autres activités. En matière de franchise, le savoir-faire ne pourra dans la plupart des cas être utilisé que pour les besoins de l'exploitation du système franchisé.

S'agissant du territoire géographique pour lequel la licence est concédée, notons que la licence peut-être sans exclusivité, ou avec une exclusivité relative, auquel cas le licencié ne sera pas en concurrence avec d'autres licenciés, ou avec une exclusivité absolue, auquel cas le licencié sera protégé non seulement contre la concurrence d'autres licenciés, mais également contre celle que pourrait lui faire le concédant.

E. ACQUISITION PAR UN TIERS DES CONNAISSANCES FORMANT LE SAVOIR-FAIRE

Il peut arriver qu'un tiers acquiert un savoir-faire identique à celui-ci du franchiseur sans que ce dernier ou qu'une personne bénéficiant de son autorisation ne le lui ait transmis. Quelle que soit la manière dont ce tiers aura acquis ce savoir-faire et qu'il l'ait acquis ou non de bonne foi, une telle éventualité doit être envisagée par les parties, compte tenu des questions importantes qui vont se poser dans un tel cas. On pourra notamment se demander si le franchisé principal et les sous-franchisés

resteront liés par la clause de confidentialité relative au savoir-faire, alors que celui-ci ne serait plus secret. La réponse à cette question varie selon les systèmes juridiques. Pour certains, cette obligation sera maintenue alors que pour d'autres elle ne le sera pas, l'obligation de confidentialité cessant d'exister dès lors que l'information qu'elle vise à protéger n'est plus secrète. Il conviendra donc pour les parties de prêter une attention particulière à la rédaction des clauses de leur contrat quant aux conséquences de la divulgation du savoir-faire indépendamment de toute faute de leur part.

F. COMMUNICATION DU SAVOIR-FAIRE DANS LES CONTRATS DE FRANCHISE PRINCIPALE

Dans le cadre de la franchise principale, il est naturellement très important pour le franchiseur que son savoir-faire soit correctement utilisé par le franchisé principal et les sous-franchisés, et que le caractère secret de ce savoir-faire soit préservé. Le franchiseur doit par ailleurs s'assurer qu'il conserve le droit d'exploiter lui-même ce savoir-faire et celui de le transmettre à d'autres franchisés principaux ou franchisés.

En pratique, le savoir-faire est généralement transmis par le biais du manuel d'exploitation⁸ et de stages de formation organisés par le franchiseur⁹. L'obligation de transmettre le savoir-faire inhérente à l'accord de franchise principale concerne non seulement le savoir-faire existant lors de la conclusion du contrat, mais aussi les améliorations de ce savoir-faire durant toute la durée du contrat.

Au fur et à mesure, les techniques utilisées dans le cadre du système franchisé sont mises à jour, pour tenir compte de l'expérience acquise au cours de l'exploitation du système franchisé, comme du développement de nouvelles techniques et autres améliorations. Pour transmettre ces techniques mises à jour aux membres du réseau, on utilise généralement des mises à jour ou une nouvelle édition du manuel d'exploitation et des stages de formation additionnels périodiques, et/ou des rencontres¹⁰. Point n'est besoin de préciser qu'il incombe au franchiseur de tenir le franchisé principal au courant de toutes les évolutions du savoir-faire du système

⁸ Ce manuel pourra être protégé par le droit d'auteur. Voir chapitre 10, section B « Droit d'auteur ». Voir également chapitre 5, section C « Manuels ».

⁹ Voir chapitre 5, section B « Formation ».

¹⁰ Voir chapitre 5 « Rôle du franchiseur ».

franchisé pendant toute la durée de la relation. De son côté, le franchisé principal devra prendre l'engagement de participer à ces stages ou réunions et faire en sorte que ses sous-franchisés y assistent également.

G. PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE DANS LES ACCORDS DE FRANCHISE INTERNATIONALE

Le problème principal rencontré dans le cadre de la franchise principale, lequel implique que le savoir-faire soit transmis à toute une série d'utilisateurs successifs, est d'éviter que ce savoir-faire soit divulgué par les sous-franchisés, soit du fait de l'insuffisance des règles protégeant les secrets d'affaire pour en garantir une réelle protection dans le pays des sous-franchisés, soit du fait que les sous-franchisés n'ont pas de relations contractuelles directes avec le franchiseur. Le savoir-faire peut être contractuellement protégé au moyen de clauses adaptées tant dans le contrat de franchise principale que dans les contrats de sous-franchise.

Il convient de noter que le franchisé principal peut voir sa responsabilité contractuelle engagée en cas de violation par ses sous-franchisés, leurs employés ou leurs collaborateurs, de l'obligation de ne pas divulguer le savoir-faire transmis. De même, le franchisé principal pourrait voir sa responsabilité contractuelle engagée s'il ne prenait pas toutes les mesures pour que cette violation soit sanctionnée, par exemple, s'il n'engageait pas de poursuites. Il pourrait même être considéré que le franchisé principal a failli à son obligation de sélectionner avec soin ses sous-franchisés, si ceux-ci divulguaient le savoir-faire ; dans un tel cas néanmoins, le franchisé principal ne pourrait voir sa responsabilité engagée si le franchiseur s'était lui-même réservé le droit d'approuver les contrats conclus entre le franchisé principal et les sous-franchisés¹¹. En toute hypothèse, pour que la responsabilité du franchisé principal soit ainsi engagée, encore faut-il qu'une clause particulière ait été inscrite en ce sens dans le contrat de franchise principale.

¹¹ Sur la question de l'agrément préalable des sous-franchisés par le franchiseur, voir chapitre 2, section E « La structure à trois niveaux des accords de franchise principale ».

H. CLAUSES RELATIVES À LA PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE DANS LES CONTRATS DE FRANCHISE PRINCIPALE

La valeur intrinsèque du savoir-faire laisse apparaître les insuffisances des protections aménagées en vertu de règles de droit pénal ou de la responsabilité civile pour concurrence déloyale notamment. Il convient donc de prévoir dans chaque contrat de franchise des clauses susceptibles d'assurer la protection du savoir-faire, tant pendant la durée du contrat que pendant la période post-contractuelle.

I. CLAUSES AUX FINS DE PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE PENDANT LA DURÉE DU CONTRAT

a) Clauses de confidentialité

Classiquement, tant le contrat de franchise principale que les contrats de sous-franchise, contiendront une clause de confidentialité dont l'objet sera la protection du savoir-faire du franchiseur, comme de toute information confidentielle transmise au franchisé principal et aux sous-franchisés. Par ces clauses, le franchisé principal et les sous-franchisés s'engageront à ne pas divulguer à des tiers le savoir-faire transmis par le franchiseur. Bien évidemment, la notion de tiers ne s'étend pas aux personnes auxquelles le savoir-faire doit être communiqué dans le cadre de l'exploitation normale de l'entreprise, aux employés ou aux collaborateurs par exemple.

Ces derniers, qu'ils soient employés par le franchisé principal ou par un sous-franchisé, devront considérer que cette obligation de confidentialité liant leur employeur s'applique également à eux. De son côté, le franchiseur peut exiger qu'un accord de confidentialité soit spécialement conclu entre lui-même et ces personnes, afin que celles-ci aient une responsabilité directe à son égard, s'il considérerait que leurs obligations envers leur employeur seraient insuffisantes. Toutefois, dans tous les pays industrialisés, les clauses relatives à la protection du savoir-faire peuvent être légitimement imposés aux employés ou anciens employés.

Il convient de relever que l'étendue de la clause de confidentialité n'est pas nécessairement limitée au savoir-faire technique et/ou commercial protégé. La confidentialité peut aussi couvrir d'autres informations ou composantes du savoir-faire qui, en principe, ne seraient pas susceptibles de bénéficier d'une protection juridique, dès lors que ces informations ne sont pas généralement connues et donc pas encore

en possession du bénéficiaire et que ces informations combinées avec les autres éléments du savoir-faire constituent un élément essentiel du savoir-faire. Afin de délimiter plus précisément le savoir-faire protégé par la clause, certaines parties prennent soin de faire préciser par le franchisé principal ou les sous-franchisés dans une déclaration l'état de leurs propres connaissances au moment de la signature du contrat de franchise principale ou du contrat de sous-franchise.

En principe, l'obligation de confidentialité se poursuit jusqu'à ce que l'information couverte par la confidentialité devienne publique ; elle ne prend pas fin en même temps que le contrat. Relevons à cet égard que dans certains systèmes juridiques, l'obligation de confidentialité continuera à lier les parties alors même que le savoir-faire, sans intervention de la part des parties, est devenu public pendant la période d'exécution du contrat¹².

Pour finir, notons qu'en général, les restrictions apportées par la clause de confidentialité dans l'exploitation du savoir-faire ne s'accompagnent pas d'une contrepartie spécifique au profit de la partie qui voit son droit d'usage ainsi limité.

b) Clause de non-concurrence

Tant les contrats de franchise principale que les contrats de sous-franchise comportent généralement une clause de non-concurrence. Le principal but poursuivi par cette clause est de protéger le savoir-faire en même temps que le réseau franchisé contre tout risque d'atteinte à l'image du réseau. Dans certains pays la validité de telles clauses peut être limitée, notamment en matière de restrictions territoriales de la concurrence. Toutefois, même s'il n'est pas toujours possible de prévoir que la clause de non-concurrence s'appliquera à des territoires géographiques ne faisant pas, partie des territoires du franchiseur, la présence d'une telle clause dans le contrat permettra de s'assurer que le franchisé principal ou le sous-franchisé ne pourra utiliser le savoir-faire du sous-franchiseur sans sa permission. La clause de non-concurrence sera bien sûr valable pendant toute la durée du contrat¹³. Si le franchisé principal exploite déjà une activité concurrente au moment où il conclut le contrat de franchise principale, il convient naturellement de le mentionner dans le contrat.

¹² Voir également section E « Acquisition par un tiers des connaissances formant le savoir-faire » *supra*.

¹³ Voir cependant sous-section II b) « Clauses de non-concurrence post-contractuelles » *infra*.

Le franchisé principal ou les sous-franchisés peuvent également se voir interdire de prendre des participations financières dans le capital d'entreprises concurrentes dans la mesure où cela exposerait le savoir-faire au risque sérieux d'être communiqué à des concurrents et qu'il serait alors en effet très difficile de prouver que ce concurrent n'a pas lui-même développé le savoir-faire utilisé.

c) Clauses de concession réciproque (« *Grant-Back Clauses* »)

Le contrat de franchise principale comme les contrats de sous-franchise peuvent également contenir ce qu'on dénomme des clauses de concession réciproques (« *grant-back clauses* »). Ces clauses prévoient qu'il appartiendra au franchisé principal ou au sous-franchisé de transmettre lui-même au franchiseur l'expérience acquise au cours de l'exploitation du système franchisé, et d'accorder au franchiseur, aux autres franchisés principaux et aux sous-franchisés du réseau, une licence non exclusive de l'exploitation de ce savoir-faire. En d'autres termes, le franchisé principal et les sous-franchisés peuvent être contractuellement tenus d'octroyer au franchiseur une licence d'exploitation pour les améliorations que leur propre expérience apporte au savoir-faire. Ces clauses sont généralement admises dans la mesure où le réseau franchisé est une structure intégrée fondée sur la coopération de différentes entreprises, chacune devant pouvoir bénéficier de la même façon des améliorations qui peuvent être apportées par les uns ou les autres au système. Si seul un membre du réseau bénéficiait des améliorations du savoir-faire, cela diminuerait l'uniformité du réseau et par la même sa valeur.

d) Restrictions du domaine d'utilisation (« *Field of Use Restrictions* »)

Les clauses de limitations du domaine d'utilisation limitent l'usage du savoir-faire concédé. Dans le cas de la franchise, une telle clause obligera par exemple le franchisé principal ou les sous-franchisés à ne pas utiliser le savoir-faire à d'autres fins que l'exploitation de leur unité franchisée. De cette façon, le franchiseur est assuré que le franchisé principal ou les sous-franchisés n'utiliseront pas son savoir-faire pour une activité diverse, sans lui offrir de contrepartie en tant que titulaire du savoir-faire et sans que le franchiseur puisse en contrôler l'utilisation.

II. CLAUSES DE PROTECTION DU SAVOIR-FAIRE À LA FIN DU CONTRAT DE FRANCHISE

Un grand nombre des restrictions prévues contractuellement pendant la durée du contrat seront susceptibles de se poursuivre alors même que le contrat aura pris fin, à condition que cela ait été expressément prévu dans le contrat.

a) Clauses de confidentialité

L'obligation de confidentialité ne peut être maintenue après que le contrat de franchise principale ou le contrat de sous-franchise ait pris fin si le savoir-faire est devenu généralement connu ou aisément accessible. Il faut cependant souligner qu'on ne peut considérer que le savoir-faire est devenu généralement connu s'il n'est pas connu de ceux qui seraient amenés à l'utiliser dans leurs activités, ou s'il ne leur est pas accessible. Le seul fait qu'une personne n'appartenant pas au réseau ait acquis un savoir-faire identique ne suffit pas pour libérer le franchisé principal ou les sous-franchisés de leur obligation de ne pas divulguer ces informations confidentielles.

Il convient d'observer que la règle interdisant la protection d'un savoir-faire généralement disponible après que le contrat ait pris fin ne s'applique pas lorsque c'est du fait du franchisé principal ou des sous-franchisés, en violation de leur obligation de garder les connaissances confidentielles, que ce savoir-faire a été divulgué.

b) Clauses de non-concurrence post-contractuelles

Une autre restriction post-contractuelle commune est l'obligation imposée au franchisé principal (ou au sous-franchisé) de ne pas exercer directement ou indirectement une activité similaire à celle de la franchise sur le territoire sur lequel il exploitait cette franchise, ou sur un territoire où il serait en concurrence directe avec un membre du réseau franchisé ou avec le franchiseur lui-même. Cette obligation est stipulée pour une durée raisonnable suivant la fin du contrat.

Le contrat devrait préciser l'étendue de l'interdiction (ou de l'autorisation) faite au franchisé principal de s'engager dans une activité concurrente du système franchisé dont il faisait partie. Le franchiseur souhaite bien sûr interdire à son ancien franchisé principal de s'engager dans des activités concurrentes à celles du réseau franchisé pour un certain nombre d'années : après tout, il est possible qu'il ait enseigné au franchisé principal comment gérer ses affaires. Le franchiseur ne regardera pas d'un bon œil une concurrence qui, en fin de compte, est le

résultat direct de la formation qu'il a fournie. De son côté, le franchisé principal ne voudra pas perdre le bénéfice de ce qu'il aura appris alors qu'il était franchisé principal et alors qu'il aura investi beaucoup de temps et d'argent. Le franchisé principal pourrait donc demander une contrepartie à son engagement de ne pas utiliser ce qu'il aura acquis et investi dans la franchise.

Le contenu de la clause de non-concurrence devra être négocié et les lois examinées au niveau local afin de déterminer dans quelle mesure cette clause pourra être mise en œuvre s'agissant de sa durée, de son objet et de sa portée territoriale. Dans certains États, notamment au sein de l'Union européenne, une clause de non-concurrence post-contractuelle ne peut excéder un an ; dans d'autres, elle ne doit pas être étendue au point d'empêcher le franchisé principal de s'engager dans une autre activité commerciale. En ce qui concerne l'objet de la clause, le contrat devra prendre en considération deux types de situations différentes : celle où le franchisé principal était totalement novice dans l'activité objet de la franchise et a ainsi tout appris du franchiseur ; celle où le franchisé principal était déjà actif dans le domaine concerné (par exemple, lorsque le franchisé principal exploitait déjà un hôtel avant d'entrer dans un réseau de franchise d'hôtellerie). Dans la seconde hypothèse, une clause de non-concurrence interdisant au franchisé principal toute activité dans un secteur qu'il connaissait déjà trouvera difficilement une justification ; la protection du savoir-faire du franchiseur sera dans ce cas mieux assurée par une clause de confidentialité incluant l'interdiction faite au franchisé principal d'utiliser le savoir-faire du franchiseur pour ses propres activités.

c) Savoir-faire développé par le franchisé principal et les sous-franchisés

Le franchisé principal et les sous-franchisés développent souvent eux-mêmes leur propre savoir-faire dans le cadre de l'exercice de leurs activités. Si le savoir-faire a été développé d'une façon totalement indépendante par le franchisé principal ou par le sous-franchisé, il ne pourra leur être interdit d'utiliser ce savoir-faire dans le cadre de leurs propres activités après que le contrat de franchise ait pris fin.

d) Restrictions du domaine d'utilisation (« *Field of Use Restrictions* »)

Ces clauses peuvent en général être étendues après au-delà de la fin du contrat.

CHAPITRE 12

ADAPTATIONS DU SYSTÈME FRANCHISÉ

A. APERÇU SUR LES ADAPTATIONS DES RELATIONS NÉES DE LA FRANCHISE

Le succès d'un système franchisé dépend de sa capacité à évoluer et à se modifier dans le temps. Pour pouvoir perdurer, la relation née de la franchise doit être fluide et pouvoir être adaptée. Si cette relation est trop rigide, le système franchisé risque de devenir obsolète, voire ne plus être concurrentiel¹. Le contrat de franchise constitue le cadre de la relation contractuelle. Il est cependant impossible de rédiger un contrat de franchise, qu'il s'agisse d'un contrat de franchise principale ou d'un contrat de sous-franchise, qui prévoit expressément les conséquences de tout changement qui pourrait survenir ou s'avérer nécessaire durant le cours du contrat et qui affecterait le système franchisé. Il apparaît donc impératif de s'assurer qu'il sera possible d'adapter aux circonstances nouvelles le système franchisé, mais aussi le contrat qui régit les relations entre les parties.

I. LES OBJECTIFS DIVERGEANTS POURSUIVIS PAR LES PARTIES

Les parties ont des intérêts divergents quant à l'adaptation du système franchisé, de son image et de ses produits. Alors que le franchiseur souhaite disposer de la plus grande liberté pour apporter des modifications au système franchisé et stipule au contrat des clauses lui permettant ces modifications, le franchisé principal et les sous-franchisés préfèrent quant à eux que figurent dans le contrat des obligations claires et précises interdisant la modification du système franchisé, dans la mesure où ils craignent, de manière compréhensible, que le franchiseur puisse unilatéralement et sans limite étendre leurs obligations et investissements. Le franchisé principal et les sous-franchisés risquent souvent de considérer les modifications proposées par le franchiseur d'un point de vue négatif à

¹ Sur les besoins d'adapter le système franchisé aux exigences locales au moment de son implantation, voir chapitre 1, section B.VI. « Internationalisation du système franchisé ».

leur égard, plutôt que sous l'angle des bénéfices apportés au système franchisé à long terme. Par ailleurs, le franchiseur peut hésiter à apporter au système des modifications qui seraient proposées par le franchisé principal, dans la mesure où il ne connaîtrait pas les raisons les motivant.

Dans le cadre des relations entre les parties, il convient donc de créer les conditions les plus susceptibles de permettre aux parties de partager le même point de vue sur l'opportunité des modifications ou adaptations proposées. Il est bien sûr important que toutes les modifications proposées soient raisonnables, ou faites de bonne foi, tant au regard de leur étendue que des investissements qu'elles vont nécessiter. A défaut, le franchiseur risque de rencontrer des difficultés pour introduire des changements que le franchisé principal et les sous-franchisés ne pouvaient manifestement pas prévoir au moment de la conclusion du contrat de franchise principale et des contrats de sous-franchise ; le franchisé principal risque de son côté de rencontrer des réticences de la part du franchiseur aux propositions de modification qu'il pourrait faire. S'agissant de la rédaction du contrat, il faut donc tenter d'anticiper sur les changements qui pourraient s'avérer nécessaires et tenter de les prévoir dans le contrat d'une manière acceptable par les deux parties.

II. LES DIFFÉRENTES ÉTAPES DE LA FRANCHISE : LES NÉCESSITÉS D'ADAPTATION DU SYSTÈME AU COURS DU DÉVELOPPEMENT D'UNE FRANCHISE

Les modifications qui peuvent s'avérer souhaitables pour le système franchisé dépendront le plus souvent du stade de développement du système. Lorsque le système est récent, sa modification reflétera le plus souvent la jeune expérience du franchiseur et de ses premiers franchisés ; il s'agit par exemple d'adopter l'éventail des produits proposés par le système, de l'adjonction de marques ou de l'utilisation de différents supports de publicité. De même, dans le cadre d'une franchise internationale, les modifications initiales sont le plus souvent liées aux différences de culture, coutumes et lois entre le pays du franchiseur et le pays d'accueil envisagé.

Au fur et à mesure que le système franchisé se développe et devient connu, que le succès du système de franchiseur s'établit, des modifications plus substantielles peuvent apparaître nécessaires ; ces changements sont la conséquence par exemple de l'évolution démographique, de la modification des goûts des consommateurs, de l'apparition de techniques nouvelles ou de nouveaux concurrents. Pour répondre à ces évolutions, un franchiseur peut souhaiter adapter son système selon différentes manières, comme par exemple :

- ◆ en ajoutant ou retirant une ligne entière de produits (une franchise de restaurant qui mettrait en place un buffet crudités ou un système de livraison, par exemple) ;
- ◆ en modifiant l'image de la franchise (en créant un nouveau logo, par exemple) ;
- ◆ en augmentant la publicité et les activités promotionnelles (en augmentant les versements faits au fond de publicité, par exemple) ; ou
- ◆ en modifiant les standards d'exploitation.

Dans certains cas on ne peut éviter un changement total dans l'orientation du système franchisé, ou la transformation d'unités franchisées en filiales ou succursales ; on ne peut pas non plus exclure la création de réseaux nouveaux vendant des lignes de produits directement ou indirectement concurrents de ceux qui sont vendus par les membres du réseau franchisé.

III. ADAPTATIONS ET CHANGEMENTS DANS LES RELATIONS AU NIVEAU INTERNATIONAL

Dans les accords internationaux, comme dans les accords purement nationaux, c'est le plus souvent le franchiseur qui est à l'origine des modifications et adaptations apportées au système durant la durée du contrat. Il n'est pas rare que des modifications nées de l'expérience acquise dans un pays soient incorporées au système franchisé et introduites également dans d'autres pays.

Une situation délicate liée aux modifications du système de franchise peut naître lorsque le franchiseur souhaite que le franchisé principal introduise ces modifications et les fasse appliquer par les sous-franchisés. Dans la plupart des cas, cette demande de modification faite par le franchiseur sera tout à fait justifiée dans la mesure où le franchiseur souhaite toujours perfectionner son système. Cependant, et nonobstant la légitimité de sa demande, le franchiseur doit reconnaître qu'il peut être difficile pour le franchisé principal d'insister auprès de ses sous-franchisés pour qu'ils acceptent d'adopter telle ou telle modification. Le franchisé principal peut en outre hésiter quant à l'opportunité d'apporter telle ou telle modification au réseau dans son pays. L'investissement requis par l'introduction d'une modification du système est en outre un facteur important à prendre en compte pour évaluer la faisabilité de la modification proposée. Selon la nature, l'importance et le coût de la modification proposée, le franchisé principal doit se voir accorder le droit de tester sur son territoire lesdites modifications, et doit n'être obligé de les adopter que si le résultat s'avère

positif. On peut en outre envisager la possibilité d'accorder au franchisé principal certains délais pour mettre en œuvre lesdites modifications.

B. CHANGEMENT DE CIRCONSTANCES ET ADAPTATIONS PROBABLES OU INÉVITABLES DU SYSTÈME

Le besoin d'apporter des modifications au système pendant la durée du contrat découlera soit de facteurs externes, soit de la volonté du franchiseur.

I. FACTEURS EXTÉRIEURS

La plupart des raisons poussant un franchiseur à vouloir modifier son système sont extérieures au système lui-même. Il s'agit notamment :

- ◆ des changements démographiques ;
- ◆ des changements technologiques ;
- ◆ des modifications de l'environnement concurrentiel ;
- ◆ de l'évolution de l'environnement juridique ;
- ◆ de modifications dans les sources d'approvisionnement résultant de modifications de l'infrastructure locale.

II. MODIFICATIONS À L'INITIATIVE DU FRANCHISEUR

Les franchiseurs décident souvent de modifier leur système lorsqu'ils estiment que ces modifications l'améliorent. Le besoin d'introduire de telles modifications peut avoir diverses causes, telles que :

- ◆ le développement de nouveaux produits et services ;
- ◆ la possibilité de développer de nouvelles opportunités commerciales en touchant de nouveaux marchés ou clients ;
- ◆ le souhait d'emprunter d'autres canaux de commercialisation et de distribution ; dans un tel cas toutefois, il faut s'assurer que cela ne porte pas atteinte au droit du franchisé principal et des sous-franchisés ; le fait que le franchiseur ait conservé le droit de vendre ses produits ou de fournir ses services par le biais d'autres canaux risque en effet de réduire la valeur de la franchise pour le franchisé principal et les sous-franchisés ;
- ◆ la vétusté des locaux franchisés sur le plan de leur équipement et de l'image qu'ils donnent à la clientèle rendant nécessaire leur rénovation par les sous-franchisés.

D'autres modifications qui seraient moins importantes ou moins urgentes sont souvent reportées au renouvellement du contrat.

III. MODIFICATIONS À L'INITIATIVE DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Comme c'est le cas pour les modifications initiales du système, certaines modifications ou adaptations ultérieures sont proposées par le franchisé principal, ou, par son intermédiaire, par les sous-franchisés. En tant que titulaire du savoir-faire du système franchisé, le franchiseur conserve le droit d'approuver l'introduction de modifications ou d'adaptations du système, que celles-ci soient proposées par le franchisé principal ou par un sous-franchisé. Dans le cas contraire, l'uniformité du système et de ses caractéristiques risqueraient d'en être affectées. La question importante de la propriété des modifications ainsi apportées doit ici être examinée.

C. APPLICATION DES PRINCIPES JURIDIQUES

Un certain nombre de principes de droit généralement reconnus limitent la possibilité pour le franchiseur de modifier unilatéralement son système. Si certains franchiseurs peuvent considérer que ces principes constituent des obstacles les empêchant de s'adapter efficacement aux modifications du marché, certains franchisés peuvent considérer, de leur côté, qu'ils les garantissent contre des modifications arbitraires de la part du franchiseur.

DROIT DES CONTRATS

Relevons de suite que s'agissant du droit des contrats, il faut tenir compte des différentes techniques de rédaction existantes au sein des différents systèmes juridiques².

Le contrat doit être rédigé de telle sorte qu'il démontre la volonté des parties d'autoriser des modifications du système franchisé au cours de son application. Les modifications apportées au système pouvant engendrer des modifications des obligations respectives des parties, il convient de prévoir contractuellement cette possibilité. De telles clauses contractuelles sont cependant par nature assez larges dans la mesure où il n'est pas possible de prévoir quelles seront les modifications qui apparaîtront comme nécessaires. Le problème de la mise en œuvre de ces clauses va pourtant se poser. En général, si le contrat de franchise ne reflète pas l'intention des parties d'octroyer au franchiseur la liberté de modifier les obligations du franchisé principal ou des sous-franchisés dans le cadre de la modification du système franchisé lui-même, le franchiseur risquera de se trouver dans l'impossibilité de mettre en œuvre la modification qu'il

² Voir chapitre 1, section B.V.b) « Techniques de rédaction ».

souhaite introduire. C'est pourquoi le contrat peut prévoir expressément d'octroyer au franchiseur la liberté de modifier unilatéralement le système, voire d'introduire des modifications augmentant éventuellement les obligations des autres parties à l'accord. Il faut cependant observer que la loyauté de telles clauses sera certainement examinée de façon approfondie. En réalité, elles risquent d'être considérées comme léonines dans la mesure où un droit unilatéral est octroyé au franchiseur lui permettant éventuellement de modifier arbitrairement les termes du contrat, en augmentant ainsi les obligations du franchisé principal et/ou des sous-franchisés à un point tel que cela pourrait avoir des effets négatifs sur l'exploitation des unités franchisées. Il faut donc tenir compte lors de la rédaction d'une telle clause du droit applicable aux clauses léonines ou abusives. Notons en outre que toute ambiguïté de cette clause sera interprétée à l'encontre de celui qui l'a stipulée, en général dans les contrats de franchise le franchiseur, même si dans un contexte international, le contrat est en général le résultat d'intenses négociations entre le franchiseur et le franchisé principal.

Outre les obligations auxquelles se sont expressément engagées les parties, il est prévu dans la plupart des pays que chaque partie à un contrat a une obligation implicite de ne pas empêcher à l'autre partie de bénéficier du contrat. Même si cette obligation implicite ne peut prévaloir sur les termes explicites d'un contrat, la façon dont les parties ont expressément voulu traiter une question dans le contrat de franchise n'est pas toujours claire. Ainsi, dans la mesure où il n'est pas possible d'envisager toutes les modifications qui se révéleraient nécessaires, il pourra s'avérer particulièrement difficile de démontrer que cette obligation implicite n'a pas été violée par le franchiseur qui exerce le droit discrétionnaire que lui a conféré le contrat de modifier le système franchisé et, par voie de conséquence, introduit des modifications aux obligations figurant au contrat.

S'il est possible de prévoir que les modifications du système peuvent figurer dans des documents auxquels il est fait référence dans le contrat principal et qui sont modifiés au fur et à mesure que le système se développe, comme par exemple les manuels d'exploitation, l'application stricte de certains principes du droit des contrats peut faire échec à ces prévisions. Notons néanmoins que dans la plupart des systèmes, ces principes ont été atténués et que l'on se réfère de plus en plus à la bonne foi et au caractère raisonnable des dispositions contractuelles. Ainsi, on considère que le franchiseur peut valablement apporter des modifications qu'il considère comme nécessaires lorsque des difficultés imprévisibles surgissent dans l'exécution du contrat, ou lorsque la modification qu'il

proposé est raisonnable du point de vue commercial. D'autres principes généraux du droit peuvent également trouver à s'appliquer, tel le principe interdisant le traitement discriminatoire à l'égard de parties placées dans une situation identique, et bien sûr, le principe de la force majeure.

D. RELATIONS DES PARTIES ET MODIFICATIONS GÉNÉRALEMENT NÉCESSAIRE

La relation née de la franchise est typiquement une relation à long terme. Il est donc normal qu'à un moment ou un autre, certains points aient à être modifiés. Dans la plus grande mesure possible, ces points devront être examinés dans le contrat de franchise lui-même. Les points nécessitant en général d'être modifiés sont la nature de l'activité, l'aspect extérieur du réseau franchisé, les obligations des sous-franchisés et le champ d'activité du franchiseur.

I. NATURE DE L'ACTIVITÉ

a) Emplacement et affectation des unités

Dans la mesure où la population, le plan de circulation ou d'occupation des espaces évoluent avec le temps, il peut apparaître souhaitable de changer l'emplacement et l'affectation des unités franchisées.

b) Territoire concédé

Il est probable que les considérations commerciales ayant déterminé l'étendue du territoire concédé au franchisé principal ou au sous-franchisé évoluent et il peut donc s'avérer nécessaire de modifier l'étendue des droits territoriaux initialement accordés.

c) Clientèle visée par le système franchisé

La clientèle visée par la franchise change au fil des ans.

d) Produits et services proposés

Des études de marché doivent être faites régulièrement afin de connaître les modifications et tendances du marché, et ce pour que le système puisse répondre en ajoutant, supprimant ou améliorant certains produits et services proposés dans le cadre de la franchise.

e) Méthodes de commercialisation et distribution

Le franchiseur doit être en mesure de profiter des nouvelles opportunités de commercialisation qui se présentent, liées, par exemple, au développement de nouveaux media. De même, le souhait des consommateurs de bénéficier de la plus grande commodité peut être satisfait par l'utilisation de canaux de distribution alternatifs ou en utilisant la formule de la franchise combinée (« *combination franchising* ») et d'autres techniques similaires.

II. ASPECT EXTÉRIEUR

a) Signes distinctifs

Les marques, les logos ou encore l'aménagement ou la forme spécifique donnée aux locaux où est exploitée la franchise peuvent subir des modifications au cours de l'exécution du contrat, afin d'apporter de nouvelles couleurs, ou d'utiliser un logo plus moderne, ou encore parce que le système a tellement évolué que les marques ne représentent plus véritablement l'intégralité des produits ou services offerts par la franchise. Dans de tels cas, comme quand la validité des marques est discutable, il appartient au franchiseur de proposer des marques supplémentaires ou de remplacement afin d'accroître l'impact de son système.

b) Rénovation

La rénovation des locaux où est exploitée la franchise est souvent l'une des conditions préalables au renouvellement ou à la transmission de la franchise. Beaucoup de franchiseurs requièrent en outre de leurs franchisés qu'ils réaménagent et rénovent leurs locaux et modernisent leurs équipements pendant la durée du contrat, en particulier lorsque ces contrats sont de longue durée. Réaménager ou rénover les locaux entraînera généralement un investissement considérable de la part des franchisés. Beaucoup de contrats de franchise fournissent pour cette raison un certain soulagement au franchisés en établissant des critères à respecter ou en limitant la marge de manœuvre du franchiseur dans ce domaine. Cette limitation est souvent exprimée sous la forme d'un montant maximum qu'il pourra être demandé au franchisé de dépenser pour rénover ses locaux, du nombre spécifique des rénovations auxquelles il faudra procéder dans le cours du contrat, ou sous la forme d'une obligation de rénover l'unité franchisée dans le respect des caractéristiques du système, existant au moment de la rénovation. Dans le cas de la franchise principale, le franchiseur s'assure en général que

ces droits et obligations sont clairement spécifiés dans le contrat de sous-franchise.

III. MODIFICATIONS APPORTÉES AUX OBLIGATIONS DU FRANCHISÉ PRINCIPAL ET DES SOUS-FRANCHISÉS

a) Obligations nouvelles

Le franchiseur doit pouvoir créer et maintenir l'effet d'unité et de qualité des produits et services fournis par son réseau, ainsi que son impact auprès des consommateurs. Les pouvoirs du franchiseur en ce domaine, dépendront souvent de sa capacité à adapter les obligations du franchisé principal et des sous-franchisés, en particulier celles relatives à leur contribution au fonds publicitaire³, aux nouveaux modes de promotion des ventes et à d'autres obligations similaires.

b) Normes de mise en œuvre plus exigeantes

Outre le fait que les obligations qui leur sont imposées sont susceptibles d'évoluer, le franchisé principal et/ou le sous-franchisé peuvent aussi s'apercevoir que les exigences minimales d'exploitation qui leur sont imposées sont révisées pendant la durée du contrat. Pour certaines de ces exigences minimales d'exploitation, la clause imposant la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum par exemple, il serait tout à fait possible de les prévoir directement dans le contrat de franchise. Cependant, la plupart des systèmes exigent du franchisé principal et/ou sous-franchisé de respecter certaines normes et procédures détaillées dans le manuel d'exploitation ; dans un tel cas, le contrat de franchise réserve généralement au franchiseur le droit de mettre à jour ces manuels pendant toute la durée du contrat.

IV. CHANGEMENTS DANS LE CHAMP D'ACTIVITÉ DU FRANCHISEUR

Les obligations du franchiseur vis-à-vis du franchisé principal et, par l'intermédiaire de ce dernier vis-à-vis des sous-franchisés, sont aussi susceptibles d'être modifiées au fur et à mesure que le système franchisé évolue. Cela est particulièrement vrai en matière de franchise nationale. Certaines obligations du franchiseur ne vont se révéler qu'après une certaine période de temps ou seulement après qu'un certain événement se soit produit, alors que d'autres existent au tout début de la relation de franchise, mais peuvent par la suite disparaître ou devenir moins

³ Voir la discussion plus détaillée au chapitre 8 « Publicité et contrôle de la publicité ».

importantes. Le contrat de franchise peut pour cette raison accorder au franchiseur la faculté de décider quelles sont les obligations qui lui seront imposées pendant toute la durée du contrat, celles qui sont temporaires, ou qui ne lui incomberont que dans le cadre de certaines circonstances, et celles qui doivent être introduites ou supprimées. Une telle décision dépendra par exemple du coût que représente cette obligation pour le franchiseur et de l'aspect bénéfique de cette obligation pour les franchisés principaux et le réseau.

A titre d'exemple, une obligation qui pourrait exister à l'origine de la relation contractuelle et qui serait par la suite susceptible d'être affectée par certains événements serait l'engagement par le franchiseur de fournir un produit particulier aux membres de son réseau. En effet, à l'origine, le franchiseur pourrait être la seule source d'approvisionnement de ce produit, en particulier si ce produit n'est pas par ailleurs disponible ou alors pas d'une qualité suffisante ; cependant si des producteurs plus compétents et moins chers arrivent sur le marché, le franchiseur pourrait souhaiter pouvoir ne pas continuer à être le fournisseur de ce produit.

E. TECHNIQUES UTILISÉES POUR MODIFIER LE SYSTÈME FRANCHISÉ

Il existe un certain nombre de techniques à la disposition des franchiseurs qui souhaitent mettre en œuvre les modifications de leur système de franchise. Quelques-unes des techniques les plus communes sont examinées ici.

I. UTILISATION DE L'ARRIVÉE DU TERME DU CONTRAT

a) Arrivée du terme du contrat

C'est lorsque le contrat parvient à son terme qu'il est le plus facile de proposer des modifications au système. L'importance de pouvoir mettre en œuvre des modifications du système franchisé doit donc être prise en compte lorsqu'il s'agira de déterminer la durée du contrat. Ainsi, un contrat à plus court terme a probablement la préférence d'un franchiseur qui envisage d'introduire de nombreuses modifications à son système ou aux clauses mêmes du contrat.

b) Renouvellement du contrat

Une opportunité d'introduire des modifications au système franchisé existe de la même façon au moment du renouvellement du

contrat, dans la mesure, bien sûr, où la possibilité de renouvellement a été prévue au contrat⁴.

II. AUTRES TECHNIQUES

En plus de la technique consistant à utiliser le terme du contrat pour introduire des modifications, d'autres techniques peuvent être utilisées lors de la rédaction du contrat⁵. L'une de ces techniques, plus importante en période de changements accélérés, consiste à prévoir dans le contrat une clause réservant certains droits au franchiseur. Cela peut permettre au franchiseur de se réserver le droit de distribuer dans le futur des produits ou services identiques ou similaires au travers d'autres canaux de distribution, ou d'une façon qui ne pratiquent pas encore le franchisé principal ou le sous-franchisé (catalogue de vente par correspondance par exemple). Le franchisé principal ou le sous-franchisé peut certes s'inquiéter que le droit que s'est réservé le franchiseur nuise à ses propres ventes ; toutefois, il peut tout autant en tirer un réel bénéfice dans la mesure où les produits et/ou services qu'il offre aux consommateurs seront mieux connus. Les parties devront donc dès le début traiter cette question et de la façon dont les objectifs de chacun d'eux pourront être au mieux satisfaits.

III. UTILISATION DE DOCUMENTS DISTINCTS DU CONTRAT DE FRANCHISE

Comme il n'est pas possible de faire figurer dans des avenants au contrat de franchise principale toutes les modifications de fonctionnement qui s'avèreraient nécessaires pour que le système franchisé demeure optimal, ces modifications se retrouvent souvent dans les mises à jour du manuel. Notons à cet égard que le franchiseur aura les plus grandes difficultés pour obtenir l'exécution d'obligations qui seraient ainsi inscrites dans les manuels et qui contrediraient les termes exprès du contrat de franchise. Plus encore, utiliser les manuels pour mettre en œuvre des modifications importantes au système ou pour imposer des importantes obligations nouvelles, jusque-là non envisagées, ou encore pour imposer des obligations en contradiction totale avec les attentes raisonnables des franchisés, pourrait être problématique, voire impossible. Certains systèmes juridiques prévoient d'ailleurs la nécessité d'une acceptation expresse de nouvelles conditions.

Le franchiseur peut également apporter des modifications à son système en exigeant que les modifications communiquées non par un

⁴ Voir chapitre 3 « Durée du contrat et conditions de son renouvellement ».

⁵ Voir la discussion dans le chapitre 1, section B.IV. « Négociation de contrats internationaux » et V. « Rédaction de contrats internationaux de franchise ».

avenant ou une mise à jour au manuel d'instructions, mais par exemple au moyen de bulletins, déclarations de principes, notices et communications similaires soient respectées.

IV. MODIFICATIONS DU FAIT DE LA SURVENANCE D'UN ÉVÉNEMENT OBJECTIVEMENT DÉTERMINÉ

a) Événements extérieurs au système

L'obligation de verser une contribution supplémentaire au fonds publicitaire à la suite d'actions spécifiques menées par la concurrence constitue un exemple d'une modification introduite après la survenance d'un événement extérieur au système.

b) Événements internes au système

Il peut par exemple s'agir de la révocation de l'exclusivité territoriale concédée au franchisé principal ou au sous-franchisé, ou de la diminution de la taille du territoire concédé, dans le cas où il ne parvient pas à atteindre les objectifs de vente prévus au contrat.

c) Événements résultant de l'action d'autres franchisés

Un franchiseur peut souhaiter mettre en œuvre certaines modifications seulement après qu'une majorité qualifiée ou absolue de ses franchisés principaux les aient approuvées.

V. CIRCONSTANCES DONNANT L'OCCASION D'EFFECTUER DES CHANGEMENTS

Les franchiseurs se trouvent souvent placés dans certaines circonstances qui facilitent l'introduction de modifications au système. Dans de tels cas, le franchiseur n'a pas à se fonder sur son droit d'imposer des modifications ; les modifications ne sont que la contre-partie réclamée par le franchiseur au franchisé principal pour ce que le franchisé principal a demandé. Ces circonstances surviennent souvent dans les circonstances exposées ci après.

a) Désir d'expansion du franchisé principal

Le franchiseur n'a pas l'obligation d'attribuer à son franchisé principal un territoire plus vaste ou une franchise additionnelle ; il peut cependant décider de le faire à la condition que le franchisé principal accepte d'introduire des modifications et de faire en sorte que ses sous-franchisés les introduisent également.

b) Désir du franchisé principal de prolonger la durée du contrat

Le franchiseur peut accepter de prolonger la durée du contrat de franchise principale ou de le renouveler à condition que le franchisé principal accepte de son côté certaines modifications.

c) Souhait du franchisé principal de transférer ses droits

Une requête de la part du franchisé principal de transférer une partie ou la totalité de ses droits dans la franchise à un autre franchisé principal peut offrir au franchiseur l'opportunité d'insister, par exemple, pour que le bénéficiaire du transfert se soumette aux exigences et standards tels qu'alors définis par le franchiseur. Cela peut être expressément prévu dans le contrat⁶.

d) Faute du franchisé principal

Dans le cas où le franchisé principal a mal exécuté le contrat de franchise principale ou souhaite qu'une dette qu'il aurait à l'égard du franchiseur soit remise, ce dernier peut accepter de ne pas agir à l'encontre du franchisé principal pour inexécution du contrat à condition que le franchisé principal accepte de son côté d'introduire certaines modifications.

e) Le franchiseur développe un nouveau produit ou service dont il n'est pas contractuellement tenu de faire bénéficier le franchisé principal

Le franchiseur peut octroyer au franchisé principal le droit de distribuer un nouveau produit ou service qu'il aurait développé, à condition que le franchisé principal accepte d'introduire les modifications proposées. Il faut dans ce cas veiller à ce que cela ne nuise pas à la viabilité de l'exploitation du franchisé principal.

VI. MÉCANISMES D'AJUSTEMENT ET DE MISE EN ŒUVRE

Un franchiseur qui prévoit d'apporter des modifications à son système envisage souvent dans le contrat des mesures d'ajustement en cas d'écarts de la part du franchisé principal. En général, ces mesures s'appliqueront automatiquement et auront pour conséquence d'apporter certains changements moins radicaux que s'il était mis fin à la relation contractuelle. Parmi les exemples les plus courants, on trouve la réduction de

⁶ Voir à ce sujet le chapitre 13 « Vente, cession et transfert ».

l'exclusivité territoriale accordée au franchisé principal ou la suppression de tout droit d'exclusivité territoriale pour le franchisé principal si celui-ci ne satisfait pas à certaines exigences (comme par exemple l'exigence d'un chiffre d'affaires minimum), la perte du droit du franchisé principal au renouvellement du contrat, ou la perte du droit pour le franchisé principal de proposer l'ensemble des produits ou services fournis par le franchiseur. Cette façon de procéder peut permettre au franchiseur de rendre l'introduction de modifications au système franchisé plus aisée en utilisant une manière qui est susceptible de provoquer moins de frictions entre les parties qu'il en irait autrement.

VII. RENDRE LES MODIFICATIONS PLUS ACCEPTABLES

Les franchiseurs disposent d'un ensemble de moyens pour rendre les modifications apportées au système plus acceptables au franchisés principaux. Ces moyens peuvent jouer un rôle important en facilitant la modification de la stratégie de la franchise et en préservant de bons rapports entre les parties. Un grand nombre de franchiseurs utilisent donc ces moyens, même s'ils n'y sont pas juridiquement tenu.

a) Avertir des modifications envisagées

Les franchiseurs peuvent informer les franchisés principaux qu'une modification du système de franchise va s'avérer nécessaire.

b) S'assurer de la possibilité de réaliser les modifications

Pour être sûr que les franchisés principaux pourront introduire dans le système la modification requise, il est possible de prévoir la constitution d'un fonds d'urgence, c'est-à-dire de prévoir que les franchisés principaux mettront de côté, chaque année, une certaine somme d'argent destinée à pouvoir mettre en place les modifications du système qui requerraient un important investissement.

c) Encouragements

Le franchiseur peut donner envie aux franchisés principaux et aux sous-franchisés de mettre en œuvre les modifications sollicitées en leur offrant certains encouragements, par exemple, en leur octroyant un territoire supplémentaire ou plus vaste, en leur proposant une extension de la durée ou le renouvellement du contrat, ou encore en leur fournissant des produits ou services supplémentaires qu'il n'est pas tenu à leur fournir.

d) Assistance

Le franchiseur peut proposer ou mettre en œuvre un arrangement financier (par exemple la suspension du paiement des redevances) ou tout autre type d'assistance à ceux qui font les modifications demandées.

e) Les limites aux modifications demandées

Les franchisés principaux et/ou les sous-franchisés peuvent être plus ouverts aux requêtes de modification s'ils sont conscients que celles-ci ne seront pas illimitées. Le contrat de franchise ou le manuel d'instructions doit ainsi prévoir les limites aux demandes de changements qui peuvent exister, limites relatives par exemple à la périodicité de ces demandes, au montant maximum de l'investissement requis pour faire ces modifications, ou spécifier les événements ou conditions qui pourraient provoquer de telles demandes.

CHAPITRE 13

VENTE, CESSION ET TRANSFERT

On oublie souvent au moment de la conclusion du contrat de franchise principale l'éventuel besoin pour le franchiseur ou le franchisé principal de transférer les droits qu'il détient dans le contrat en cours à un tiers. Pourtant, l'importance de la cession ou du transfert des droits dans le cadre des contrats de franchise principale, et des règles et des conditions qui régissent de tels cessions et transferts, ne doit pas être sous-estimée, non seulement du point de vue des deux parties concernées, mais également de tout le réseau.

Les contrats de franchise principale sont pratiquement toujours des contrats à long terme. Dans la plupart des cas, les parties concluent un accord de franchise principale avec l'intention de rester en relation au moins jusqu'au terme du contrat, voire plus longtemps. Le choix du cocontractant est donc extrêmement important. Les parties ne ménagent ni leur temps ni leurs efforts pour trouver la personne physique ou morale qui présente à leurs yeux les garanties suffisantes pour une relation à long terme, et qui satisfera à leurs exigences. Ainsi dans une large mesure, la décision de chacune des parties d'entamer une relation contractuelle est essentiellement fondée sur la nature et la qualité de l'autre partie, sa volonté et sa capacité à remplir au mieux ses obligations afin que le système franchisé connaisse le meilleur développement possible. Il est donc naturel qu'une partie ne souhaite pas que l'autre puisse transférer les droits qu'elle détient dans le contrat, ou à tout le moins, souhaite que le transfert soit soumis à certaines conditions le limitant. Il n'est pas moins naturel que chacune des parties souhaite conserver la possibilité de transférer ses propres droits. Le franchiseur et le franchisé principal doivent ainsi prêter une attention particulière aux circonstances pouvant apparaître pendant le cours du contrat et qui pourraient les mettre dans la nécessité de transférer ou céder leurs droits, comme aux conditions auxquelles chacun d'eux accepterait la possibilité d'une cession ou d'un transfert par l'autre. Ces considérations devront également être prises en compte par le franchisé principal et les sous-franchisés lors de la négociation des termes du contrat de sous-franchise.

De nombreux droits nationaux énoncent les règles régissant le transfert ou la cession de droits dans le cadre de contrats tels les contrats de franchise ; les parties peuvent cependant considérer que ces règles sont insuffisamment détaillées. Le contrat de franchise principale et les contrats de sous-franchise contiennent ainsi habituellement un certain nombre de clauses relatives au transfert de droits. Il convient de noter ici qu'il n'y a généralement pas de raisons de limiter les droits du franchiseur à transférer ou à céder ses droits¹ ; le contrat de franchise principale contient donc peu de choses, voire rien du tout à ce sujet ; il y a en revanche beaucoup plus de raisons de limiter les droits du franchisé principal dans ce domaine et dans le cadre de la relation de sous-franchise, ceux du sous-franchisé. Les différences de relations existant entre le franchiseur et le franchisé principal d'une part, et le franchisé principal et les sous-franchisés d'autre part, entraînent toutefois des différences dans la rédaction des clauses de chacun de ces contrats. Les clauses contenues dans les contrats de sous-franchise sont en fait généralement assez détaillées quant aux différentes conditions auxquelles le franchisé principal peut consentir au transfert par le sous-franchisé, alors que dans les contrats internationaux de franchise principale, il est en général simplement prévu que le transfert ne peut avoir lieu sans l'accord du franchiseur, lequel ne peut cependant pas refuser cet accord sans avoir de motifs raisonnables.

A. CIRCONSTANCES POUVANT DONNER LIEU À UN TRANSFERT

I. RESTRUCTURATIONS INTERNES

Une partie au contrat de franchise, qu'il s'agisse d'un contrat de franchise principale ou d'un contrat de sous-franchise, peut souhaiter transférer les droits et actifs qu'elle tire du contrat pour un grand nombre de raisons. Par exemple, elle peut simplement souhaiter restructurer ses actifs, sans avoir cependant aucune intention de perdre ses droits ou ses engagements dans la relation de franchise. La politique interne de l'entreprise, le désir de faciliter une succession ou encore des considérations fiscales font partie des raisons pouvant motiver la cession ou le transfert des droits nés du contrat de franchise à une entité juridique distincte. Des changements politiques peuvent aussi être la cause de ces modifications. Il peut par exemple ainsi arriver dans certains pays ayant une économie émergente que des entreprises publiques ou semi-publiques à qui avaient été concédées des franchises soient privatisées, ce qui peut

¹ Voir section C « Les rares limites au transfert de ses droits par le franchiseur » *infra*.

nécessiter une mention spéciale dans le contrat. L'autre partie au contrat de franchise n'a généralement pas d'objections dans un tel cas à une cession ou à un transfert. En effet, même si techniquement la cession a pour effet qu'une autre entité devient partie au contrat, il n'y a en fait pas de véritable changement quant au propriétaire du système de franchise. La partie qui conserve ses droits peut cependant exiger l'assurance, de la part de celle les transférant, de l'exécution du contrat par la nouvelle entité, sous la forme d'une couverture ou d'une garantie.

II. INCAPACITÉ OU DÉCÈS

L'incapacité ou le décès d'une personne physique partie à un contrat de franchise principale peut rendre nécessaire un transfert de droits. Les clauses de cession doivent d'une façon ou d'une autre prévoir ce qui se passe dans de telles circonstances, par exemple dans quels cas les héritiers ou successeurs de la personne physique peuvent bénéficier des droits et assumer les obligations nés du contrat. Si relativement peu de controverses surgissent lorsque la capacité ou le décès touche le franchiseur, il est en revanche plus important de prévoir ce qu'il adviendra en cas de décès ou d'incapacité du franchisé principal. Bien qu'il doive être possible de transférer les intérêts du franchisé principal dans ces hypothèses, il est naturel que le franchiseur souhaite pouvoir exercer un certain contrôle sur la personnalité de celui qui substituera le franchisé principal du fait d'un tel transfert de droits. Afin de sauvegarder le réseau, le franchiseur doit en effet pouvoir être capable de s'assurer que le bénéficiaire du transfert est effectivement capable d'agir comme un franchisé principal et qu'il est véritablement capable de se substituer au franchisé principal initial.

III. FAILLITE

La faillite d'une des parties au contrat peut, elle aussi, être à l'origine d'un transfert de tout ou partie de ses droits dans un contrat de franchise principale. Dans ce cas, le droit du pays dans lequel cette partie a son domicile peut régir la façon dont un transfert pourra intervenir et dans quelles circonstances. Relevons à cet égard que les lois relatives à la faillite peuvent prévaloir sur les prévisions contractuelles des parties. Les parties devront donc veiller à ce que le contrat ne soit pas contraire aux lois applicables en la matière.

IV. DÉSIR DE METTRE FIN À LA RELATION CONTRACTUELLE

Chaque partie peut souhaiter pour des raisons financières ou autres mettre un terme à la relation contractuelle de franchise et décider de

transférer ses droits. Cette décision peut être liée au fait que la partie concernée trouve moins d'attrait à la franchise, souhaite réorienter son activité ou veuille saisir une opportunité financière de vendre ses droits à un tiers indépendant. Lorsqu'une partie souhaite transférer ses droits pour ces raisons, l'autre partie souhaite généralement pouvoir s'assurer que le bénéficiaire de ce transfert lui convient. Ce souci est tout à fait justifié. S'agissant du transfert de ses droits par un franchisé principal, le franchiseur peut ainsi se réserver le droit d'approuver le transfert avant sa réalisation et imposer certaines conditions préalables à son agrément. Ces conditions visent à lui permettre de s'assurer que les obligations ainsi assumées ou transférées continuent à être exécutées par la nouvelle partie.

B. RAISONS D'EMPÊCHER LES FRANCHISÉS PRINCIPAUX DE POUVOIR TRANSFÉRER LIBREMENT LEURS DROITS ET OBLIGATIONS

La raison pour laquelle un franchiseur peut souhaiter empêcher le franchisé principal de céder ses droits et obligations résultant du contrat est d'éviter que ceux-ci soient cédés à une partie dont les possibilités financières, la capacité ou la réputation, ne sont pas satisfaisantes. Le franchiseur souhaite naturellement éviter la cession de ces droits et obligations à une entreprise concurrente ou à une partie liée à une entreprise concurrente. La relation de franchise est basée sur la confiance mutuelle. Le franchiseur est entré en relation avec le franchisé principal en raison du fait que le franchisé principal lui semblait apte et prêt à faire fructifier cette relation. Il est donc compréhensible qu'il ait des doutes quant à la possibilité qu'un autre franchisé principal dont il ignore les capacités ou l'étendue de son engagement puisse prendre la place de son cocontractant initial.

Le franchiseur requiert en fait plus qu'une simple assurance que cette nouvelle partie satisfait aux exigences du contrat de franchise principale. Il voudra également que le nouveau franchisé principal ait la capacité et le désir de s'investir effectivement dans la franchise. Les qualités dont doit faire preuve un franchisé principal sont en fait souvent difficiles à déterminer et sont, dans une certaine mesure, tout à fait subjectives².

² Voir la discussion relative à la sélection du franchisé principal, chapitre 1, section B.II « Sélection d'un franchisé principal ».

C. LES RARES LIMITES AU TRANSFERT DE SES DROITS PAR LE FRANCHISEUR

Les raisons pour lesquelles un franchisé principal souhaiterait avoir le droit de pouvoir limiter la possibilité pour le franchiseur de transférer ses droits et obligations résultant du contrat de franchise principale sont similaires à celles pour lesquelles le franchiseur souhaiterait pouvoir limiter la possibilité qu'a le franchisé principal de transférer ses propres droits. Il est cependant assez inhabituel de trouver dans un contrat de franchise principale des restrictions au droit du franchiseur de céder ou transférer ses droits et obligations. Il y a deux raisons principales pour lesquelles le droit du franchiseur n'est pas limité. Tout d'abord, un franchiseur a souvent plusieurs franchisés principaux dans son système. Faire agréer par chacun des franchisés principaux le transfert des droits et obligations du franchiseur créerait une procédure lourde à l'excès. Cela pourrait en fait conduire à interdire au franchiseur de céder ses droits. Par ailleurs, restreindre le droit du franchiseur de céder ses droits et obligations réduirait la possibilité de commercialisation de l'entreprise du franchiseur et celle du système de franchise s'il souhaitait vendre sa franchise.

Plus encore, en tant que rédacteur du contrat de franchise principale, le franchiseur fait le plus souvent figurer une clause l'autorisant à céder ses droits sans aucune restriction. Une telle clause est rarement sujette à discussion. Cela s'explique probablement par le fait qu'une cession par le franchiseur est envisagée comme une possibilité extrêmement peu probable. Ainsi, la plupart des contrats de franchise laissent toute liberté au franchiseur de transférer ses droits et obligations tels que découlant du contrat. Si une telle cession intervenait, elle déchargerait généralement le franchiseur de toute responsabilité à l'égard du franchisé principal, tout au moins dans la mesure où le cessionnaire du franchiseur remplit ses obligations.

D. APPROCHES CONTRACTUELLES COMMUNES

Les clauses contractuelles relatives au droit du franchisé principal de vendre, céder ou transférer ses droits et obligations résultant du contrat de franchise principale peuvent être, selon les cas envisagés par les parties, simples ou très complexes.

I. DÉFINITION DU TRANSFERT

La plupart des contrats indiquent quels sont les transferts sujets à certaines restrictions et notamment lesquels sont soumis à l'assentiment du

franchiseur. La clause de transfert vise souvent toute cession ou transfert direct ou indirect. Tout transfert ou toute cession directe des droits du franchisé principal est ainsi couverte, comme cela aurait été le cas si ces droits avaient fait l'objet d'un gage ou nantissement. La modification de la propriété ou du contrôle du capital de la société franchisée est généralement considérée dans le contrat comme une cession ou un transfert et est donc soumise à l'assentiment du franchiseur. Il est parfois défini ce qui constitue un changement de propriété ou de majorité. Le transfert de propriété de plus de 49% des parts ou actions de la société franchisée tous les trois ans peut par exemple être considéré comme un transfert sujet à restriction.

II. CONDITIONS AU TRANSFERT

Le contrat de franchise principale prévoit souvent que le franchiseur doit donner son accord écrit à tout transfert objet de restriction. Le franchiseur peut se voir attribuer un droit exclusif et absolu d'approbation ; mais son accord peut parfois être soumis à certaines conditions afin de s'assurer que le nouveau franchisé principal a les qualités nécessaires pour être un bon franchisé principal. Parmi les conditions ainsi imposées on trouve :

- ◆ le franchisé principal doit avoir exécuté toutes ses obligations telles qu'elles découlent du contrat de franchise principale ;
- ◆ le franchisé principal doit abandonner ou mettre un terme à toute réclamation qu'il pourrait avoir à l'encontre du franchiseur au jour prévu pour la cession ou le transfert ;
- ◆ le bénéficiaire du transfert doit faire preuve aux yeux du franchiseur qu'il dispose des qualités de gestionnaire, de financier et de commerçant suffisantes pour devenir un bon franchisé principal. Cette clause peut être extrêmement détaillée, en faisant par exemple référence à la bonne réputation du franchisé principal envisagé, à son actif net, à son taux de solvabilité, à sa capacité de superviser efficacement l'exploitation des unités franchisées sur son territoire, à ses aptitudes générales et son expérience économique et commerciale ou se référer simplement aux normes reconnues du franchiseur pour la nomination de nouveaux franchisés principaux. Le respect de conditions de ce type dépend dans une certaine mesure de vues subjectives de la part du

franchiseur comme du franchisé principal et peut conduire à des divergences ;

- ◆ le paiement par le franchisé principal cédant d'une « prime de cession » ayant pour objet de rembourser partiellement les dépenses qu'a dû effectuer le franchiseur pour étudier le transfert envisagé ;
- ◆ l'exécution par le cessionnaire envisagé d'un nouveau contrat de franchise principale conforme à la version la plus récente du contrat de franchise principale du franchiseur, comme aussi à tous les autres documents dont le franchiseur demande en général l'exécution au franchisés principaux nouveaux ; et
- ◆ le suivi par le cessionnaire envisagé des stages de formation organisés par le franchiseur.

Les deux premières conditions mentionnées ci-dessus ont pour but de permettre de déterminer, analyser et résoudre les difficultés pouvant exister entre le franchiseur et le franchisé principal d'origine avant que leur relation ait pris fin. Alors que la première de ces conditions donne rarement lieu à débat dans le cadre de la négociation du contrat de franchise principale, la seconde, relative à l'abandon de toute réclamation par le franchisé principal à l'égard du franchiseur, est parfois contestée par le franchisé principal. Ce dernier peut se demander pourquoi il devrait abandonner des droits à l'encontre du franchiseur pour pouvoir exercer son droit de cession. Le franchiseur pourrait prétendre qu'il est désirable ou important de régler toutes les difficultés existantes entre eux tant qu'ils sont encore en relation d'affaires. Si cela est effectivement le but du franchiseur, il conviendra alors d'envisager la possibilité de reformuler cette clause pour qu'elle apparaisse plus clairement équilibrée.

Les troisième, cinquième et sixième conditions visées ci-dessus, sont généralement considérées comme des garanties raisonnables permettant de s'assurer que le nouveau franchisé principal a les qualifications et les qualités requises pour remplir son rôle de franchisé principal. Néanmoins, un franchisé principal potentiel peut trouver à redire à la stipulation de conditions subjectives donnant au franchiseur un droit trop discrétionnaire pour apprécier si un cessionnaire fera ou non un bon franchisé principal. Les parties peuvent aboutir à un compromis en prévoyant que l'agrément du franchiseur ne pourra être refusé que pour des motifs raisonnables.

En outre, le franchisé principal souhaite bien sûr avoir la liberté de transférer ou céder ses droits et obligations tels que résultant du contrat dans les meilleures conditions. Il cherchera donc tout au moins à s'assurer que les conditions qu'il faut satisfaire pour obtenir l'accord de franchiseur sur le transfert envisagé soient raisonnables. Le franchisé principal peut en

outre tenter d'imposer que soit appliquée la notion de caractère raisonnable à l'exercice par le franchiseur de son droit discrétionnaire à déterminer si oui ou non le bénéficiaire du transfert a satisfait aux conditions requises.

Finalement, les conditions mises à une cession des droits et obligations résultant du contrat peuvent varier selon les circonstances. Un transfert lié à l'insolvabilité ou la faillite du franchisé principal est par exemple soumis à des règles ou à des procédures différentes de celles d'un transfert totalement volontaire. À cet égard, rappelons que les réglementations particulières relatives à l'insolvabilité doivent être étudiées pour que chacune des parties puisse en mesurer les implications.

Dans le même esprit, un transfert involontaire découlant de l'incapacité ou du décès de l'une des parties peut mériter d'être traité différemment qu'un transfert volontaire d'une partie souhaitant céder ses droits et obligations.

III. DROIT DE PRÉEMPTION

Le franchiseur peut souhaiter pouvoir s'opposer au transfert envisagé en se réservant le droit d'acquérir lui-même les droits et obligations du franchisé principal dans les mêmes termes et conditions que ceux offerts par le cessionnaire envisagé. Si le franchiseur exerce ce droit, les unités franchisées auparavant tenues par le franchisé principal deviennent celles du franchiseur et les unités conduites par les sous-franchisés, deviendront des unités franchisées classiques. Si le franchiseur n'exerce pas son droit d'acquérir les droits et obligations du franchisé principal, alors il peut-être prévu que le transfert au cessionnaire envisagé soit soumis au respect des conditions telles que prévues dans les clauses précédemment décrites.

CHAPITRE 14

RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI, INDEMNISATION ET ASSURANCE

Tout contrat de franchise, national ou international, devrait contenir des clauses relatives à la responsabilité du fait d'autrui, à l'indemnisation et à l'assurance. Ces clauses doivent être rédigées en tenant compte des règles applicables à la responsabilité et des usages en matière d'assurance dans le pays d'accueil. Dans la mesure du possible, ces clauses doivent définir non seulement les obligations générales des parties en ces domaines, mais également le contenu et l'étendue de ces obligations.

Il convient ici de préciser que les questions traitées dans ce chapitre ont trait aux difficultés qui peuvent être rencontrées avec les tiers, dans le cas par exemple d'actions engagées ou de réclamations formées par des tiers. Il n'est en aucun cas question de la responsabilité contractuelle de l'une ou l'autre des parties du fait de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de l'une de ses obligations.

A. RESPONSABILITÉ DU FAIT D'AUTRUI

Il existe un risque croissant pour le franchiseur de se voir poursuivi par des tiers tentant d'engager sa responsabilité pour des actes, manquements ou fautes (ci-après manquement) commis par un membre de son réseau. En règle générale, dans la mesure où aucune relation juridique entre les parties ne peut baser une telle demande (par exemple, l'allégation de l'existence d'un rapport de représentation), le franchiseur n'est pas considéré comme responsable du fait des manquements commises par son franchisé principal ou par les sous-franchisés.

Pour qu'une action puisse être engagée sur le fondement de la représentation, il faudrait la fonder sur le droit du représenté (dans un tel cas le franchiseur) de contrôler l'exploitation quotidienne de son activité par son représentant (le franchisé principal ou le sous-franchisé). Dans le cadre d'une relation de représentation, ce droit de contrôle concerne non

seulement l'exploitation quotidienne de l'activité, mais également les résultats de cette activité ainsi que la façon dont cette exploitation est menée. On peut aussi imaginer qu'un tiers allègue qu'en utilisant le nom du franchiseur, le franchisé principal et le sous-franchisé apparaissent aux yeux du public comme des représentants du franchiseur, voire comme étant le franchiseur lui-même, et qu'ils sont donc susceptibles d'engager la responsabilité du franchiseur et de le rendre responsable de leurs manquements. Il est donc important que le franchiseur étudie si de telles actions sont prévues par les lois applicables afin de prendre les mesures adaptées lui permettant de réduire au minimum, voire d'éliminer, le risque de telles actions. Une méthode classique consiste par exemple à exiger du sous-franchisé qu'il fasse expressément état, dans les locaux où il exploite la franchise, de sa qualité de commerçant indépendant franchisé.

L'existence d'une relation de franchise implique pratiquement toujours que le franchiseur impose un système et une méthode d'exploitation et se réserve le droit de contrôler leur respect. Un sous-franchisé peut parfaitement respecter ses obligations et les normes du franchiseur et causer néanmoins un dommage à un client ou à un tiers. Certaines juridictions pourraient considérer que, dans ce cas, le franchiseur est responsable des actes ou manquements de son sous-franchisé. La question de savoir si un certain devoir de prudence s'imposait, ou si le dommage subi par le tiers était prévisible, sera dans un tel cas examinée par la juridiction saisie. Si le client ou un tiers prévoit que son dommage va être relativement important, s'il s'aperçoit que le sous-franchisé n'a pas une grande solvabilité contrairement au franchiseur, il peut être tenté de poursuivre le franchiseur sur le fondement du rapport représenté/représentant ou de la responsabilité du fait d'autrui. Le franchisé principal peut également être poursuivi sur les mêmes bases et pour le même motif.

Pour éviter d'être considéré comme responsable, le franchiseur ou le franchisé principal pourra invoquer une violation des instructions ou des obligations de la part du sous-franchisé. Dans un tel cas, la juridiction saisie examine l'étendue, les modalités et la mise en œuvre concrète du contrôle de l'activité du sous-franchisé effectué par le franchiseur ou le franchisé principal, afin de déterminer si ces derniers peuvent se libérer en invoquant que le sous-franchisé ne s'est pas conformé à ses obligations.

Un franchiseur ou un franchisé principal peut lui-même être victime des manquements commis par le sous-franchisé ; les juges recherchent alors si le sous-franchisé a ignoré les pressions exercées par le franchiseur

ou le franchisé principal afin qu'il se conforme aux normes du réseau. A cet égard, les juges doivent également établir si le franchiseur ou le franchisé principal a agi raisonnablement pour s'assurer du respect de ces obligations. Ceci risque de peser sur la relation née de la franchise dans la mesure où le sous-franchisé peut de son côté avoir l'impression que le franchiseur ou le franchisé principal font preuve d'un excès de réglementation. Par ailleurs, le franchiseur ou le franchisé principal peut en venir à considérer que pour obtenir la faveur des juges, il doit prendre des mesures juridiques contraignantes plutôt qu'utiliser des techniques un peu moins formelles afin de persuader le sous-franchisé de respecter les normes du réseau.

Il en résulte que le franchiseur ou le franchisé principal doit être vigilant non seulement dans la rédaction des contrats de franchise, mais également dans la façon dont il sera amené à intervenir dans le cadre de sa relation continue avec les sous-franchisés. Il est certes important pour le franchiseur de s'assurer que le franchisé obéit à son système en termes d'uniformité et de protection de la réputation de la marque ou du nom commercial ; toutefois, l'exercice d'un contrôle excessif sur la façon dont le sous-franchisé exploite son activité risque d'exposer le franchiseur ou le franchisé principal à voir leur responsabilité engagée pour les actes ou manquements des sous-franchisés.

Un franchiseur ou un franchisé principal doit donc veiller à ne pas exercer un contrôle sur les activités de routine des sous-franchisés. Ceci est toutefois peu probable dans la mesure où cela irait à l'encontre des principes sur lesquels repose le franchisage et serait source d'autres difficultés.

B. INDEMNISATION

I. RESPONSABILITÉ DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Il est habituel qu'un franchisé principal assume la responsabilité des pertes, dommages, coûts ou dépenses (y compris les frais de justice et les amendes raisonnables) résultant de plaintes, actions, enquêtes administratives ou autres, relatives à la conduite de son exploitation. Ces plaintes, actions ou enquêtes peuvent, et du point de vue du franchiseur doivent, comprendre les plaintes ou actions nées de la conduite d'un sous-franchisé du franchisé principal, dans la mesure où le principe de la responsabilité du fait d'autrui est applicable. Cette responsabilité peut par ailleurs comprendre une obligation d'indemniser le franchiseur, voire ses administrateurs, dirigeants et autres personnes autorisés, pour toute perte, dommage, coût ou dépense (y compris les frais de justice et les amendes

raisonnables) née ou découlant de ladite plainte, action, enquête administrative ou autre, que celles-ci soient ou non fondées sur le principe de la responsabilité du fait d'autrui. Cela peut englober les dommages subis par le franchiseur du fait de l'exercice par le franchisé principal d'une activité interdite par la loi ou le contrat, et qui aurait pour conséquence de faire perdre au franchiseur un droit dont il était titulaire (par exemple un droit de propriété intellectuelle), ou lui ferait perdre le bénéfice de l'application de lois avantageuses, par exemple en matière fiscale, ou de toute loi généralement favorable au franchiseur, comme par exemple, dans l'Union européenne, le règlement d'exemption des accords de franchise.

D'un autre côté, le franchisé principal n'a pas à décharger le franchiseur de sa propre responsabilité si des procédures sont engagées à son encontre à la suite d'accidents résultant d'une exploitation légitime et correcte de la franchise, ou si des actions sont intentées à l'encontre du franchiseur du fait de l'exploitation par le franchisé principal des marques ou du système franchisé, et ce bien sûr dans la mesure où ces marques ou le système auront été utilisés conformément aux termes du contrat de franchise.

II. RESPONSABILITÉ DU FRANCHISEUR

Il est normal que le franchiseur assume l'unique et entière responsabilité de toute perte, dommage, coût ou dépense (y compris les frais de justice et les amendes raisonnables) résultant d'une plainte, action, enquête administrative ou autre, liées à l'exploitation de son activité, quelle que soit la base de cette procédure. Il s'agit par exemple d'actions fondées sur la responsabilité du fait des produits ou sur l'atteinte à des droits de propriété intellectuelle. Il peut être utile de faire figurer dans le contrat de franchise principale une déclaration relative à la prise en charge par le franchiseur d'une telle responsabilité.

III. DEVOIR D'INFORMATION

Il est également habituel de prévoir que le franchiseur ou le franchisé principal selon les cas, doit informer l'autre partie dans un délai bref, déterminé ou non, de tous les poursuites, procès, procédures, et de l'ouverture de toute enquête administrative ou autre, de même que de tous prononcé d'une ordonnance, injonction, sentence ou autre décision de la part d'une juridiction, ou d'un organisme quelconque, en vertu desquels la responsabilité de l'une des parties, ses administrateurs ou dirigeants, pourrait être engagée.

IV. OBLIGATION D'ASSISTANCE DE DÉFENSE

Il est opportun de faire figurer, au sein du contrat de sous-franchise, les règles relatives à l'intervention volontaire à l'instance du franchiseur ou du franchisé principal, ou les circonstances de leur intervention forcée, au procès, à l'enquête ; il est tout aussi souhaitable de préciser qui supporte les dépens et à quelles conditions le litige peut être réglé à l'amiable. En général, la partie domiciliée dans le ressort où l'action a été engagée est partie principale à l'instance, tout en informant régulièrement l'autre partie de l'évolution de l'instance ; cela étant dit, c'est en fait la partie au contrat qui risque de voir sa responsabilité engagée, qui sera désireuse d'être partie principale à l'instance. En général, le franchiseur a la liberté de décider s'il souhaite ou non être partie à une procédure engagée par un tiers, à condition que cela soit permis par les règles de procédure applicables dans le pays d'accueil. Lorsque les droits de propriété intellectuelle dont est titulaire le franchiseur sont en cause, la situation varie selon les pays. Dans un certain nombre de systèmes juridiques, seul le titulaire de ces droits, en l'espèce le franchiseur, a le droit de défendre à l'action, alors que dans d'autres systèmes, il est admis que ce droit appartient également au bénéficiaire de la licence exclusive d'exploitation, en l'espèce, le franchisé principal.¹ Lorsque la nécessité de se défendre en justice résulte de la façon dont le franchisé principal a exploité son activité, il est normal que ce soit à ce franchisé principal qu'il incombe de prendre en charge les coûts et dépenses nécessités pour cette défense. Quelle que soit la personne partie à la procédure, un accord préalable écrit de l'autre partie est généralement nécessaire pour pouvoir conclure une transaction.

V. RESPONSABILITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES

Les responsabilités dont il a été fait état dans les sous-sections III et IV ci-dessus concernent normalement la partie qui a effectivement conclu le contrat, c'est-à-dire le franchiseur ou le franchisé principal et non pas leurs administrateurs, dirigeants, actionnaires ou associés, à moins qu'une action soit engagée du fait d'un manquement de ces derniers. Toutefois, la responsabilité personnelle des administrateurs ou autre personne peut être engagée s'ils se sont portés cautions des obligations des parties dans le cadre du contrat de franchise principale ou d'un contrat accessoire. Il pourrait en être ainsi lorsqu'il s'agit d'une société.

¹ Voir chapitre 10, section A.II. « Atteintes portées par les tiers à la marque du franchiseur ».

VI. LIMITES À LA REPRÉSENTATION ET À LA GARANTIE

Afin de réduire les risques en termes de responsabilité, le contrat de franchise principale interdit souvent au franchisé principal de s'engager quant aux produits fournis par le franchiseur au delà de ce à quoi s'est engagé le franchiseur lui-même ou de ce qui est communément pratiqué dans le pays d'accueil.

VII. CHAMP D'APPLICATION DES POLICES D'ASSURANCE

Il est extrêmement important tant pour le franchiseur que pour le franchisé principal d'examiner en détails les termes de leurs assurances de responsabilité. Il est en effet souhaitable que des polices d'assurance couvrent tous les cas où leur responsabilité risque d'être engagée, ou à tout le moins que les clauses relatives à l'indemnisation figurant dans les contrats ne soient pas supérieures au montant des indemnisations qu'ils pourraient obtenir de leurs assureurs.

C. ASSURANCE

Les responsabilités et obligations d'indemnisation discutées au sein des sections A et B plus haut renvoient logiquement aux solutions à envisager pour s'assurer du paiement effectif au cas où la partie condamnée ne serait pas en mesure d'y faire face – ceci étant facilement envisageable pour un sous-franchisé. Une assurance de responsabilité civile peut apparaître comme étant la solution la plus appropriée au problème.

I. OBLIGATION D'ASSURANCE DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Dans les contrats de franchise principale d'origine nord-américaine, européenne ou australienne, on trouve généralement une clause par laquelle le franchisé principal se voit obligé de prendre une assurance contre les risques de responsabilité du fait d'autrui et une assurance dommage. Le franchisé principal se voit généralement obligé d'imposer une obligation similaire à ses sous-franchisés. Ces clauses peuvent parfois simplement prévoir une obligation générale de « souscrire toute police d'assurance adaptée », laissant au franchisé principal ou au sous-franchisé le soin de décider ce qu'il considère « adapté », mais souvent, les risques à couvrir sont précisés.

Le franchiseur et le franchisé principal sont bien avisés de discuter des risques de responsabilité existant dans le pays d'accueil, non seulement du fait de l'application de la loi, mais également de la jurisprudence, de même que de s'assurer quelle couverture d'assurance est dispo-

nible ou est normalement utilisé dans ce pays d'accueil. Il peut exister des pays où il est inhabituel ou ignoré de s'assurer contre la responsabilité du fait d'autrui, ou dans lesquels ce type d'assurance est extrêmement onéreux ou inexistant. Dans ces pays, il pourrait aussi être inhabituel d'engager une action sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui. Il existe cependant toujours le risque qu'un tiers, un client du sous-franchisé par exemple, introduise une action directement à l'encontre du franchiseur, soit dans le pays d'accueil, soit dans le pays où est domicilié le franchiseur ; les tribunaux pourront être habitués à ce type d'action et même allouer des dommages-intérêts substantiels en réparation. Dans la mesure où ce risque pourrait s'accroître à l'avenir, les franchiseurs et franchisés principaux ont tout intérêt à trouver un moyen de s'assurer contre celui-ci. Une solution serait de faire bénéficier le franchisé principal et les sous-franchisés de la police d'assurance du franchiseur, une autre de trouver une police d'assurance étrangère. Cette dernière possibilité peut cependant se heurter à des difficultés dans le cas où le contrôle des changes du pays d'accueil interdit ou limite les transferts de fonds pour les polices d'assurance étrangères.

II. ÉTENDUE DE L'OBLIGATION D'ASSURANCE

Traditionnellement, les clauses d'assurance des contrats de franchise principale obligent le franchisé principal à prévoir, à ses frais, une assurance couvrant les risques visés par la loi et tous ceux qui rendent nécessaire ou opportune une telle couverture de point de vue du maintien de l'activité du franchisé principal. Il est conseillé au franchiseur de fixer un montant minimum à l'indemnisation qui serait versée en cas de dommages à la propriété et pour les dommages causés du fait de l'interruption de l'exploitation de l'activité, ou encore des dommages résultant de la mise en cause de la responsabilité du fait d'un tiers pour lésions corporelles, décès, dommages causés à la propriété et responsabilité du fait des produits. Ce montant minimum d'indemnisation doit naturellement être adapté aux risques ainsi qu'aux usages prévalant dans le pays d'accueil. Les polices d'assurance devront en outre être périodiquement réexaminées et le montant de l'indemnisation prévue réajusté si nécessaire.

Le franchisé principal peut être tenu de remettre au franchiseur des copies des polices d'assurance avant même de commencer d'exploiter la franchise principale ; de même il peut être tenu de fournir régulièrement au franchiseur la preuve que ces polices sont toujours valides. La fourniture de telles preuves peut être automatique chaque fois qu'une police est renouvelée, ou à des intervalles prévus au contrat, ou simplement à la demande expresse du franchiseur.

Habituellement le franchiseur exige que le bénéfice de la police lui soit étendu ainsi qu'à ses administrateurs, dirigeants, actionnaires, associés ou autre personne autorisée, dès lors que l'intérêt de ces derniers est susceptible d'être affecté si le risque couvert par la police se produit. Pour qu'une telle extension soit possible, encore faut-il que le système d'assurance du pays d'accueil le permette et cela, à des conditions financières raisonnables. Si tel n'est pas le cas, il faut que le franchiseur envisage lui-même d'étendre sa propre police d'assurance à des possibles risques dérivant des tiers et de récupérer le coût lié à l'augmentation des primes qu'il a à verser par le biais des redevances tirées de la franchise.

III. SUBSTITUTION DU FRANCHISEUR

Habituellement le franchiseur exige que la police d'assurance prévoit qu'il doit être avisé dans un certain délai de toute résiliation par le franchisé principal de la police d'assurance avant que cette résiliation ne prenne effet et qu'il doit recevoir des copies de toute résiliation faite par le franchisé principal.

Si cela est permis, le franchiseur peut aussi exiger d'être autorisé, s'il le souhaite, à se substituer au franchisé principal dans le cadre du contrat d'assurance en cas de résiliation ou de non-paiement des primes par le franchisé principal. Le franchiseur peut aussi exiger d'être autorisé à contracter une police d'assurance et à en payer les primes dans le cas où le franchisé principal n'a pas souscrit lui-même le contrat d'assurance visé au contrat de franchise principale. Dans un tel cas, le franchiseur demande au franchisé principal le remboursement de ses frais.

IV. OBLIGATION D'ASSURANCE DES SOUS-FRANCHISÉS

Dans tous les cas où le franchiseur considère que l'obligation du franchisé principal de souscrire une police d'assurance a un caractère impératif, il est bien avisé d'exiger et de s'assurer que le franchisé principal réclame lui-même à ses sous-franchisés la souscription de polices d'assurance requises, le renouvellement régulier de ces polices, comme le paiement des primes d'assurance dans les délais. Pour éviter que l'exigence d'une police d'assurance reste lettre morte dans les contrats de sous-franchise, le franchiseur devrait encourager le franchisé principal à négocier pour le compte de ses sous-franchisés, un ensemble complet d'assurances adaptées aux besoins des sous-franchisés et en contrepartie de versements de primes raisonnables.

CHAPITRE 15

SANCTIONS DES OBLIGATIONS

L'inexécution des obligations du contrat de franchise principale se rencontre généralement dans deux domaines principaux :

- ♦ dans le cadre du développement du réseau ;
- ♦ dans l'exercice, par le franchisé principal, de son rôle de « franchiseur » dans le pays d'accueil et dans la façon dont il gère le réseau des sous-franchisés.

Outre son désir légitime de voir son système se développer dans le respect du plan prévu, le franchiseur aura à cœur de faire en sorte que le franchisé principal encadre et contrôle efficacement l'activité des sous-franchisés et s'assure qu'ils respectent les normes du réseau. Dans la mesure où les sous-franchisés exercent leur activité en utilisant le savoir-faire du franchiseur et ses méthodes, ces derniers sont menacés dès que quelque chose de nuisible à ses intérêts ou à ses droits de propriété se produira. Le franchisé principal est le gardien des intérêts et droits du franchiseur sur le territoire qui lui a été concédé. Le contrat doit donc prévoir les critères de qualité que le réseau sous-franchisé doit respecter et maintenir¹ ; il doit aussi prévoir les sanctions disponibles en cas d'échec du franchisé principal à maintenir ces critères de qualité. Dans la mesure où les clauses traitent de questions cruciales non seulement pour le franchiseur, mais aussi pour le franchisé principal et les sous-franchisés, il est recommandé de les rédiger avec précision en ce qui concerne l'inexécution des obligations, lesquelles servent de base aux sanctions et recours.

Comme pour les autres questions importantes qui se posent dans le cadre d'une relation de franchise principale, il faut tenir compte de la loi applicable dans le pays d'accueil, dans la mesure où cette loi peut limiter les possibilités de mettre fin au contrat et le paiement de dommages-intérêts. Il faut aussi être conscient que chaque partie peut contester la résiliation du contrat de franchise principale par l'autre partie, que cette résiliation respecte ou non les termes du contrat.

¹ Voir chapitre 6 « Rôle du franchisé principal ».

A. SANCTIONS ALTERNATIVES À LA RÉSILIATION DU CONTRAT

Au sein du contrat il existe un certain nombre de sanctions généralement prévues en cas d'inexécution ; la plus radicale est la résiliation du contrat. On trouve en principe dans les contrats de franchise principale des dispositions relatives au droit du franchiseur de résilier le contrat en cas d'inexécution de ses obligations par le franchisé principal. Il existe aussi des cas où l'on trouve dans le contrat des dispositions prévoyant la résiliation du contrat à l'initiative du franchisé principal pour inexécution de ses obligations par le franchiseur ; mais cela est rare. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'en cas d'inexécution de ses obligations par le franchiseur, le franchisé principal a toujours la possibilité d'exercer les recours normalement ouverts en cas de rupture de contrat. Il est parfois considéré que le franchisé principal devrait pouvoir mettre un terme au contrat de la même façon que le franchiseur. Cependant, la nature de l'accord et des droits protégés rendent en fait cette possibilité impraticable.

I. SANCTIONS DONT DISPOSE LE FRANCHISEUR

En général, les franchiseurs hésitent à résilier ou mettre un terme au contrat. Il est de loin souhaitable et moins traumatisant pour chacune des parties de tenter de retourner à une exécution satisfaisante du contrat ou alors de parvenir à un arrangement.

La relation contractuelle entre le franchiseur et le franchisé principal est moins étroite que celle existant entre un franchiseur et ses franchisés. Dans le cadre d'un accord de franchise principale, l'exploitation des unités franchisées est assumée par les sous-franchisés. Le rôle du franchisé principal est de sélectionner, former et superviser les sous-franchisés et leur activité, et de leur offrir l'assistance et les services d'un franchiseur².

Le rôle de coordinateur général du franchiseur n'implique normalement pas sa participation quotidienne aux activités du réseau dans le pays d'accueil³. Même si le franchiseur se rend dans le pays d'accueil, il lui est difficile d'être au courant des performances du réseau ou des griefs qu'auraient à formuler les sous-franchisés quant à l'exécution de ses obligations par le franchisé principal. L'inexécution de ses obligations par le franchisé principal occasionnera souvent une mauvaise exécution de leurs obligations par les sous-franchisés. Le temps que le franchiseur réalise la nature et la gravité de l'inexécution de ses obligations par le

² Voir chapitre 6 *cit.*

³ Voir chapitre 2, section E « La structure à trois niveaux des accords de franchise principale ».

franchisé principal, un grand nombre de dommages peuvent avoir été causés. Les sous-franchisés, par exemple, peuvent avoir tellement eu à se plaindre de la mauvaise exécution de ces obligations par le sous-franchisé principal qu'ils auront perdu toute illusion à l'égard du franchiseur et par conséquent à l'égard du système de franchise. Il sera alors extrêmement difficile pour le franchiseur de leur faire reprendre confiance, ou pour un nouveau franchisé principal, de prendre le relais.

De telles situations peuvent se rencontrer lorsque le franchisé principal s'est écarté du système du franchiseur et a résisté aux tentatives du franchiseur de réimposer une discipline nécessaire au sein de son réseau, ou si le franchisé principal en est arrivé à considérer qu'il sait mieux que le franchiseur comment le réseau de franchise doit être exploité. Si la relation entre les parties se heurte à ce type de difficulté, il est extrêmement difficile d'y remédier par la discussion ou la négociation. Il serait néanmoins profitable tant pour le franchiseur que pour le franchisé principal de pouvoir négocier ces points et de tenter de faire en sorte que le système et les normes de ce système soient à nouveau respectés. La perspective qu'il pourrait être mis fin à l'accord et la prise en considération du coût que cela représenterait pour chacune des parties devrait toutefois les encourager à tenter de trouver un arrangement afin de poursuivre le contrat.

Pour éviter qu'un terme soit mis à la relation contractuelle, il s'agit donc de trouver les solutions permettant de résoudre les difficultés rencontrées. Dans cet objectif, les parties peuvent envisager plusieurs possibilités :

- ◆ une assistance plus importante du franchiseur sur le territoire concédé au franchisé principal afin de parvenir au niveau de qualité requis par le franchiseur ;
- ◆ un renforcement de la formation des employés du franchiseur principal afin de s'assurer qu'ils ont bien compris ce qu'il leur est demandé, et également ce en quoi ils ont mal agi ; et
- ◆ une assistance en matière commerciale et publicitaire afin de stimuler les ventes du réseau.

Dans le cas où le franchisé principal rencontre des difficultés financières, il peut être encouragé ou aidé :

- ◆ à envisager la cession de son entreprise à un tiers ayant plus de ressources financières ;
- ◆ à trouver un partenaire financier ; ou
- ◆ à obtenir un apport par un fonds d'aide aux entreprises à capital en participation.

Lorsque le franchisé principal rencontre des difficultés pour remplir ses obligations financières à l'égard du franchiseur, il peut être envisagé de

rééchelonner sa dette à l'égard du franchiseur. Le franchiseur peut néanmoins ne pas avoir l'intention d'accepter un rééchelonnement des dettes, ou n'accepter que s'il existe des perspectives raisonnables que le franchisé principal dispose à l'avenir de suffisamment de fonds, et ce afin de s'assurer que les échéances futures sont bien honorées.

Les solutions permettant d'éviter qu'il soit mis un terme au contrat, mais qui impliquent l'engagement de procédures judiciaires, sont peu susceptibles d'améliorer les relations des parties sauf si elles permettent de les aider à aboutir à un accord mutuellement satisfaisant. Le recours à une injonction ou à l'exécution forcée n'apparaissent pas appropriées dans la mesure où, notamment, le franchiseur ne souhaite généralement pas conserver un franchisé principal exécutant ses obligations uniquement parce qu'un tribunal lui en a donné l'ordre. Par ailleurs, il existe un certain nombre de systèmes juridiques ne connaissant pas ces sanctions coercitives, alors qu'en toute hypothèse, on peut légitimement douter que beaucoup de tribunaux acceptent de prononcer l'exécution forcée d'un contrat de franchise.

Dans les cas où l'inexécution par le franchisé principal se limite au non-paiement d'une obligation financière à l'égard du franchiseur, celui-ci peut préférer ne pas exercer son droit à mettre fin au contrat et préférer choisir d'agir uniquement afin de recouvrer la somme qui lui est due et/ou des dommages-intérêts tout en insistant pour que le contrat continue à être exécuté.

II. SANCTIONS DONT DISPOSE LE FRANCHISÉ PRINCIPAL

Un certain nombre de solutions permettant d'éviter la résiliation ou la rupture du contrat sont à la disposition du franchisé principal dans le cas où le franchiseur ne remplit pas ses obligations contractuelles, ou dans le cas où le franchiseur fait faillite. Il peut notamment être envisagé de modifier la nature du contrat en un contrat de licence réduit et d'acquérir les marques distinctives du système franchisé pour les exploiter dans son pays. Cela implique bien sûr des négociations avec le franchiseur, ou éventuellement avec un liquidateur ou un administrateur judiciaire du franchiseur. Il est rare que le contrat de franchise principale contienne des clauses à ce sujet.

B. RÉSILIATION DU CONTRAT

I. RÉSILIATION PAR LE FRANCHISEUR

Les clauses relatives à la résiliation du contrat de franchise principale se regroupent généralement en six catégories :

- ◆ les clauses relatives à l'insolvabilité, la liquidation ou la faillite : ces clauses sont généralement identiques à celles présentes dans les contrats commerciaux ;
- ◆ celles relatives au non-respect par le franchisé principal du plan de développement du réseau ;
- ◆ celles relatives à la mauvaise exploitation ou à l'atteinte aux marques et aux autres droits de propriété intellectuelle du franchiseur et pour lesquelles le franchisé principal et les sous-franchisés disposent d'une licence d'exploitation ;
- ◆ celles relatives au fonctionnement de la franchise et à certains aspects de contrat, telle l'exécution par les sous-franchisés de leurs obligations dans le cadre des contrats de sous-franchise ;
- ◆ celles relatives aux obligations de rendre compte au franchiseur et aux obligations de paiement ; et
- ◆ celles relatives à l'inexécution de toutes les autres clauses du contrat. Certaines fautes contractuelles sont plus fréquentes que d'autres :
 - ◆ défaut de paiement en temps et en heure ;
 - ◆ défaut d'exécution de l'obligation de rendre compte ;
 - ◆ défaut de respect des procédures prévues dans le cas d'une cession ou d'un transfert de l'activité (voire la cession ou le transfert sans autorisation) ;
 - ◆ non respect de la clause limitant ou interdisant la prise de participation dans une activité concurrente ;
 - ◆ non respect des clauses de confidentialité et du manquement à s'assurer que les sous-franchisés respectent les clauses de confidentialité ; et
 - ◆ défaut de s'assurer que les sous-franchisés n'utilisent à bon escient les marques, enseignes et signes distinctifs de la franchise que dans les conditions et limites fixées par le franchiseur.

On trouve dans les contrats de franchise principale des dispositions permettant au franchiseur de mettre un terme au contrat en cas de manquement essentiel, notion souvent difficile à interpréter. Ce que le franchiseur considère comme un manquement essentiel peut ne pas être considéré comme étant si essentiel par le franchisé principal. Les parties devront donc se mettre d'accord sur ce qui est essentiel. Si elles ne le font pas, la juridiction qui sera saisie doit le faire elle-même et on ne peut pas prévoir ce que cette juridiction décidera. Il est extrêmement important que chacune des parties sache exactement ce à quoi elle s'engage ; si l'expression manquement essentiel est utilisée, il convient de la définir avec précision.

Le manquement du franchisé principal à s'assurer que les sous-franchisés respectent bien les termes de leur contrat représente un

problème réel pour le franchiseur ; le franchiseur doit cependant parfois accepter qu'un certain laps de temps s'écoule pour permettre au franchisé principal de s'assurer de ce respect. Demander au franchisé principal d'engager une action en justice n'est pas nécessairement la meilleure façon de résoudre le problème. Un problème dans l'exploitation du réseau, ayant pour conséquence de porter atteinte au niveau de qualité du système, pourra souvent être résolu par le biais d'une discussion directe, l'utilisation de la persuasion, une nouvelle formation et la fourniture d'une aide, plutôt que d'en appeler au droit. Les parties doivent être conscientes qu'il existe un certain nombre de méthodes pour résoudre ces difficultés et le contrat doit reconnaître qu'une certaine flexibilité est nécessaire. Naturellement, en fin de compte, le franchiseur doit pouvoir être en mesure de régler le problème, afin de s'assurer que ses intérêts sont protégés ainsi que l'identité et la réputation de son nom et de ses autres droits de propriété intellectuelle. Le franchiseur et le franchisé principal doivent vérifier si la loi applicable au contrat (dans certains pays des considérations d'ordre public imposent, dans ce cas, la loi du pays d'accueil) prévoit des procédures particulières, des restrictions ou des limites sous une forme ou une autre empêchant l'exercice du droit contractuel de mettre un terme au contrat.

Avant d'en arriver à la résiliation du contrat, un certain délai est généralement accordé au franchisé principal pour lui permettre de faire cesser la faute. La durée de ce délai doit être appropriée à la nature du manquement reproché. Lorsqu'il s'agit d'un manquement relatif au non-paiement de sommes d'argent, le franchiseur est parfois plus intransigeant et accordera un délai plus bref pour que la faute cesse. En revanche, un délai plus long peut être nécessaire pour remédier à un manquement consistant en un mauvais contrôle de la qualité du réseau, dans la mesure où il sera immanquablement nécessaire pour le franchisé principal de faire valoir ses droits vis-à-vis des sous-franchisés. Cependant, pour un certain nombre de manquements un délai assez bref suffit pour qu'il soit remédié à la faute, par exemple, dans le cas où la faute consiste à ne pas avoir respecté des normes d'hygiène dans le cas d'une exploitation de restauration rapide.

Révocation du droit de développer le réseau

Selon toute vraisemblance, le droit de développer le réseau comporte un droit d'exclusivité territoriale ; le plan de développement du réseau prévoit le nombre de sous-franchises qui doivent être établies sur le territoire ainsi concédé et dans quel laps de temps⁴. Le contrat doit

⁴ Voir chapitre 6 section B « Plan de développement ».

donc traiter des problèmes pouvant survenir si les exigences du plan de développement ne sont pas respectées.

Le franchiseur souhaite disposer de sanctions rapides et efficaces alors que le franchisé principal souhaite probablement que les accords laissent la place à une certaine flexibilité. Ces points de vue opposés sont souvent difficilement conciliables. Si un accord doit cependant être trouvé, chacune des parties doit examiner avec attention les différentes sanctions pouvant être prévues au cas où le plan de développement ne serait pas respecté. Le contrat peut ainsi prévoir :

- ◆ la perte par le franchisé principal du bénéfice de l'exclusivité territoriale qui lui a été concédée par le franchiseur ;
- ◆ le maintien de l'exclusivité mais seulement sur une partie du territoire concédé ;
- ◆ la réduction du territoire concédé ;
- ◆ le paiement d'une pénalité (si cela est légal sur le territoire concerné) ;
- ◆ le paiement de dommages-intérêts libératoires (« *liquidated damages* ») ;
- ◆ l'augmentation des *royalties* ou la perte du droit de bénéficier de redevances dégressives (bien que cela ne soit pas très fréquent) ;
- ◆ la réduction du nombre des sous-franchisés auxquels le franchisé principal peut accorder des droits ou la perte du droit de sélectionner de nouveaux sous-franchisés ;
- ◆ la perte du droit du sous-franchiseur à voir renouveler ou étendre son droit de développement ; et
- ◆ la perte du droit de développement du franchisé principal, lequel aura néanmoins le droit de conserver les sous-franchisés qu'il a déjà, même si cela cause des problèmes pratiques.

Dans certains cas où le plan de développement n'a pas été respecté, les parties peuvent convenir que le franchisé principal paie ce que l'on appelle des « redevances fantômes » (« *phantom royalties* ») lesquelles peuvent être considérées comme une sorte de dommages-intérêts, lui permettant de conserver son droit de développement. Ces redevances « fantômes » sont une somme d'argent calculée sur le fondement d'une formule prédéterminée et ayant pour objet de compenser les pertes de revenu que subit le franchiseur du fait de la non-réalisation par le franchisé principal des objectifs de développement. Ce droit de payer des redevances fantômes est en général limité à une période de deux ou trois ans. Si, pendant ce délai, le franchisé n'arrive pas à rattraper son retard, son droit de verser des redevances fantômes cesse et le franchiseur peut alors appliquer les sanctions contractuellement prévues dans le cas, précisément, où les objectifs de développement ne seraient pas atteints. Il est

aussi possible pour les parties de renégocier le plan de développement si celui-ci s'avère irréaliste.

Le fait de retirer au franchisé principal son droit d'exclusivité territoriale s'il n'a pas rempli ses obligations de développement peut ne pas aboutir au résultat recherché par le franchiseur et le franchisé principal, dans la mesure où même si le franchisé principal continue à ouvrir de nouvelles franchises, il risque d'être démotivé, ce qui peut le conduire à ne pas exécuter correctement ses obligations à l'égard des sous-franchisés.

Le franchiseur peut non seulement rencontrer ce problème avec son franchisé principal, mais avoir également du mal à persuader une autre personne de relever le défi de développer le réseau sur le territoire restant. La présence continue du premier franchisé principal contrôlant un réseau vraisemblablement composé de sous-franchisés peu compétitifs mais qui cherche encore à vendre des sous-franchises en concurrence avec son successeur, rend difficile pour le successeur de ce franchisé principal l'établissement d'un réseau qui ne soit pas affecté par les manquements de son prédécesseur. Cela risque de décourager bon nombre de franchisés principaux potentiels.

Par ailleurs, les consommateurs risqueraient d'être troublés face à deux réseaux opérant sous le même nom mais n'ayant pas les mêmes niveaux de qualité. Si le premier franchisé principal continue à vendre, des problèmes de répartition du territoire risquent de surgir, si ce premier franchisé principal souhaite approvisionner des sous-franchisés qui seraient trop près géographiquement des sous-franchisés sélectionnés et implantés par le second franchisé principal. Des problèmes risquent de se poser lorsqu'il s'agit de déplacer une unité franchisée existante du fait de l'évolution démographique ou de l'impossibilité de renouveler un bail. Il peut également y avoir des difficultés à propos de l'exercice du droit au renouvellement des contrats, là où l'on imagine mal que le contrat du premier franchisé principal puisse être prorogé. Certains sous-franchisés ne pourront donc pas étendre leur activité. Les actions publicitaires doivent être coordonnées : or, on peut imaginer que le premier franchisé principal est suffisamment préoccupé par la perte de ses droits pour ne pas être coopératif. Pour toutes ces raisons, avant tout pratiques, beaucoup de franchiseurs ne souhaitent pas accepter un contrat prévoyant que l'inexécution par le franchisé principal de son obligation de développement est sanctionnée par la résiliation du droit d'exclusivité territoriale, et insistent au contraire pour que la sanction soit la résiliation de l'ensemble du contrat.

Le cas d'un franchisé principal qui perd son droit de développer le réseau, mais qui est autorisé à conserver le réseau de sous-franchisés qu'il avait mis sur pieds ne doit pas être négligé. Dans un tel cas, les problèmes énoncés ci-dessus ne disparaissent pas. Les parties devront donc faire face à ces problèmes et trouver les moyens de minimiser leurs effets. Il est aussi envisageable que le franchisé principal ne souhaite pas continuer si le champ de son activité est restreint.

Il faut relever que la résiliation du droit de développement n'entraîne pas nécessairement la résiliation des autres clauses du contrat qui ne porteraient pas sur le droit de développement ou les modalités de son exercice. Ainsi par exemple, le franchisé principal conservera le droit de réclamer des redevances pour l'assistance qu'il fournit aux sous-franchisés en place.

II. RÉSILIATION PAR LE FRANCHISÉ PRINCIPAL

Il est en pratique rare de trouver dans le contrat des dispositions permettant au franchisé principal de résilier le contrat du fait d'une faute du franchiseur. Pour les franchiseurs, la différence existant entre les droits dont ils bénéficient et ceux dont bénéficient les franchisés principaux, se justifie par le fait que le franchiseur a besoin d'être autorisé à agir rapidement, d'une part pour préserver sa dénomination commerciale, ses marques de produits et/ou de service et la valeur qu'elles représentent ainsi que ses autres droits de propriété intellectuelle, d'autre part pour protéger ses informations confidentielles et son savoir-faire. C'est pour cela que le franchiseur a besoin de clauses de résiliation spécifiques, alors que, de leur côté, les franchisés principaux sont suffisamment protégés par les recours que leur offre la loi en cas d'inexécution des obligations du franchiseur. Ce dernier estime également qu'il doit pouvoir être en mesure de décider rapidement ce qu'il veut faire du réseau de sous-franchisés et agir en conséquence, sans un retard qui pourrait causer des dégâts considérables.

Si le franchisé principal considère que le franchiseur a failli à son obligation de lui fournir des services ou produits et considère que cette faute a des conséquences importantes sur lui et ses sous-franchisés, une action en dommages et intérêts pour inexécution du contrat sera envisageable. Le franchisé principal devra, en toute hypothèse, décider s'il désire continuer ou non sa relation contractuelle avec le franchiseur en dépit du fait que ce dernier exécute mal ses obligations. Pour prendre sa décision, il devra évaluer si les raisons de cette inexécution sont temporaires et si on peut y remédier ou non. De fait, il existe souvent des clauses dans les contrats prévoyant l'incapacité ou le défaut de livraison

par le franchiseur de produits, clauses permettant au franchiseur principal de se fournir ailleurs en produits de qualité comparable⁵.

Quand le franchisé principal a le droit de mettre fin au contrat de franchise en cas de manquements sérieux de la part du franchiseur ou lorsqu'il est placé en redressement ou liquidation judiciaire ou fait faillite, se pose le problème des conséquences d'une telle résiliation du contrat pour le franchisé principal et son réseau. La question est de savoir si dans de telles circonstances le franchisé principal sera dans la même position que s'il avait été mis fin au contrat de son fait. Dans de telles circonstances, le franchisé principal peut prétendre qu'il a le droit de continuer comme avant, en utilisant la totalité des droits de propriété intellectuelle du franchiseur, y compris son nom et savoir-faire, tout en continuant à payer les redevances dues pour une telle exploitation.

Un franchiseur doit de son côté examiner s'il peut accepter qu'un franchisé principal puisse continuer à bénéficier de ce droit dans la mesure où cela a pour effet de priver d'une certaine manière le franchiseur d'un élément d'actif qui est d'ailleurs, en cas d'insolvabilité, soustrait également aux créanciers ou actionnaires. Il faut aussi prêter attention aux effets des procédures de faillite dans le pays du franchiseur, en particulier lorsque ces procédures permettent la continuation de l'exploitation sous le contrôle d'une juridiction, prévoient un moratoire et interdisent la résiliation du contrat. Par ailleurs, il est possible que dans un tel cas, le franchiseur perde l'envie de résoudre les difficultés et de rétablir une exécution normale du contrat ou qu'il décide de transmettre ses affaires à un tiers qui assurera la continuité des services.

En pratique, et même si cela paraît injuste, pour la plupart des franchiseurs les conséquences découlant de la résiliation du contrat pour inexécution, sont les mêmes, que l'inexécution soit de leur fait ou qu'elle incombe au contraire au franchisé principal. La réalité est qu'en pratique, le franchisé principal risque de perdre son activité lorsque le franchiseur commet une faute, volontaire ou involontaire. Cela augmente le poids de l'obligation qui pèse sur le franchisé principal de s'assurer que le franchiseur est solvable. Bon nombre des franchiseurs qui proposent des contrats de franchise principale ont du mal à satisfaire ce critère.

⁵ Voir chapitre 9 « Fourniture d'équipements, produits et services ».

CHAPITRE 16

LA FIN DES RELATIONS CONTRACTUELLES ET SES CONSÉQUENCES

A. CAS DANS LESQUELS LE CONTRAT DE FRANCHISE PRINCIPALE PRENDRA FIN

Le contrat de franchise principale peut prendre fin de quatre façons :

- ◆ le contrat de franchise est arrivé à son terme ;
- ◆ le franchiseur met fin au contrat conformément aux stipulations contractuelles¹ ;
- ◆ le franchisé principal met fin au contrat, conformément aux stipulations contractuelles² ;
- ◆ le franchisé principal exerce une action aux fins de mettre un terme au contrat.

I. ARRIVÉE DU TERME DU CONTRAT

Plusieurs hypothèses doivent être envisagées :

- ◆ le contrat a été conclu pour une durée déterminée, sans droit à une prorogation ou à un renouvellement du contrat. Cela aura pour conséquence que le franchisé principal ne disposera plus d'aucuns droits à l'arrivée du terme ; il doit donc négocier s'il souhaite voir le contrat se poursuivre. Ceci peut ne pas être à la seule discrétion du franchiseur, ce qui serait hautement indésirable, dans la mesure où existe un réseau en place de sous-franchisés qui doit bien sûr être tenu en compte. Le franchiseur aura besoin que quelqu'un s'occupe de maintenir ce réseau et doit ainsi décider s'il souhaite le faire lui-même, s'il souhaite que le franchisé principal dont le contrat arrive à terme continue à s'en occuper ou s'il souhaite pour cela un nouveau franchisé principal.

¹ Sur les cas dans lesquels il peut être mis fin à la relation contractuelle, voir chapitre 15 « Sanctions des obligations ».

² Voir chapitre 15 *cit.*

Si le franchisé principal a fait un bon travail, il dispose d'une certaine puissance de négociation. Dans l'hypothèse où le franchisé principal n'arriverait pas à négocier une prorogation du terme ou un renouvellement du contrat, il considère sans aucun doute que le réseau qu'il a mis en place a une certaine valeur justifiant qu'il en soit indemnisé. Le franchiseur refusera vraisemblablement de tenir compte d'une telle réclamation, au motif qu'en concluant un contrat à durée déterminée, le franchisé principal savait qu'il ne pourrait en tirer profit que pendant la durée du contrat et que le réseau sous-franchisé exploité sous le nom et suivant le système du franchiseur, appartiendrait à celui-ci à l'arrivée du terme du contrat de franchise principale. Ces problèmes doivent être pris en considération et négociés au moment de la formation de l'accord. De même faut-il faire état, tant dans le contrat de franchise principale que dans les contrats de sous-franchise, du problème du maintien des contrats de sous-franchise lorsque le contrat de franchise principale arrive à son terme ;

- ◆ le contrat a été conclu pour une durée déterminée avec possibilité pour le franchisé principal d'en proroger le terme ou de renouveler le contrat. Dans un tel cas, trois situations peuvent se présenter :
 - ◇ dans la mesure où il s'agit là d'une faculté, le franchisé principal peut décider de ne pas l'exercer. Dans un tel cas, le franchisé principal prend la décision délibérée de ne pas poursuivre le contrat. Il est peu vraisemblable que le franchisé principal envisage une telle solution au moment où il négociera les termes du contrat, mais les parties doivent néanmoins envisager cette possibilité et discuter de ses conséquences.
 - ◇ le franchisé principal décide d'exercer son droit à la prorogation ou au renouvellement, mais le franchiseur s'y oppose au motif que le franchisé principal n'a pas substantiellement respecté le contrat ou est justement en faute. Ces deux hypothèses sont souvent envisagées dans les contrats de franchise principale. Les conséquences seront relativement similaires à celles précédemment décrites dans le cas où le contrat est à durée déterminée, sans droit de prorogation du terme ou de renouvellement ; et
 - ◇ le franchisé principal exerce son droit au renouvellement ou à la prorogation du terme et les parties concluent un nouveau contrat dans ce sens³.

³ Voir chapitre 3 « Durée du contrat et conditions de son renouvellement ».

II. LE FRANCHISEUR MET UN TERME AU CONTRAT CONFORMÉMENT AUX DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

Lorsque le franchiseur met un terme au contrat de façon légitime et en respectant les stipulations contractuelles, cela a un certain nombre de conséquences spécifiées par après⁴. Un franchisé principal qui ne serait pas d'accord avec l'une ou l'autre de ces conséquences doit négocier des solutions alternatives au moment de la conclusion ou de l'établissement du contrat. Cependant, il est généralement difficile d'obtenir du franchiseur qu'il cède sur ces points qu'il considérera, en général, comme fondamentaux.

Deux catégories de problèmes peuvent se rencontrer :

- ◆ certains franchiseurs s'attendent d'avoir la possibilité d'obtenir d'une juridiction une ordonnance ou une injonction d'empêcher le franchisé principal de violer les clauses ayant vocation à s'appliquer à la fin du contrat (par exemple, une clause de non-concurrence). Certains systèmes juridiques ne prévoient pas une telle possibilité ; en revanche, est prévu le versement d'une astreinte, de dommages et intérêts libératoires ou de toute autre compensation financière dont l'objet est de dissuader le franchisé principal de violer lesdites stipulations contractuelles ;
- ◆ la question relative à la possibilité pour le franchisé principal de solliciter du franchiseur une contrepartie financière au transfert des contrats de sous-franchise. Plusieurs cas de figure peuvent se présenter :
 - ◇ l'extinction du contrat de franchise principale peut être considérée comme entraînant automatiquement celle des contrats de sous-franchise. Dans un tel cas, il est nécessaire de prévoir tant dans le contrat de franchise principale que dans les contrats de sous-franchise, une prorogation du terme de ces derniers au delà du terme du contrat de franchise principale, afin de permettre au franchiseur de disposer d'un délai suffisant pour prendre une décision éclairée sur la façon dont il envisage l'avenir du réseau sous-franchisé ;
 - ◇ un franchisé principal qui souhaite pour une raison ou une autre résilier le contrat de franchise principale, ou céder son activité, mais qui ne trouve pas d'acheteurs, pourrait délibérément violer les stipulations contractuelles afin de forcer le franchiseur à mettre un terme au contrat et à « racheter » son réseau au franchisé principal ;

⁴ Voir Section B.I. *infra*.

- ◇ l'insatisfaction des membres du réseau à l'égard du franchisé principal, peut conduire pour certains à des réactions tendant à s'écarter du réseau ;
- ◇ il s'agit également de savoir si le franchiseur est tenu ou a seulement la possibilité de reprendre en tout ou en partie le réseau franchisé, ou s'il a la possibilité de choisir parmi les sous-franchisés ceux avec lesquels il désire poursuivre une relation et de résilier les contrats des autres ;
- ◇ compte tenu des problèmes que le franchiseur peut imaginer rencontrer dans de telles circonstances avec le réseau sous-franchisé, le franchiseur peut-il ou non demander au franchisé principal au contrat duquel il a été mis fin, une compensation pour les dépenses supplémentaires que cela va lui occasionner, et pour la perte probable de sous-franchisés insatisfaits.

D'autres clauses relatives à la résiliation du contrat vont généralement traiter des cas d'une faillite, insolvabilité, voire banqueroute du franchisé principal. Rappelons ici que le droit local peut avoir un certain impact sur ce qui peut advenir du réseau sous-franchisé dans un tel cas. Tous ces problèmes doivent donc être envisagés de façon approfondie au moment de la négociation du contrat.

III. LE FRANCHISÉ PRINCIPAL MET UN TERME AU CONTRAT DANS LE RESPECT DES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

Il est relativement rare de trouver dans le contrat de franchise principale une clause autorisant le franchisé principal à mettre un terme au contrat en cas de violation de celui-ci par le franchiseur. Il n'est d'ailleurs pas courant non plus de trouver dans un contrat de franchise par unité, une clause donnant au franchisé un droit de mettre fin au contrat. Le débat qui existe en matière de contrat de franchise principale concerne l'injustice inhérente à une situation dans laquelle le franchisé principal est confronté aux mêmes conséquences que la rupture du contrat soit de son fait ou de celui du franchiseur. Le problème qui se pose, et que le franchiseur souhaite résoudre, est celui de la protection adéquate de ses biens de propriété intellectuelle dans le pays d'accueil, dans l'hypothèse où son nom et ses méthodes cesseraient d'être transmis par le franchisé principal. De son côté, le franchisé principal a du mal à comprendre pourquoi, alors que le franchiseur serait en faute, il devrait choisir entre soit laisser le franchiseur persévérer dans ses fautes contractuelles, soit mettre un terme au contrat en perdant alors le droit de continuer à exercer son activité comme avant. Le droit de mettre un terme au contrat dans ces circonstances ne donne pas véritablement satisfaction au franchisé principal puisque cela aura pour conséquence de l'empêcher de continuer à utiliser les

marques et signes distinctifs du franchiseur pour tout le réseau sous-franchisé.

IV. LE FRANCHISÉ PRINCIPAL EXERCE UNE ACTION EN JUSTICE POUR METTRE FIN AU CONTRAT

Le franchisé principal dispose en général de deux types d'action : le droit de demander qu'il soit mis fin au contrat et la possibilité de considérer que l'inexécution du franchiseur le libère de ses propres obligations. La nature et l'étendue de ces actions varie selon les pays et le franchisé principal doit connaître telles actions et les cas où ces actions sont ouvertes. Outre l'exercice de ces actions, (et bien que cela soit généralement un élément de celles-ci) le franchisé principal peut demander des dommages et intérêts pour rupture de contrat. Dans certains pays, il peut également être possible de demander à une juridiction d'enjoindre au franchiseur de remplir ses obligations.

B. EFFETS DE LA FIN DU CONTRAT DE FRANCHISE PRINCIPALE

I. EFFETS À L'ÉGARD DU FRANCHISÉ PRINCIPAL

Les conséquences pour le franchisé principal de la cessation du contrat de franchise principale sont en général :

- ◆ la perte de ses droits à développer le réseau dans le futur ;
- ◆ le fait qu'il doive cesser de se comporter comme le « franchiseur » à l'égard des sous-franchisés sur le territoire qui lui était concédé ;
- ◆ le fait qu'il doive cesser d'utiliser :
 - ◇ les marques, dénominations sociales et autres signes distinctifs du franchiseur ;
 - ◇ la documentation protégée par le droit d'auteur, tels les manuels d'exploitation que le franchiseur lui a remis ou dont il est en possession ou qu'il a sous son contrôle, ainsi que toutes les copies de ce manuel qu'il doit retourner au franchiseur ;
 - ◇ tout matériel portant les marques, la dénomination sociale du franchiseur ou faisant état d'une relation entre le franchiseur et le franchisé principal ;
 - ◇ le système, le savoir-faire et toute information confidentielle, que le franchisé principal se verra demander de ne pas utiliser dans le futur ;
 - ◇ les autres droits de propriété intellectuelle appartenant au franchiseur, ce qui peut être entendu d'une façon assez large et

qui comprend, par exemple, dans le cas de chaînes de restauration rapide, les recettes ;

- ◆ le fait qu'il doive retirer physiquement les signes distinctifs identifiant le franchisé principal comme membre du réseau du franchiseur ;
- ◆ le fait de se voir demander, si le franchiseur exerce cette faculté, de transférer tous les contrats de sous-franchise au franchiseur ;
- ◆ le fait de se voir interdire pour une durée spécifique la conduite de toute activité concurrente à celle du franchiseur ; et
- ◆ dans certains cas, l'obligation de vendre certains biens au franchiseur, si celui-ci exerce la faculté qui lui serait ouverte en ce sens.

Certaines réglementations locales pourront avoir une influence sur ces conséquences. Ainsi par exemple :

- ◆ les règles relatives à la propriété intellectuelle doivent être respectées afin d'être sûr qu'il a bien été mis fin aux droits concédés ;
- ◆ les restrictions quant à l'utilisation des systèmes, du savoir-faire et des informations confidentielles du franchiseur peuvent être affectées par l'application des lois relatives à ce type de droits de propriété intellectuelle, mais également par les lois relatives à la concurrence existant dans certains pays ;
- ◆ le transfert des contrats de sous-franchise peut être affecté par :
 - ◇ des réglementations locales relatives aux personnes ayant le droit de conduire telle ou telle activité sur un certain territoire (par exemple, dans certains pays, il est prévu que des ressortissants nationaux doivent posséder au moins 51% des parts ou actions de chaque société exerçant une activité dans ce pays) ;
 - ◇ la possibilité que les contrats de sous-franchise cessent dès lors qu'il est mis fin au contrat de franchise principale sauf si les contrats ont envisagé ce cas de figure ;
- ◆ les restrictions à la concurrence post-contractuelle peuvent être affectées par des lois nationales d'application générale, comme par des lois relatives à la concurrence ;
- ◆ certaines lois nationales peuvent attribuer au franchisé principal un droit à réclamer compensation ; et
- ◆ dans le cas où il est envisagé de mettre fin au contrat en raison de la faillite de l'une des parties ou pour toute raison similaire, certaines lois qui envisagent, par exemple, la désignation d'administrateurs chargés de préserver les biens les droits des créanciers risquent d'affecter le droit de mettre un terme au contrat.

Dans le cas où serait prévue au contrat une faculté de racheter certains droits ou biens, la nature et l'étendue de ceux-ci doivent être

prévus le plus largement possible. Les biens du franchisé principal (autres que les contrats de sous-franchise) peuvent comprendre :

- ◆ les locaux du siège social du franchisé principal ;
- ◆ les entrepôts du franchisé principal (s'il s'agit d'une franchise de distribution) ; et
- ◆ les droits de bailleur ou le crédit-bailleur que le franchisé principal détiendrait vis-à-vis des sous-franchisés exerçant leurs activités dans les locaux du franchisé principal.

Il peut aussi exister d'autres contrats entre le franchisé principal et les sous-franchisés⁵. Il est important de prévoir, dès le stade des négociations, le traitement qui est réservé à ces contrats annexes à l'expiration de la relation, même si le but poursuivi par les parties ne est pas nécessairement facile à atteindre, notamment dans le cas où ces contrats sont relatifs à des biens (droit au bail par exemple) susceptibles d'avoir une valeur totale qui rend leur reprise trop onéreuse.

Pour être exploitées efficacement, les unités sous-franchisées ont besoin qu'un certain service et une assistance leur soient fournis par le franchisé principal. Dans le cas où la résiliation ou la cessation du contrat de franchise principale précède l'expiration des contrats de sous-franchise, les sous-franchisés dont les contrats expirent postérieurement courent le risque de ne plus se voir fournir l'assistance nécessaire. Pour éviter ce type de problème, le franchisé principal peut choisir de ne plus conclure de contrats de sous-franchise lorsque le terme du contrat principal approche. Néanmoins, il n'est pas recommandé de prévoir que le calendrier de développement du réseau cesse de prévoir des ouvertures pendant la dernière partie de la durée du contrat de franchise principale, là où, en toute hypothèse, les franchiseurs vont souhaiter que des unités sous-franchisées soient ouvertes jusqu'au terme du contrat de franchise principale. Il apparaît en fait plus juste et équitable de prévoir que malgré l'arrivée du terme, certaines clauses du contrat de franchise principale continueront à être appliquées uniquement pour les unités sous-franchisées ouvertes avant l'arrivée du terme du contrat de franchise principale, le franchisé principal perdant en revanche son droit à développer de nouvelles unités franchisées. Cela permettra au franchiseur d'implanter lui-même, ou de permettre à d'autres, d'implanter de nouvelles unités sur le territoire concerné.

Chaque unité franchisée existant à la date d'expiration du contrat de franchise principale bénéficiera, en d'autres termes, des services du franchisé principal pour le temps restant à courir du contrat de sous-franchise. Dans un tel cas, le franchisé principal continuera à percevoir des

⁵ Voir chapitre 19 « Documents annexes ».

royalties ainsi que tout autre paiement prévu au contrat jusqu'à l'expiration de chaque contrat de sous-franchise. Cela signifie que dans l'hypothèse où un contrat de sous-franchise d'une durée allant de neuf à dix ans serait conclu par le franchisé principal au cours de la dernière année d'application du contrat de franchise principale, certaines clauses du contrat de franchise principale continueraient à s'appliquer pendant près de dix ans après l'expiration du terme du contrat de franchise principale. Il convient de noter ici que ce type de clause peut, dans certains pays, avoir un impact favorable quant à l'acceptation des contrats de franchise principale par des autorités gouvernementales ou agences autorisées à examiner la validité de ces contrats.

Une alternative est de prévoir que le contrat de franchise principale expire en même temps que le dernier des contrats de sous-franchise. Dans un certain nombre de pays, une bonne raison de choisir cette alternative est à chercher dans les clauses de non-concurrence post-contractuelle, dans la mesure où, selon les cas, il peut apparaître souhaitable au franchiseur de voir le point de départ de la clause de non-concurrence courir de la fin de la période de temps prorogée, plutôt que de l'expiration du contrat de franchise principale.

En cas de résiliation du contrat, une demande de dédommagement peut être formée dans l'hypothèse où la résiliation aurait été faite sans suivre les procédures applicables ou sans être justifiée par aucune disposition contractuelle. Une telle réclamation peut également survenir dans le cas où la rupture a été obtenue par une mauvaise application d'une action en justice existant dans le système juridique concerné. La nature et l'étendue d'une telle réclamation dépend de la loi applicable dans le pays d'accueil.

II. EFFETS À L'ÉGARD DES SOUS-FRANCHISÉS

Dans beaucoup de pays, il n'est pas faux d'affirmer que chaque contrat de sous-franchise prendra automatiquement fin dès lors qu'il n'est pas fait état, dans le contrat de franchise principale et dans les contrats de sous-franchise, des effets de l'expiration ou de la résiliation du contrat de franchise principale sur les contrats de sous-franchise. Dans un tel cas, il est requis des franchisés :

- ◆ de cesser d'utiliser le système franchisé ainsi que les marques ; et
- ◆ de supprimer tout aménagement ou indications du fait que l'unité franchisée fait partie du réseau franchisé.

Généralement, le sous-franchisé est également contraint de respecter les stipulations relatives à la non-concurrence. Le fait de ne pas prévoir les effets de l'arrivée du terme du contrat de franchise principale sur les contrats de sous-franchise a des répercussions extrêmement importantes

non seulement pour le franchiseur, mais aussi pour chaque sous-franchisé. Tant le franchiseur que le franchisé principal doivent donc prêter une attention particulière à la rédaction des clauses relatives aux effets de l'expiration du contrat de franchise principale. Les effets de ces clauses doivent aussi être repris dans chaque contrat de sous-franchise.

Compte tenu du risque d'une cessation automatique du contrat de sous-franchise en cas de résiliation ou de l'arrivée du terme du contrat de franchise principale, il est du plus grand intérêt pour le sous-franchisé d'obtenir un engagement du franchiseur prévoyant que, dans un tel cas, celui-ci conclue directement un contrat de franchise avec le sous-franchisé, à tout le moins pour la période restant à courir du contrat de sous-franchise. Ainsi, le sous-franchisé ne perd pas son droit de continuer à exploiter son activité en tant que franchisé. Cependant, il n'est pas certain qu'une telle option soit effectivement ouverte aux sous-franchisés dans le cadre de la plupart des accords internationaux.

III. CESSION PAR LE FRANCHISÉ PRINCIPAL DE SES DROITS TELS QUE RÉSULTANT DES CONTRATS DE SOUS-FRANCHISE

Compte tenu des effets qu'emporte en général la fin du contrat de franchise principale⁶, la seule alternative envisageable pour en tenir compte en relation avec les contrats de sous-franchise, semble être de prévoir la cession par le franchisé principal au franchiseur de tous ses droits, titres et biens affectés à chaque contrat de sous-franchise.

Les parties doivent décider si la faculté offerte au franchiseur de reprendre le réseau se réfère ou non au réseau dans son ensemble, si le franchiseur doit ou non être tenu d'accepter la cession des droits du franchisé principal tels que résultant de chaque contrat de sous-franchise, si le franchiseur aura la possibilité de choisir les unités franchisées qui lui seront cédées, comme de choisir, le cas échéant, les modalités financières appropriées, ou s'il se verra seulement octroyer une possibilité d'obtenir une telle cession.

Si le franchiseur est obligé d'accepter la cession telle qu'envisagée, à la suite de l'arrivée du terme du contrat de franchise principale, il doit assumer un rôle qu'il n'est peut-être pas capable ou en mesure d'assumer, c'est-à-dire, celui de franchiseur dans un pays étranger dans lequel il ne dispose d'aucune infrastructure de soutien à ses activités. Plus encore, le franchiseur peut se voir contraint d'avoir à respecter des obligations auxquelles s'était engagé le franchisé principal à l'égard de ses sous-franchisés. Ainsi, si le franchisé principal a conclu un contrat avec un sous-franchisé renonçant à son droit de recevoir des *royalties*, le franchiseur se

⁶ Voir sous-sections II et III *supra*.

trouve lié par ce contrat, et ce malgré le fait qu'il n'était pas conscient de son existence. Si le franchisé principal n'a pas respecté l'une de ses obligations telles que découlant du contrat de sous-franchise, le franchiseur qui a repris les droits et obligations du franchisé principal tels que résultant de ce contrat peut se retrouver l'objet d'une action en justice. Même si dans de tels cas le franchiseur dispose d'un recours à l'encontre du franchisé principal, dans la plupart des cas, ce recours se révèle illusoire.

Une autre question de grande importance est de savoir si le franchisé principal peut avoir le droit à une contrepartie financière de la part du franchiseur dans le cas où la fin du contrat de franchise principale entraîne la cession des contrats de sous-franchise au franchiseur. Relevons ici que dans certains systèmes juridiques, la question de la validité de telles cessions sans contrepartie financière, quelle qu'elle soit, peut poser problème. Il convient alors, dans un tel cas, de prévoir quelle est la contrepartie qui est offerte au franchisé principal par le franchiseur bénéficiaire de ces cessions, et ce, afin d'éviter le risque de voir celles-ci déclarées, de droit, nulles et non avenues.

Les difficultés pratiques rencontrées dans la mise en œuvre des clauses de cession de contrat ont rendu nécessaire l'élaboration de mécanismes particuliers. Il n'est ainsi pas inhabituel de faire figurer dans le contrat de franchise principale une clause obligeant le franchisé principal à fournir au franchiseur un pouvoir exprès l'autorisant à exécuter toutes les cessions des contrats de sous-franchise, au nom et pour le compte du franchisé principal, si celui-ci s'en abstenait. Il arrive aussi que le franchiseur réclame au franchisé principal un acte de cession non daté relatif à chaque contrat de sous-franchise, au moment où chacun de ces contrats est conclu. Ce document est conservé par le franchiseur, à titre de garantie, jusqu'à l'expiration du terme du contrat de franchise principale. Dans l'hypothèse où le contrat de franchise principale serait résilié, le franchiseur serait alors autorisé à dater l'acte de cession et à l'utiliser afin de rendre effective la cession des droits du franchisé principal. La possibilité d'obtenir l'exécution ou la mise en œuvre d'une telle clause devant un tribunal est une question qu'il convient de se poser ; le franchiseur prudent est bien avisé de prendre conseil dans le pays d'accueil et de se renseigner.

Outre le fait de faire figurer dans le contrat de franchise principale une clause relative à la cession des sous-contrats, chaque contrat de sous-franchise doit lui-même contenir une clause par laquelle le sous-franchisé indique avoir connaissance de ce que, à l'arrivée du terme du contrat de franchise principale, les droits, titres et intérêts du franchisé principal résultant du contrat de sous-franchise seront transférés au franchiseur.

Dans certains systèmes juridiques, le contrat de sous-franchise doit ainsi contenir une clause au terme de laquelle le sous-franchisé indiquera avoir connaissance de ce que le franchiseur est un tiers bénéficiaire de tels droits.

CHAPITRE 17

LOI APPLICABLE ET RÉSOLUTION DES LITIGES

Le choix par les parties de la loi applicable à leur relation contractuelle et leur accord quant à la façon dont doivent être abordés et résolus les litiges pouvant survenir entre elles conditionnent, dans une large mesure, le degré de certitude qu'elles pourront avoir quant à la possibilité d'exécuter leur contrat international de franchise principale. Cela inclut leur accord sur la juridiction territorialement compétente pour connaître de leur litige. Dans cette optique, les parties doivent envisager la possibilité de recourir à l'arbitrage plutôt qu'aux juridictions étatiques, voire de recourir à la médiation, à la négociation ou à la conciliation.

Ces possibilités sont celles normalement envisagées par les parties lors de la négociation des clauses relatives au droit applicable et aux juridictions territorialement compétentes dans le cadre d'un contrat international.

A. L'OPPORTUNITÉ D'UN CHOIX

Le choix de la loi applicable à un contrat international dans le cadre d'un accord de franchise principale, comme le fait de se mettre d'accord sur le choix de la juridiction compétente pour connaître de tout litige, sont deux questions qui ne doivent, ni être mises de côté au moment de la négociation des accords internationaux de franchise principale, ni être discutées seulement après que tous les autres éléments importants de l'accord aient été mis au point, et encore moins seulement au moment où un véritable désaccord se produira.

Ces deux questions sont intimement liées et les éléments à prendre en considération sont similaires. L'indication du régime juridique applicable permet de préciser dès le début, l'interprétation que les parties ont entendu voir donner aux principales stipulations de leur contrat.

La loi choisie permettra de déterminer un grand nombre d'éléments à propos des obligations auxquelles se sont précisément engagées les parties. Nombre des questions traitées dans les autres chapitres de ce guide et les références fréquentes à la loi applicable donnent une

indication précise de l'importance du choix de la loi applicable au contrat de franchise principale.

Si les parties ne choisissent la loi applicable à leur contrat, sa détermination se fera en appliquant les règles de conflit de lois pertinentes. Il est alors tenu compte de toutes les conventions ou traités internationaux applicables, telle la *Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*¹ au sein de la Communauté européenne et la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*², comme de tout autre principe de droit international privé applicable.

Dans de nombreux cas, les règles relatives au conflit de lois détermineront comme loi applicable au contrat celle du pays dans lequel le franchisé principal exerce son activité, mais il peut aussi arriver que d'autres lois soient considérées comme applicables à certaines clauses particulières de l'accord global de franchise principale.

B. LOI APPLICABLE

I. CHOIX DE LA LOI APPLICABLE

L'application des règles relatives au conflit de lois permettant de déterminer quelle est la loi applicable est assez sophistiquée et parfois complexe. En matière contractuelle, plusieurs règles différentes peuvent être utilisées pour déterminer la loi applicable. Selon l'une d'elles, la loi applicable est celle du lieu de conclusion du contrat, selon une autre, celle du lieu où est exécuté le contrat ou la loi choisie par les parties. La loi applicable à la validité du contrat n'est pas nécessairement la même que celle réglant d'autres questions, telle la capacité d'une partie à conclure le contrat ou les formalités requises pour conclure ce contrat. L'objet du contrat est aussi à prendre en considération. Ainsi, par exemple, les effets de commerce ont leurs propres règles de détermination de la loi applicable.

Lorsqu'il s'agit de négocier quelle est la loi applicable au contrat, chacune des parties tente de faire en sorte que soit choisie la loi de son propre pays. Les raisons en sont nombreuses : le fait que leurs conseils soient plus familiers de ce système juridique, le postulat que cette loi offre certains avantages, ou s'agissant des franchiseurs, le fait qu'ils souhaitent qu'une loi identique s'applique à l'ensemble des contrats de franchise principale qu'ils ont conclus dans le monde. Plutôt que de se fonder sur

¹ Rome, 1980.

² Mexico, 1994.

ces critères essentiellement psychologiques, les parties seraient mieux avisées d'envisager de façon systématique les cas dans lesquels un litige aura le plus de risque de survenir, et la juridiction apparaissant la plus à même de connaître du litige et de lui apporter une solution pouvant être aisément mise en œuvre. Il faut en effet garder à l'esprit qu'il sera, en toute hypothèse, beaucoup plus aisé pour la juridiction choisie comme étant territorialement compétente, d'appliquer son propre droit.

Le choix d'une loi particulière a, bien sûr, un effet sur les termes du contrat de franchise principale, comme aussi sur la façon dont ses clauses seront rédigées. En outre, les parties doivent respecter toutes les règles particulières du droit du pays dans lequel la franchise est exploitée, avant tout celles relatives aux droits de propriété intellectuelle, mais également celles relatives à des questions d'ordre public telles les lois relatives à la concurrence, à la protection des consommateurs ou encore aux investissements étrangers. De telles dispositions sont d'ordre public en ce sens qu'elles auront généralement vocation à s'appliquer nonobstant des clauses contraires et prédomineront toute règle de conflit de loi. Il convient donc d'étudier attentivement le droit positif de la juridiction concernée, en matière de :

- ◆ ordre public ;
- ◆ investissements étrangers ;
- ◆ sociétés et règles de fonctionnement interne régissant différentes formes de sociétés ;
- ◆ concurrence et réglementation de certaines pratiques commerciales ;
- ◆ protection des droits de propriété intellectuelle ;
- ◆ activités bancaires, financières, aux effets de commerce et aux contrôles des changes ;
- ◆ vente de marchandise ;
- ◆ douane ;
- ◆ protection des consommateurs ;
- ◆ assurances et responsabilité du fait d'autrui ;
- ◆ fiscalité, y compris la question des retenues à la source ;
- ◆ droit du travail ; et, le cas échéant,
- ◆ réglementation nationale spécifique à la franchise.

Si le pays d'accueil potentiel ne dispose pas d'un droit des affaires très développé organisant une protection effective, notamment des marques et des autres droits de propriété intellectuelle existant dans le cas d'une activité de franchise et aussi de l'entreprise en tant que telle, le

franchiseur, s'il souhaite malgré tout développer son activité commerciale dans un environnement présentant de tels risques, n'a alors pas réellement d'autres choix que d'opter pour la loi du pays dans lequel il est domicilié.

II. POSSIBILITÉ D'APPLIQUER LE CHOIX DES PARTIES

Dans un certain nombre de pays, les parties à un contrat ne sont pas autorisées à choisir quelle est la loi applicable à leur contrat, dans la mesure où une loi prévoit la loi applicable ou limite la liberté de choix des parties. Dans la plupart des pays toutefois, les parties sont autorisées à spécifier quelle loi elles souhaitent voir appliquer à leur contrat, même si certaines limitations spécifiques existent quant à ce choix.

A titre d'exemple, l'Union européenne, les États-Unis, l'Australie et le Japon adoptent la solution la plus courante, qui consiste pour les juridictions à soumettre en principe l'interprétation à la clause du contrat relative au choix de loi applicable.

Dans chaque cas, les parties doivent rechercher si des limites particulières peuvent s'appliquer dans les juridictions dont elles relèvent, et envisager leurs effets. Dans les juridictions où l'on peut choisir la loi applicable, les limites à ce choix le plus souvent rencontrés sont :

- ◆ le contrat en cause doit avoir un élément de rattachement international ;
- ◆ une relation raisonnable doit exister entre la loi de l'État choisi et le contrat de franchise principale ou les parties à ce contrat ;
- ◆ le choix de la loi doit avoir été fait de bonne foi, être légal et ne doit pas avoir été fait dans le seul but d'échapper aux dispositions légales qui se seraient appliquées, en l'absence de clause relative au choix de la loi applicable (par exemple, tenter d'échapper à l'application de règles impératives d'ordre public), et
- ◆ toute autre limite résultant de dispositions légales spécifiques aux contrats de franchise, y compris aux contrats internationaux de franchise principale.

III. EN PRATIQUE

A moins que le pays d'accueil envisagé ne dispose pas d'un droit commercial très développé ou d'usages commerciaux très sophistiqués, les parties vont, dans la plupart des cas, choisir la loi du pays d'accueil envisagé, c'est-à-dire, en principe, la loi du domicile du franchisé principal comme loi applicable à leurs relations contractuelles hormis celles

découlant du contrat de franchise principale. Le franchisé principal peut d'ailleurs préférer cette solution, même si les lois du pays du franchiseur offrent une meilleure protection de ses intérêts que les lois de son propre pays ; c'est le cas par exemple, lorsque le système juridique du franchiseur dispose des lois efficaces en matière de franchise et de protection des consommateurs. Une des raisons de choisir la loi du pays du franchisé principal, même dans un tel cas, est qu'il peut être onéreux et difficile de faire reconnaître les droits du franchisé principal, si les lois du pays du franchiseur étaient choisies.

Indépendamment du choix qui est fait, les lois du pays du franchisé principal, notamment celles relatives à la propriété intellectuelle, commandent de toute façon l'enregistrement, le dépôt et la protection des marques et autres droits de propriété intellectuelle du franchiseur et sont donc particulièrement importantes. Dans la majorité des cas, le droit du pays du franchisé principal régit vraisemblablement les relations entre le franchisé principal et les sous-franchisés, le droit de propriété et les transactions de ces parties. L'application d'un droit unique à toutes les relations et à tous les rapports entrant dans les relations franchiseur/franchisé principal/sous-franchisé présente sur le plan pratique des avantages importants.

Aussi pratique soit-elle, cette solution n'est cependant pas toujours possible. Dans certains contrats internationaux de franchise, ni le domicile du franchiseur, ni celui du franchisé principal ne correspondra au pays dans lequel le réseau de franchise est implanté. La loi applicable au contrat de franchise principale et à la protection des droits de propriété intellectuelle est alors, pour de bonnes raisons, différente de celle applicable aux contrats de sous-franchise.

IV. EFFETS DU DROIT UNIFORME INTERNATIONAL

Lorsque les parties font le choix d'une loi dans le cadre de ce type d'accord ou d'autres cas de franchise internationale, elles doivent garder à l'esprit qu'il ne faut pas tenir uniquement compte du droit national, dont font partie les règles de conflit de lois, mais qu'elles doivent également prendre en considération les règles du droit uniforme international. Ainsi, par exemple, si chacune des parties est domiciliée dans un État signataire de la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)*, les dispositions de cette convention s'appliqueront, par préférence à toute loi nationale, à tous les

contrats de vente résultant de l'accord de franchise, sauf si les parties ont expressément exclu son application dans le contrat.

Les parties pourront, assez raisonnablement d'ailleurs, souhaiter aller plus loin, et dans la mesure où le contrat de franchise principale comprend la vente de marchandises, chercher à incorporer par référence les stipulations de la CVIM dans leur contrat, même si elles ne s'appliqueraient pas autrement.

De plus, si les parties recherchent l'application des mêmes principes de droit à tous les contrats résultant de l'accord de franchise principale, elles pourraient prévoir que l'interprétation des clauses de leur contrat se fera conformément aux *Principes relatifs aux contrats du commerce international* établis par UNIDROIT.

Par ailleurs, au moment de choisir la loi applicable à leur contrat, les parties peuvent définir si ce choix inclut seulement les lois nationales du pays où la loi a été choisie, ou aussi le droit international uniforme (traités, conventions) auxquels ce pays est partie et ses règles de conflit de lois. Relevons que s'il est possible de désigner la loi d'un pays, il n'est en revanche pas possible de désigner la règle de conflit de lois d'un pays, à moins que les lois des pays de chacune des parties ne l'autorise expressément.

En résumé, bien que de nombreuses considérations juridiques doivent être prises en compte par les parties afin d'assurer la viabilité et l'efficacité de l'ensemble de l'accord de franchise principale (contrat de franchise principale et contrats de sous-franchise), des considérations pratiques et de politique commerciale conduisent logiquement à choisir, comme loi applicable au contrat, celle du pays dans lequel le réseau franchisé est implanté, à moins que le franchisé principal ne soit domicilié ailleurs que dans ce pays, ou que le contrat de franchise principale couvre plus d'un seul pays, ou encore que le pays dans lequel le réseau franchisé va être implanté ne dispose pas d'un système juridique très élaboré.

C. RÉOLUTION DES LITIGES

I. NÉGOCIATION, MÉDIATION ET CONCILIATION

Ces dernières années ont connu un certain abandon du recours aux procédures étatiques ou arbitrales pour résoudre les litiges commerciaux, au profit d'autres techniques et procédures telle la médiation. Les parties ont également recours à des formes de négociation plus structurées, techniques de coopération et conciliation. Ces processus diffèrent de

l'arbitrage et des procédures judiciaires dans la mesure où aucun tiers ne se voit octroyer le pouvoir de trancher le litige ; une tierce personne va simplement assister les parties et les aider à résoudre elles-mêmes leur litige.

Les « mini-procès » (« *mini-trials* ») tels qu'ils existent aux États-Unis sont également une autre technique nouvelle. Chaque partie doit présenter brièvement son point de vue à un panel de personnes formé de représentants de chacune des parties et d'une personne neutre. Les représentants de chacune des parties sont des dirigeants, ayant le pouvoir de régler le litige. Une fois que chacune des parties a présenté sa version des faits, ces représentants se réunissent pour discuter des solutions envisageables. Ils peuvent rechercher l'assistance d'une personne neutre à qui ils peuvent demander son point de vue sur le cas en cause, mais là aussi, ce tiers n'aura aucun pouvoir de rendre une décision contraignante. La résolution du litige est laissée aux parties elles-mêmes.

Lorsqu'un litige survient dans le cadre d'un contrat de franchise principale, il est préférable que les parties tentent, avant tout, de résoudre elles-mêmes ce litige par la discussion. Si cela n'est pas possible, des négociations plus structurées, par le biais d'une communication écrite ou électronique, est souhaitable.

Parfois, les circonstances peuvent être telles que des négociations entre les parties seront facilitées par la présence d'un intermédiaire neutre. Le rôle d'un tel médiateur ou conciliateur ne consiste pas à résoudre le litige : c'est aux parties qu'il revient de le faire. Le médiateur facilite les discussions entre les parties, définit les problèmes et les intérêts des différentes parties par rapport à ce problème, aide les parties à proposer des solutions pour résoudre le litige et fait en sorte de maintenir les négociations sur des bases constructives.

Ces modes consensuels de résolution des litiges présentent divers avantages par rapport à un procès classique ; ils sont moins coûteux, plus rapides et plus adaptés à la poursuite d'une relation commerciale après que le litige ait été résolu. En outre, ils ont un important rôle à jouer dans les cas où il serait difficile d'obtenir l'exécution d'un jugement étranger dans le pays du défendeur.

Les *Règlement[s] de conciliation* publiées par la Commission des Nations Unies sur le droit du commerce international (CNUDCI) et la

Chambre de commerce internationale (CCI)³ sont des instruments utiles aux parties et à leurs médiateurs ou conciliateurs dans le cadre du règlement amiable d'un litige.

A l'opposé, l'arbitrage ou une procédure judiciaire impliquent qu'un tiers (l'arbitre ou le juge) rende une décision liant les parties. Cela distingue ces procédures de la négociation et de la médiation. Bien que l'arbitre tienne sa compétence de l'accord initial des parties de s'en remettre à l'arbitrage, l'arbitrage n'est pas véritablement consensuel et ressemble en fait beaucoup à une procédure judiciaire. Cependant, l'arbitrage diffère, sur des points importants, d'une procédure judiciaire. Les arbitres ne sont pas investis d'une autorité juridictionnelle et la composition du tribunal arbitral est, dans une large mesure, déterminée par l'accord des parties, tout comme l'étendue, les procédures et les règles applicables à l'arbitrage, la langue employée et le lieu de l'arbitrage.

Il est important que les parties à un contrat de franchise principale soient conscientes de la mesure dans laquelle la résolution de leur litige peut être affectée par le caractère international de leur contrat. En premier lieu, se pose la question de l'efficacité de la procédure de résolution des litiges. Dans le cas d'une procédure judiciaire, dans le cadre d'un accord international, la compétence du tribunal n'est pas forcément évidente. Si le défendeur n'est pas présent ni domicilié sur le territoire du tribunal saisi, une question de compétence peut surgir. Plus encore, la reconnaissance du jugement en dehors du pays où il a été rendu peut se poser. Des considérations culturelles peuvent également peser dans ce contexte.

Des parties, avec des racines culturelles différentes, peuvent percevoir différemment le marché qu'elles ont conclu, ne pas comprendre de la même façon les obligations contractuelles qu'elles ont acceptées ou encore prêter un sens différent au contrat de franchise principale lui-même.

Selon leur culture, certaines personnes ont une préférence pour tel ou tel mode de résolution des litiges. Les personnes de pays de *common law* sont, par exemple, habituées à régler de façon accusatoire leurs litiges et ont jusqu'à récemment considéré l'action en justice aussi normale qu'acceptable. En revanche, des personnes de cultures asiatiques ont, par tradition, évité cette approche accusatoire et cherché à résoudre leurs litiges par des moyens moins formels et plus consensuels.

³ Le titre intégral des règles établies par la CCI est « Règlement d'arbitrage de la CCI - Règlement de conciliation de la CCI », ce règlement comportant également des règles relatives à l'arbitrage.

Dans les accords de franchise principale internationale, il est important que les parties soient prévoyantes et abordent le mode de résolution des litiges dès le début de la négociation de leur contrat. Le contrat lui-même doit contenir des clauses relatives aux règlements des litiges et devrait prévoir les procédures que les parties entendent suivre. Si le règlement des litiges n'est pas envisagé dans le contrat, l'une des parties peut alors réaliser qu'il n'existe aucun moyen réel de résoudre un litige lorsqu'un problème se pose. De même, une partie peut se trouver dans une procédure de résolution du litige qui ne lui semble pas appropriée ou qu'elle ne désire pas suivre.

Dans le cas d'une inexécution du contrat et, tout en tenant compte des stipulations du contrat de franchise principale, les parties peuvent également considérer la possibilité d'en surseoir à l'exécution ou de prendre toute autre mesure intermédiaire. Bien que les arbitres, comme les juges, peuvent avoir le pouvoir de prendre ce type de mesures intermédiaires, il est vraisemblable que les juridictions étatiques sont plus efficaces pour en ordonner la mise en œuvre. Il n'est pas inhabituel que la constitution du tribunal arbitral prenne un certain temps. C'est pourquoi il est prudent, dans le cas où les parties décident de recourir à l'arbitrage, d'exclure du champ d'application de la clause d'arbitrage les matières qui nécessiteraient des mesures urgentes et d'avoir recours pour ces questions particulières aux juridictions étatiques.

Dans le cas où l'on choisit l'arbitrage, il peut également être souhaitable pour des raisons d'efficacité d'exclure du champ d'application de la clause d'arbitrage l'examen de certaines fautes, comme par exemple les atteintes aux droits de propriété intellectuelle, pour les soumettre aux juridictions étatiques⁴. Le résultat d'une telle approche est que divers modes de résolution des litiges s'appliqueront aux différentes clauses du contrat de franchise principale. Cela peut apparaître comme une bonne façon d'aborder les choses, mieux acceptée par la plupart des tribunaux plutôt que d'avoir, par exemple, à mettre un terme au contrat dans son ensemble, avant de pouvoir agir à l'encontre du franchisé principal, dans le cas d'une atteinte à la marque.

II. ACTION EN JUSTICE

a) Choix du tribunal territorialement compétent

Dans le cas où un rapprochement amiable échoue, ou dans le cas où une ou plusieurs parties considèrent nécessaire que des injonctions

⁴ Il convient ici de relever que dans certains cas, notamment en matière de droit de propriété intellectuelle et industrielle, il est de toute façon impossible dans beaucoup de pays de recourir à l'arbitrage, cette option étant exclue par la loi.

soient prises, l'arbitrage ou le recours aux juridictions étatiques doit être pris en considération.

Du point de vue du demandeur potentiel, un litige international requiert une décision quant au lieu où l'action doit être engagée. Une fois l'action engagée, le défendeur doit déterminer la conduite qu'il souhaite adopter. Il peut intervenir à l'instance et contester l'action, rester absent des procédures ou tenter d'y mettre un terme. Un défendeur peut chercher à mettre un terme aux procédures tant devant la juridiction devant laquelle l'action s'est engagée, en arguant de l'incompétence de la juridiction saisie - *forum non conveniens* -, ou en engageant une action devant une autre juridiction d'un autre État pour qu'il soit enjoint au demandeur d'origine de cesser toute action devant le tribunal qu'il a saisi.

Au moment où il choisit la juridiction compétente, le demandeur peut avoir le choix entre différentes juridictions. Il a notamment le choix entre les juridictions de son domicile, celles du domicile du défendeur ou encore les juridictions d'un pays tiers présentant des liens avec l'objet de l'action, ou dans lequel le défendeur a des actifs.

Le principal critère du choix du tribunal qui est territorialement compétent réside dans l'efficacité des procédures. Ceci dépend d'une part de la compétence du tribunal et, d'autre part, du caractère exécutoire des décisions qu'il rend. Les tribunaux n'ont pas une compétence universelle ; il appartient donc au demandeur de déterminer si les juridictions du système choisi auxquelles il envisage de s'adresser prévoit bien, d'après ses propres règles, sa compétence territoriale ou d'attribution. S'étant assuré de la compétence du tribunal, le demandeur doit s'interroger sur la possibilité d'exécution de la décision qui est rendue. Si le défendeur possède des actifs au sein du système dans lequel le tribunal est situé, alors l'exécution des décisions est relativement facile, le demandeur pouvant néanmoins toujours se garantir en prenant des mesures provisoires afin de s'assurer que le défendeur ne transfère pas ses actifs. Toutefois, si le défendeur ne possède pas de biens dans le ressort du tribunal choisi, alors le jugement ne peut être véritablement suivi d'effets que si le défendeur accepte volontairement de se soumettre à ses termes, ou s'il peut être rendu exécutoire devant des tribunaux d'autres pays où le défendeur a des actifs. Cela dépendra des règles relatives à l'exécution des jugements étrangers du lieu où l'exécution est souhaitée.

Hormis ces considérations liées à la compétence et à l'exécution, le demandeur doit aussi prendre en considération le coût de la procédure devant le tribunal choisi. Ce coût dépendra de plusieurs choses, notamment des frais de justice, mais aussi du fait que le tribunal puisse

accorder une indemnité couvrant les frais de la partie gagnante ou qu'à l'inverse chaque partie conserve la charge de ses propres frais judiciaires.

Des aspects pratiques doivent aussi entrer en ligne de compte dans le choix de la juridiction territorialement compétente. Entrent ainsi en ligne de compte des considérations géographiques : le domicile de chacune des parties et d'éventuels témoins appelés à comparaître ; des considérations juridiques telles la loi gouvernant le contrat ; la langue de chacune des parties comme aussi la langue dans laquelle est rédigé le contrat ; les délais dans lesquels l'action pourra être jugée tant en première instance qu'éventuellement en appel. Plus la procédure est longue, plus elle risque d'être onéreuse et plus les délais pour obtenir une décision seront importants. Il faut aussi tenir compte de la capacité du tribunal choisi à traiter de questions commerciales, ainsi que de son éventuelle réputation à rendre des « bons » ou « mauvais » jugements.

Plutôt que d'attendre la survenance d'un litige et la nécessité de recourir à une procédure, les parties ont intérêt à prévoir dans le contrat de franchise principale une clause attributive de compétence territoriale désignant le tribunal ou un système particulier pour connaître de leurs litiges. Certaines questions peuvent se poser à propos d'une telle clause. La première est de savoir si cette clause attributive de compétence est exclusive ou non. Une clause attributive de compétence non exclusive est celle qui prévoit de se soumettre à la compétence d'un tribunal désigné, sans pour autant exclure que des poursuites soient engagées ailleurs. A l'inverse, une clause attributive de compétence exclusive attribue non seulement une compétence aux tribunaux désignés, mais en outre, interdit toute poursuite ailleurs que devant ces tribunaux désignés. Parfois, une clause attributive de compétence non exclusive prévoit expressément la possibilité d'engager des poursuites ailleurs. Une telle clause attributive de compétence peut figurer dans le contrat de franchise principale comme dans un document annexe.

b) Reconnaissance des clauses attributives de compétence territoriale

Bien qu'il apparaisse préférable que les parties se mettent d'accord sur le ou les tribunaux territorialement compétents au moment de la négociation du contrat de franchise principale, un certain nombre de systèmes juridiques excluent la possibilité de choisir le tribunal qui est territorialement compétent. Plus encore, le droit de certains pays prévoit qu'un étranger ne peut disposer de droits plus importants que les nationaux et que les étrangers ne peuvent donc disposer d'autres actions que celles ouvertes devant les juridictions de ce pays.

Lorsqu'ils examinent si la détermination de la compétence territoriale est ou non reconnue par les juridictions qui n'interdisent pas de façon absolue cette détermination de compétence, les conseils des parties doivent s'assurer de la façon dont la clause qu'ils ont rédigée est interprétée. En termes de reconnaissance de l'élection d'un for, il est apparu qu'un certain nombre de tribunaux font une distinction entre les clauses qui attribuent une compétence aux tribunaux d'un certain pays (prorogation) et celles qui ôtent aux tribunaux de ce pays toute compétence (dérogation). En général, il apparaît que les tribunaux vont plus probablement refuser de reconnaître une clause dérogeant à leur compétence qu'une clause leur attribuant compétence, en particulier si la clause leur ôtant toute compétence empêche une partie normalement domiciliée dans leur ressort d'exercer une action dont elle bénéficierait selon les lois applicables devant ces tribunaux.

Au fil du temps, une ligne directrice est apparue dans un certain nombre de juridictions du système selon laquelle les tribunaux ne reconnaissent pas une clause attributive de compétence territoriale si :

- ◆ l'exercice d'une procédure devant le tribunal choisi entraîne des inconvénients majeurs, notamment des frais et dépenses importantes ou des difficultés linguistique ; ou
- ◆ le choix empêche l'exercice d'une action qui serait normalement ouverte devant la juridiction dont la compétence a été exclue ; ou
- ◆ la juridiction choisie ne l'a été que par fraude, dol, violence ou tromperie ; ou
- ◆ la mise en œuvre de la clause est contraire à l'ordre public de l'État requis.

Néanmoins, ces deux ou trois dernières décennies ont vu naître une tendance générale aux États-Unis, au Japon, dans l'Union européenne et dans les autres pays de l'OCDE, qui consiste pour les tribunaux à reconnaître la liberté des parties de choisir le tribunal territorialement compétent pour connaître de leurs litiges tant que les parties expriment clairement ce choix, et que ce choix est exclusif.

La *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*⁵ des Communautés européennes dont l'application a été étendue aux États membres de l'*Association européenne de libre échange (AELE)* par la

⁵ Bruxelles 1968. La Convention a par la suite été modifiée pour permettre l'adhésion à la Convention des États rejoignant les Communautés européennes après 1968 (Convention de Luxembourg, 1982, et de Saint Sébastien, 1989).

*Convention de Lugano*⁶, représente une tentative majeure dans le sens d'une solution de droit uniforme souhaitée. L'article 17 de ces Conventions prévoit que si l'une des parties au contrat a son domicile sur le territoire d'un État contractant, le tribunal désigné par la clause attributive de juridiction aura une compétence exclusive pour connaître de tout différend né ou à naître à l'occasion d'un rapport de droit déterminé.

Les Conventions s'appliquent aux clauses attributives de juridiction à un État contractant membre de l'Union européenne ou de l'AELE, dans les contrats conclus :

- ◆ entre une partie domiciliée dans un État membre de l'Union européenne ou de l'AELE et une partie domiciliée dans un autre pays de l'Union européenne ou de l'AELE ; ou
- ◆ entre une partie domiciliée dans un État membre de l'Union européenne ou de l'AELE, l'autre partie étant domiciliée hors de l'Union européenne ou du territoire d'un État membre de l'AELE.

Ces Conventions ne s'appliquent pas aux contrats attribuant compétence à des tribunaux situés hors de l'Union européenne ou du territoire des États membres de l'AELE.

Il convient également de relever qu'aux termes de l'article 16, une compétence exclusive, sans considération de domicile, est prévue dans certains cas ; il en est ainsi :

- ◆ en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles (tribunaux de l'État contractant où sont situés ces immeubles) ;
- ◆ en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État contractant, ou des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État ;
- ◆ en matière de validité des inscriptions sur les registres publics (les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus) ;
- ◆ en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à dépôt ou à un enregistrement (juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale) ; et
- ◆ en matière d'exécution des décisions (les tribunaux de l'État contractant du lieu de l'exécution).

Tous ces domaines de compétence exclusive présentent un intérêt dans la mesure où l'une ou l'autre de ces Conventions s'applique aux

⁶ Lugano 1988.

relations entre le franchiseur, le franchisé principal et les sous-franchisés. En pratique, elles définissent de façon substantielle la liberté de choix laissée aux parties.

Il apparaît également important pour les parties de déterminer si la *Convention de La Haye de 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale* s'applique dans le cas où une procédure judiciaire pourrait s'avérer inévitable et que le choix de la juridiction compétente peut être ou non exclusif.

c) Exécution des décisions des tribunaux.

En fait, l'efficacité des clauses attributives de compétence dépend de l'exécution par d'autres juridictions de la décision rendue. Les tribunaux d'un État ne rendent pas nécessairement exécutoire une décision d'un autre pays, en particulier si cette décision est contraire à l'ordre public de l'État concerné.

En pratique, avant d'accepter le choix de telle ou telle juridiction, chaque partie doit s'être assurée auprès de son conseil non seulement que le tribunal choisi reconnaît sa compétence, mais aussi que les décisions de ce tribunal sont exécutoires dans le pays dans lequel l'autre partie est en principe domiciliée, et/ou dans lequel elle dispose d'actifs suffisants. L'idéal est le cas où un traité bilatéral existe entre les juridictions concernées, ou lorsqu'est légalement prévu dans chacun des États où l'exécution est demandée une reconnaissance des jugements étrangers. Cela rendra relativement simple l'exécution du jugement étranger.

Là encore, les Conventions de Bruxelles et de Lugano prévoient commodément dans leur titre III la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un État contractant par les autres États contractants.

S'agissant des décisions rendues par les tribunaux d'États non parties à ces Conventions, des procédures d'exécution particulières doivent être engagées par le biais d'une action appropriée devant les juridictions de l'État où l'exécution est requise, sauf si des traités multilatéraux ou bilatéraux s'appliquent et prévoient une procédure particulière de reconnaissance ou d'exécution. La seule alternative est vraisemblablement d'engager une nouvelle action fondée sur celle originalement soumise au tribunal étranger.

Dans le cas de décisions aboutissant à une condamnation pécuniaire, une troisième possibilité existe dans les pays où le droit national relatif aux jugements étrangers prévoit que, même en l'absence d'un traité bilatéral, l'exécutif de l'État requis peut sur le fondement de la réciprocité rendre exécutoire les jugements tendant à une sanction

pécuniaire émis par une juridiction étrangère, simplement en suivant les procédures prévues en la matière par l'État où l'exécution est tentée.

Compte tenu de la place importante des franchiseurs américains dans le franchisage international, il convient de relever que les États-Unis ne sont liés par aucun traité relatif à l'exécution, en dehors de leur territoire, des décisions rendues par les cours fédérales ou étatiques. Hormis les vingt-quatre états qui ont adhéré à la *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act (UFMJRA)*, et qui bénéficient en conséquence de procédures simplifiées, les décisions ne pourront être exécutées qu'en engageant une nouvelle action, soit sur le fondement de la décision étrangère, soit sur le fondement de l'action initialement engagée. La sous-division 5(a)(3) de l'UFMJRA prévoit qu'on ne peut refuser de reconnaître un jugement étranger pour défaut de compétence personnelle dès lors que le défendeur a, avant le commencement de la procédure, accepté de se soumettre à la juridiction du tribunal étranger, du fait de l'objet du litige. Le fait de prévoir une clause attributive de compétence permettra vraisemblablement d'éviter qu'une discussion ne soit engagée sur ce point.

Les parties et leurs conseils doivent rechercher avec attention s'il existe ou non des traités multilatéraux ou bilatéraux sur l'exécution des jugements étrangers et/ou si les États qui peuvent être sollicités, prévoient l'exécution, sur le fondement de la réciprocité, des jugements étrangers.

III. ARBITRAGE

a) L'alternative de l'arbitrage

Outre qu'elles peuvent convenir d'une clause attributive de compétence pour la résolution judiciaire d'un litige, les parties sont également à même de prévoir une clause d'arbitrage à titre alternatif dans la mesure où :

- ◆ cela leur permet de se mettre d'accord sur le type d'arbitrage, le nom des arbitres ou la façon dont ceux-ci seront sélectionnés ;
- ◆ elles peuvent soit choisir la loi qui est appliquée, soit décider que les arbitres statueront en tant qu'amiables compositeurs, sans préciser la loi applicable ;
- ◆ elles peuvent choisir les règles applicables à l'arbitrage ;
- ◆ elles peuvent préserver la confidentialité de la procédure ;
- ◆ elles bénéficient d'un système de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales relativement simples en la *Convention des Nations Unies de 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*⁷ ; et

⁷ Au 20 juin 1998, 119 États étaient parties à la Convention de New York.

- ◆ les intérêts ou les prétentions de tiers de bonne foi peuvent être prises en compte dans le cadre d'un arbitrage, ce qui n'est pas toujours le cas devant un tribunal.

Le recours aux tribunaux est cependant préférable à l'arbitrage dans les cas où il est fait état de fraudes ou pour les litiges nécessitant de réelles investigations ou une procédure obligatoire de communication des informations (« *compulsory discovery procedure* »).

Dans la plupart des États de l'OCDE, il existe une politique et un droit local de l'arbitrage favorisant la reconnaissance des clauses d'arbitrage dans les contrats internationaux et prévoyant une méthode simple de se reporter aux dispositions de la Convention de New York.

La clause prévoyant le recours à l'arbitrage interdit généralement à chacune des parties de tenter d'échapper à l'arbitrage en agissant devant une juridiction étatique. Les tribunaux vont en principe abandonner aux arbitres la compétence pour connaître de questions relevant de la compétence des juges.

Au stade de la rédaction, il convient de s'assurer que la loi choisie par les parties autorise l'arbitrage de questions relatives à l'exécution du contrat, comme l'interprétation et l'inexécution, et permet également l'arbitrabilité de différends ouvrant des recours en vertu de la loi du for, comme en matière de concurrence, de sûretés, de protection des consommateurs et de fraude. Au niveau fédéral, le droit des États-Unis semble admettre que de telles demandes puissent être soumises à l'arbitrage dans le cas de transactions internationales.

Il y a en outre des questions qui peuvent poser des problèmes comme celle de savoir dans quelle mesure les parties ayant choisi de soumettre leurs litiges à l'arbitrage pourront néanmoins avoir recours aux juridictions étatiques. Il peut, par exemple, être difficile pour une partie d'obtenir des mesures conservatoires sur des biens en relation avec une demande réalisée dans le cadre d'une procédure arbitrale.

Par ailleurs, il est peu probable que les procédures d'arbitrage soient beaucoup moins onéreuses que les procédures légales, et malheureusement, la lenteur de la procédure peut être aussi importante que celle de la procédure judiciaire.

C'est pourquoi en pratique, le recours à la négociation et à la médiation semble préférable pour résoudre les litiges qui ne menacent pas véritablement l'existence de la relation de franchise principale.

Lorsque les parties choisissent néanmoins de recourir à l'arbitrage, elles ont intérêt à désigner :

- ◆ l'organisme qui aura autorité sur la conduite de la procédure d'arbitrage, tels que l'*American Arbitration Association*, la Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de commerce

internationale, la *London Court of International Arbitration* ou le *Australian Center for International Commercial Arbitration* ; et

- ◆ en fonction de l'organisme choisi, les règles applicables à la procédure d'arbitrage. Chacun des organismes ci-mentionnés a ses propres règles ; toutefois, le *Règlement d'arbitrage* établi par la *Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)* peut être indifféremment appliqué par l'ensemble de ces organismes.

b) Exécution des sentences arbitrales en matière de commerce international

La Convention de New York de 1958 est l'une des conventions qui a eu le plus de succès du point de vue du nombre des ratifications ou adhésions ; une très large proportion des États membres des Nations Unies sont partie à cette Convention, dont des États de régions du monde très diverses et ayant des systèmes juridiques, sociaux et économiques totalement différents.

Cela seul ne garantit cependant pas son efficacité : la ratification ne signifie pas que l'exécution n'est rien qu'une formalité dans le pays ratifiant. Les parties au contrat de franchise principale doivent en conséquence vérifier si :

- ◆ le ou les États concernés ont émis des réserves quant à certaines prévisions de la Convention et, dans l'affirmative, quel est l'objet de ces réserves ;
- ◆ si des lois internes ont été adoptées afin d'intégrer la Convention au système juridique de l'État en conformité, le cas échéant, avec les dispositions constitutionnelles ;
- ◆ si l'exécution peut effectivement être obtenue et en particulier si le système juridique local favorise et soutient l'arbitrage et traite les parties de façon équitable ; et
- ◆ s'assurer qu'elles ont bien compris les conséquences que les motifs retenus par un tribunal pour refuser de rendre exécutoire une sentence arbitrale, peuvent avoir sur les parties. Ces motifs incluent que d'après la loi du pays où la reconnaissance et l'exécution sont requis, l'objet du différend n'est pas susceptible d'être réglé par voie d'arbitrage, et que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence serait contraire à l'ordre public de ce pays.

CHAPITRE 18

AUTRES CLAUSES COMMUNEMENT UTILISÉES

Hormis les clauses spécifiques à la franchise, les contrats de franchise principale comportent d'autres clauses, d'application plus générale, pouvant revêtir une importance considérable. Celles-ci concernent :

- ◆ l'autonomie des clauses ;
- ◆ le caractère entier du contrat ;
- ◆ les clauses d'exonération et les clauses relatives à la faculté de faire valoir certains droits ;
- ◆ la force majeure et la révision pour imprévision (« *hardship* ») ;
- ◆ la nature du contrat ;
- ◆ le cumul des droits et obligations ;
- ◆ les notifications ;
- ◆ les différents dédommagements.

Il faut tenir compte de l'influence de la loi applicable sur l'efficacité de chacune de ces clauses.

A. CLAUSES RELATIVES À L'AUTONOMIE DES DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

Il n'est pas surprenant qu'il soit très important tant pour le franchiseur que pour le franchisé principal que leur contrat continue à être exécuté pendant une durée particulièrement longue, compte tenu des investissements considérables auxquels chacune des parties a procédé. Les contrats de franchise principale peuvent ainsi prévoir que si une clause particulière du contrat, voire seulement une partie de la clause, ne pouvait plus être exécutée ou devenait invalide ou illégale, cette invalidité ou cette impossibilité de la mettre en œuvre ne nuirait alors pas à la validité du reste du contrat. La clause partiellement, ou en totalité, invalide serait ainsi considérée comme étant détachable du reste du contrat. Il est parfois prévu que la clause ne sera détachable que si le reste du contrat n'en devient pas déformé ou injuste à l'égard de l'une des parties. Il y a trois façons possibles de traiter la clause invalide, lorsque son autonomie était prévue :

- ◆ la clause est considérée comme n'ayant jamais existé, ou

- ◆ la clause est remplacée par une autre clause valide et effective répondant aux objectifs poursuivis par les parties à l'origine, ou
- ◆ la clause est modifiée et interprétée de telle sorte que le but poursuivi à l'origine puisse être atteint en toute légalité.

Recourir à ce type de montage est également possible lorsqu'il y a un vide dans le contrat sur un point donné.

S'agissant des clauses partiellement invalides, il peut être prévu qu'elles seront néanmoins exécutées, sauf en leurs éléments non valides.

Certains contrats accordent un pouvoir discrétionnaire au franchiseur, qui peut avoir le droit de mettre un terme au contrat :

- ◆ s'il considère que l'exclusion de la clause concernée affecte négativement son droit au paiement des redevances ou de toute autre rémunération ;
- ◆ si l'exclusion de cette clause porte atteinte à ces marques, nom commercial, secrets d'affaires, savoir-faire, ou méthodes particulières ; ou
- ◆ si le franchiseur constate que l'illégalité de la clause remet en cause les fondement mêmes du contrat.

Les contrats vont souvent désigner les entités pouvant déclarer qu'une clause est devenue invalide, par exemple, les juridictions nationales ou certaines entités gouvernementales, la Cour de Justice des Communautés européennes ou la Commission européenne, comme le type d'instrument par le biais desquels une clause peut être invalidée telles les décisions des tribunaux ou des entités gouvernementales, une loi nationale, une réglementation adoptée par les Communautés européennes, ou d'autres législations et réglementations administratives.

Les contrats utilisés dans des pays différents peuvent prévoir des clauses prévoyant qu'au cas où une clause serait invalidée dans un de ces pays, elle n'aurait ni force ni effet dans ce pays en particulier, mais conserverait sa validité ou ses effets dans les autres pays.

B. CLAUSES RELATIVES AU CARACTÈRE ENTIER DU CONTRAT

Afin de se garder de toute réclamation inattendue, les franchiseurs incluront souvent au contrat une clause prévoyant que ce contrat est le seul valable entre les parties et prime sur toutes les négociations précédentes et/ou tous les accords précédents ayant pu être conclus. Ces clauses auront un degré de précision variable allant de la simple affirmation que, par exemple, tout autre accord verbal n'est pas valable, jusqu'à de longues descriptions de ce qu'elles recouvrent. Le degré de détail dépend de la technique de rédaction adoptée dans le pays du

franchiseur¹. Dans d'autres cas, la clause relative à la primauté du contrat va spécifier qu'outre les contrats principaux, il existe aussi des contrats particuliers entre les parties tel, par exemple, un bail relatif au locaux où est exploitée l'activité, ou d'autres documents annexés au contrat telles les conditions générales de vente ou dans le cas des franchises américaines, la « *Franchise Offering Circular* ».

Certaines exceptions sont parfois prévues. Ainsi par exemple, l'obligation du franchiseur principal de se conformer aux spécifications que le franchiseur peut redéfinir périodiquement, ne sera pas affectée par la stipulation qu'aucun autre accord collatéral ou verbal ne sera valable.

D'autres dispositions peuvent être rattachées à la clause consacrant la primauté du contrat. Il peut ainsi être stipulé : que le franchiseur principal reconnaît qu'il n'a pas conclu le contrat à la suite de démarches, garanties, offres attrayantes ou promesses qui lui auraient été faites par le franchiseur, et que le franchiseur principal, s'il estime que celles-ci ont déterminé son accord, doit l'indiquer par écrit au franchiseur pour incorporation au contrat.

C. CLAUSES D'EXONÉRATION ET CLAUSES RELATIVES À LA FACULTÉ DE FAIRE VALOIR CERTAINS DROITS

Les contrats de franchise contiennent souvent des clauses, dites d'exonération et de renonciation, par lesquelles : la responsabilité du franchiseur ne peut être engagée et le franchiseur est présumé ne pas renoncer à l'exercice de l'un ou l'autre de ses droits. Là encore, la façon dont ces clauses seront détaillées dépendra de l'origine du contrat, les contrats établis dans des pays de *common law* étant plus largement détaillés que les autres.

L'exonération de responsabilité prend souvent la forme d'une reconnaissance par le franchiseur principal que le succès de son activité dépend de ses propres efforts et que, même si le franchiseur et son personnel lui ont apporté une assistance, des conseils, des manuels d'exploitation ou une formation, le franchiseur, ses dirigeants et ses employés ne peuvent donc pas être considérés comme responsables de toute perte ou dommage subi par le franchiseur principal. Cette exonération de responsabilité est parfois étendue aux pertes ou dommages subis du fait du système franchiseur ou des avis et de l'aide apportée. Cependant, une exception peut être prévue lorsque la perte ou le dommage aura directement été causé par le non respect par le franchiseur d'une clause expresse du contrat, ou en cas de fraude de la part du franchiseur ; mais,

¹ Voir chapitre 1, section B.V. b) « Techniques de rédaction » sur les différences de style dans la rédaction des contrats.

même dans un tel cas, une limitation du montant de l'indemnité dont le contrat admet le versement peut être prévue.

La façon dont le franchiseur évacue le risque qu'on lui invoque qu'il ait renoncé à ses droits consiste en une clause selon laquelle le franchiseur qui n'exercerait pas effectivement les droits ou pouvoirs qui lui ont été conférés, n'est pas pour autant réputé y avoir renoncé, ni être privé du droit de les exercer à l'avenir. Cette clause sera déclarée soit applicable en général, soit à une inexécution spécifique. Dans la plupart des cas, ce type de clause ne comprend pas de délais particuliers pour l'exercice de ses droits par le franchiseur. On peut toutefois faire référence à la durée, même pour exclure l'idée d'un délai. Le contrat peut également préciser que le fait que le franchiseur n'exerce pas ses droits en une occasion ne signifie pas qu'il ne les exercera pas lors d'une autre occasion.

Si la franchise était cédée à un nouveau franchisé principal, le successeur du franchisé principal pourrait se voir demander d'abandonner tout droit ou action qu'il aurait reçue en raison de l'inexécution du contrat par le franchiseur à l'égard du précédent franchisé principal.

Dans la plupart des cas, les clauses d'exonération seront stipulées au seul bénéfice du franchiseur ; on trouve toutefois des clauses d'exonération qui sont stipulées au bénéfice des deux parties. En outre, selon ces clauses si l'une ou l'autre des parties n'exerce pas effectivement les droits ou pouvoirs qui lui ont été conférés, elle n'est pas réputée y avoir renoncé, ni être privé du droit de les exercer à l'avenir.

D. FORCE MAJEURE ET « HARDSHIP »²

Les contrats prévoient souvent dans le cas où les circonstances changeraient la renégociation du contrat (« *hardship* »), ou la suspension de son exécution dans les cas de force majeure. L'existence d'une véritable situation de force majeure peut en fait être considérée comme une bonne raison pour une partie de ne plus exécuter son contrat pour une durée indéterminée. La rédaction de ces clauses dans les contrats de franchise principale est semblable à celle des clauses figurant dans d'autres types de contrat.

Il n'est pas toujours facile de distinguer clairement quels seront les événements qui constituent un « *hardship* » et ceux qui constituent une cause de force majeure. Une indication peut cependant être donnée par le degré de gravité de l'événement et par sa nature. En cas de « *hardship* »,

² Le terme anglais « *hardship* » n'a pas été traduit étant donné que les expressions proposées ne décrivent correctement le contenu de la clause, l'écart se situant parfois au niveau des nuances et dans d'autres cas en un risque de confusion.

l'exécution du contrat n'est pas totalement impossible, mais deviendra tellement onéreuse ou difficile (par exemple, une hausse très importante et inattendue du coût des matières premières) qu'une renégociation du contrat sera nécessaire au maintien de la relation contractuelle. En revanche, la force majeure a pour effet de rendre objectivement impossible l'exécution du contrat, même si cette impossibilité est limitée dans le temps (par exemple, une déclaration de guerre). Les clauses de « *hardship* », et celles relatives à la force majeure visent, en général, une inexécution par l'une ou l'autre des parties.

Une définition de « *hardship* » élaborée au niveau international et jouissant d'une reconnaissance internationale croissante est celle contenue dans les *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international* :

« Il y a *hardship* lorsque surviennent des événements qui altèrent fondamentalement l'équilibre des prestations, soit que le coût de l'exécution des obligations ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué, et

- a) que ces événements sont survenus ou ont été connus de la partie lésée après la conclusion du contrat ;
- b) que la partie lésée n'a pu, lors de la conclusion du contrat, raisonnablement prendre de tels événements en considération ;
- c) que ces événements échappent au contrôle de la partie lésée ; et
- d) que le risque de ces événements n'a pas été assumé par la partie lésée³ ».

De même, la définition de la force majeure contenue dans les Principes d'UNIDROIT indique que :

- « 1) Est exonéré des conséquences de son inexécution le débiteur qui établit que celle-ci est due à un empêchement qui échappe à son contrôle et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre de lui qu'il le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'il le prévienne ou le surmonte ou qu'il en prévienne ou surmonte les conséquences.
- 2) Lorsque l'empêchement n'est que temporaire, l'exonération produit effet pendant un délai raisonnable en tenant compte des conséquences de l'empêchement sur l'exécution du contrat.
- 3) (...)
- 4) (...) »⁴.

³ Article 6.2.2.

⁴ Article 7.1.7

L'objet de la clause de « *hardship* » n'est donc pas de mettre un terme au contrat, mais au contraire de rendre une renégociation de ses termes possible. Quant aux clauses relatives à la force majeure, elles peuvent être considérées comme permettant l'exonération des conséquences d'une inexécution, de façon permanente mais aussi temporaire. Puisque la frontière entre ces deux concepts n'est pas toujours claire, le même événement peut être considéré tantôt comme un cas de « *hardship* » ou tantôt comme un cas de force majeure. Il appartient donc au tribunal de décider si l'événement constitue une cause de « *hardship* » ou de force majeure.

Les clauses relatives à la force majeure peuvent être formulées de façon générale ou prévoir la liste des événements susceptibles d'être considérés comme constituant des événements de force majeure. Parmi les événements figurant dans les clauses relatives à la force majeure se trouvent par exemple, le feu, l'orage, les inondations, les tremblements de terre, les cas fortuits, les explosions, les accidents, les actes d'ennemis publics ou les guerres, les insurrections, les sabotages, les épidémies, les embargos, les retards de transport, les coupures d'électricité ou le manque de carburant, les conflits du travail, les grèves, la non-exécution par les sous-traitants, les actes des autorités administratives nationales, municipales ou autres, les actions judiciaires. Une formulation plus générale peut être adoptée ; il peut ainsi être prévu que constitue un cas de force majeure : tout événement imprévu échappant au contrôle de la partie qui n'exécute pas son obligation ; ou le cas où l'inexécution est due à une cause ou un événement échappant au contrôle raisonnable de la partie qui n'exécute pas ; ou le cas où l'inexécution résulte d'une cause ou d'un événement que la partie qui n'exécute pas ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Souvent, les deux approches vont être combinées, la clause comprenant une formulation générale, suivie par une liste d'exemples.

Lorsque les événements constitutifs de cas de force majeure sont limités dans le temps, l'obligation d'exécuter est alors, en principe, suspendue seulement pour la durée de l'événement.

Il existe aussi des clauses relatives à la force majeure qui prévoient que seul le franchiseur peut décider de leur mise en œuvre, à moins que l'événement ne rende l'exécution impossible pour une période de temps longue et continue.

D'autres conditions peuvent aussi être spécifiées pour que la clause s'applique, comme par exemple, la nécessité que l'événement n'ait pas été causé, ou que ses conséquences n'aient pas été augmentées, du fait de la partie qui n'exécute pas son obligation.

Le champ d'application de ces clauses dans le cadre des contrats de franchise principale doit être examiné, notamment lorsque les parties

considèrent le « *hardship* » comme une excuse à l'inexécution du plan de développement.

E. CLAUSES RELATIVES À LA NATURE DU CONTRAT

La nature du contrat de franchise représente souvent un point de discorde. Cela tient au fait qu'un nombre considérable de contrats de différents types sont compris sous le vocable « franchise », et qu'il n'existe pas de définition unique et généralement reconnue, pouvant être appliquée. Par ailleurs, dans la plupart des pays, les contrats de franchise ne sont pas l'objet d'une réglementation spécifique et dans certains États les juridictions appliquent donc des lois régissant d'autres types de contrat. Pour ce faire, ils examineront la relation contractuelle afin de déterminer avec quel type d'instrument juridique le contrat a le plus de points communs : un contrat d'agence, par exemple, un contrat de licence, ou un contrat de vente à exécution successive, voire même un contrat de travail, et la loi applicable à ce type de contrat sera alors appliquée.

Pour éviter que le contrat soit assimilé à un type de contrat dont il diffère, le contrat peut indiquer spécifiquement qu'il ne doit pas être confondu avec un contrat d'agence ou un contrat de société de personnes, une joint-venture ou un contrat de travail, ou encore qu'il ne crée pas de fiducie entre les parties. Dans la plupart des cas, il sera énoncé expressément que les parties au contrat sont des contractants indépendants. Pour souligner ce point, il peut également être précisé que le franchiseur n'a aucun contrôle sur les contrats de travail des employés du franchisé principal, même si en réalité, cela n'est pas toujours le cas⁵.

Par ailleurs, le contrat peut énoncer qu'en aucun cas le franchisé principal n'est autorisé à conclure des contrats, des accords, à consentir des garanties pour le compte et au nom du franchiseur, ni à le représenter, et que le franchisé principal ne peut créer aucune obligation à la charge du franchiseur. Dans cette optique, il est souvent stipulé que le franchisé principal doit s'assurer que ses franchisés indiqueront clairement que les unités franchisées sont exploitées par eux de façon indépendante.

Le fait de faire figurer dans le contrat que ce dernier n'est pas un contrat d'agence ou de travail ne conduit pas nécessairement au résultat recherché puisque certains tribunaux ne se contentent pas d'une telle formule, et ne qualifient le contrat qu'après en avoir examiné le contenu. Si la qualification donnée par les parties est incorrecte, les parties peuvent se voir appliquer la loi applicable au type de contrat que le tribunal estime le plus proche de la réelle nature du contrat concerné.

⁵ Voir annexe 3, section A.XIII. « Droit du travail ».

F. CUMUL DES DROITS ET OBLIGATIONS

Dans les contrats de franchise principale, une clause peut indiquer que les droits et obligations du franchiseur sont cumulatifs et que l'exécution de l'un de ces droits, ou de l'une de ces obligations, ne saurait écarter l'exécution d'un autre droit ou d'une autre obligation. Une clause identique relative aux droits et obligations du franchisé principal peut également figurer dans le contrat.

G. CLAUSES RELATIVES AUX NOTIFICATIONS

Parmi les clauses importantes du contrat de franchise principale se trouvent les clauses relatives aux notifications. Celles-ci définiront ce qui constitue une notification valable et ce qui constitue une acceptation valable (par exemple, l'exigence que toute communication de ce type soit faite par écrit), la façon dont la notification doit être faite et les délais qui lui sont applicables.

H. DE DÉDOMMAGEMENTS

Le type de dommages et intérêts pouvant être accordés varie selon les systèmes juridiques. Dans certains systèmes, les clauses pénales ne sont pas autorisées (par exemple, dans les pays de *common law* lesquels admettent, en revanche, ce que l'on appelle les « *liquidated damages* », ou dommages et intérêts libératoires), alors que dans d'autres, elles le sont, même si elles font l'objet d'un contrôle par le juge (c'est le cas, par exemple, en Allemagne). Souvent, le montant de l'indemnisation dépend du type de dommages et intérêts admis. Dans la mesure où ces concepts diffèrent d'un pays à un autre⁶, les contrats de franchise principale doivent définir exactement quels dommages pourront donner lieu à indemnisation (par exemple, uniquement pour dommages réels et certains).

I. LE PRÉAMBULE DU CONTRAT

Le préambule du contrat peut aussi revêtir une certaine importance, bien que celle-ci dépende dans une large mesure de la technique de rédaction adoptée. C'est ainsi que dans les pays de *common law*, le préambule sera vraisemblablement plus important que dans les pays de droit civil.

⁶ Les différents concepts comprennent : les indemnités pour pertes de bénéfices à venir, pour pertes d'opportunités, pour pertes de profit, pour pertes subies, « *negatives Vertragsinteresse* », « *positives Vertragsinteresse* », etc.

La tradition de *common law* veut que le préambule permette l'identification des parties et des termes du contrat. Dans certains cas, il est utilisé pour définir l'objet du contrat ou les raisons à son exécution.

L'importance que revêt le préambule dans les contrats internationaux de franchise principale résulte de la nécessité qu'il y a à clarifier certains concepts, droits et obligations, compte tenu des inégalités pouvant exister entre les parties au contrat, en termes d'expérience et de compréhension. Ainsi, par exemple, la définition du système franchisé et de ses éléments constitutifs comme les obligations principales du franchisé principal peuvent figurer dans le préambule.

Par ailleurs, en cas de litige, le préambule peut servir de ligne directrice à l'interprétation du contrat si celui-ci doit être exécuté dans un pays où le franchisage n'est pas une forme de commerce très connue, ou si les tribunaux et/ou arbitres ne sont pas familiers avec le franchisage.

Dans certains systèmes juridiques, la loi peut demander aux tribunaux de se reporter à l'objet du contrat qu'ils ont à interpréter, et le préambule permettra de définir précisément cet objet. Dans certains pays de droit civil, le préambule peut en outre se référer aux dispositions applicables des législations civiles et commerciales, codifiées le cas échéant.

J. OBLIGATIONS IMPLICITES

Un certain nombre d'obligations peuvent ne pas être expressément stipulées, mais être sous-entendues par le contrat ou par la loi. L'étendue des obligations implicites varie selon le système juridique. En général, les systèmes de droit civil tendent plus à accepter l'idée d'obligations implicites que les systèmes de *common law*. Cela est également fonction de la technique de rédaction choisie. Dans les pays de droit civil, les dispositions supplétives des codes seront considérées comme faisant partie du rapport contractuel à moins que les parties n'en décident expressément autrement (les dispositions impératives seront toujours évidemment applicables). Il est aussi possible que certaines obligations découlent du contrat lui-même, à travers une interprétation de ses termes. C'est le cas notamment lorsque le contrat se tait sur certains points spécifiques, laissant aux tribunaux le devoir d'interpréter le contrat pour connaître la volonté des parties.

D'autres principes généraux sont considérés comme s'appliquant, même s'ils ne sont expressément mentionnés dans le contrat. Tel est le cas, par exemple, du principe de bonne foi. Dans les pays de droit civil, le principe de la bonne foi imprègne tout le système juridique, et l'on attend des parties qu'elles traitent de bonne foi, non seulement après la conclusion du contrat, mais également dans la phase précontractuelle. Ce

n'est traditionnellement pas le cas dans des pays de *common law*, bien qu'un léger mouvement en faveur de la reconnaissance du besoin d'appliquer le principe de bonne foi, également au stade pré-contractuel, commence à voir le jour, notamment en Australie. Aux États-Unis, l'exigence de la bonne foi est de plus en plus admise, ainsi que le montrent les lois relatives à la franchise récemment adoptées et les propositions de loi présentées au Congrès⁷. Notons cependant que le devoir de bonne foi a souvent été considéré par les tribunaux comme ne pouvant pas prévaloir sur les termes exprès du contrat.

⁷ Voir, par exemple, section 5(a) de la proposition de *Federal Fair Franchise Practises Act*, H.R. 1717, présentée le 25 mai 1995 au Congrès des États-Unis.

CHAPITRE 19

DOCUMENTS ANNEXES

A. ACCORDS RÉGISSANT LES RELATIONS ANNEXES

Un franchiseur entretient souvent avec le franchisé principal ou le franchisé des relations qui ne sont pas à proprement parler inhérentes à la relation de franchise elle-même. Hormis leur relation de franchiseur/franchisé principal ou franchisé, les parties peuvent également être, par exemple :

- ◆ vendeur et acheteur ;
- ◆ prêteur et emprunteur ;
- ◆ propriétaire et locataire ; ou
- ◆ représenté et représentant.

Pratiquement toutes les relations commerciales traditionnelles peuvent exister parallèlement à la relation de franchise. Ces autres relations contractuelles, comme la franchise elle-même, engendrent inévitablement des droits et des obligations, des charges et des profits. Les parties considéreront donc nécessaire ou désirable de prévoir, par écrit, leurs obligations respectives.

Lorsque ces autres obligations sont de celles qui viennent d'être citées, il n'y aura pas de difficultés majeures : des contrats de prêt ou de location restent des contrats courants. Dans la mesure où les pratiques peuvent varier selon la nature de l'activité, ces documents seront généralement distincts du contrat de franchise, même si un certain lien entre eux peut exister par le biais de clauses de résiliation mutuelle ou d'autres techniques.

Il y a cependant beaucoup d'autres obligations qu'une partie peut souhaiter imposer à une autre et qui sont, dans une large mesure, partie intégrante de la relation de franchise, mais qui, pour une raison ou une autre, figurent dans des documents distincts plutôt que dans le contrat principal conclu entre le franchiseur et le franchisé principal ou le franchisé. On désigne généralement ces contrats distincts comme les « documents annexes ».

B. DESCRIPTION DES DOCUMENTS ANNEXES

Le terme « documents annexes » désigne les accords préliminaires, les accords ou contrats annexes et les *addenda* aux côtés du contrat de franchise qui servent à la formation et de la gestion de la relation de franchise principale. Pour diverses raisons ces documents annexes sont habituellement des contrats distincts. Certains documents annexes précèdent logiquement le contrat de franchise principale comme par exemple, les joint-ventures. D'autres, en revanche, suivent la conclusion du contrat de franchise principale tels que les contrats de transfert. Un certain nombre concerne des parties autres que le franchisé principal. Par exemple, des accords de confidentialité lient, en général, les représentants du franchisé principal, lorsque le franchisé principal est une société, ou les employés du franchisé principal et le franchiseur. Certains documents annexes sont utilisés seulement dans certains cas, comme les contrats de financement ou les lettres de crédit. Le contenu de certains documents annexes n'est pas connu au moment de la conclusion du contrat de franchise principale ; c'est le cas notamment des accords transactionnels de fin de contrat. Les documents annexes peuvent également être des documents dont l'objet est simplement de souligner ou de renforcer les termes du contrat de franchise principale.

Dans certains cas, le franchiseur utilise des documents annexes de façon routinière pour pratiquement toutes les transactions relatives à la franchise principale ; leurs termes pourraient alors être compris dans le contrat de franchise principale. C'est le cas par exemple des contrats d'approvisionnement de certains systèmes franchisés. Toutefois, on observe une tendance à ce que certains documents annexes restent distincts.

Nombre de documents annexes, dans la mesure où ils sont identiques ou similaires à ceux utilisés entre un franchiseur et un franchisé principal, peuvent être utilisés aussi entre le franchisé principal et un sous-franchisé. C'est le cas, par exemple, des conventions relatives à la confidentialité et à la non-concurrence. Le franchiseur peut, de fait, imposer au franchisé principal d'utiliser ces documents avec ses sous-franchisés. Lorsque les documents annexes utilisés par le franchisé principal sont substantiellement identiques à ceux utilisés par le franchiseur, il peut cependant y avoir des différences liées au fait que le franchisé principal et les sous-franchisés seront le plus souvent situés dans le même pays, alors que le franchiseur et le franchisé principal seront situés dans des pays différents. Cela peut avoir une certaine influence notamment quant à la loi applicable aux documents annexes et à la juridiction territorialement compétente pour résoudre les litiges survenant lors de l'exécution de ces documents. Le franchiseur peut, par ailleurs, souhaiter faire figurer une clause lui permettant de mettre en

œuvre directement le contenu des contrats annexes à l'encontre du sous-franchisé ou de ses représentants, dirigeants ou employés. Dans la plupart des cas, ces problèmes seront traités dans le contrat principal et non dans des documents annexes.

Il convient ici de mentionner les manuels de la franchise. Même si les manuels ne sont pas, et ne doivent pas être considérés comme des contrats, une obligation de se soumettre à ces manuels figure habituellement dans les contrats de franchise¹.

C. OBJET DES DOCUMENTS ANNEXES

Les franchiseurs utilisent des documents annexes pour diverses raisons. Tout d'abord, le fait de faire figurer dans des documents annexes des clauses issues d'une négociation particulière, des transactions uniques ou des questions ne revêtant pas un caractère primordial pour l'accord de franchise principale, permet aux franchiseurs de conserver un contrat de franchise principale de base uniforme, contenant toutes les clauses applicables indifféremment à chaque franchisé principal. Cette uniformité est importante pour les franchiseurs, les franchisés principaux et les sous-franchisés puisque la valeur de la franchise reposera vraisemblablement sur la reconnaissance de la marque et l'uniformité sur le plan de la qualité du produit ou du service offert.

Par ailleurs, les documents annexes permettent à des personnes de souscrire à des engagements par lesquels elles ne sont pas liées dans le contrat de franchise principale. Les conventions relatives à la confidentialité et à la non-concurrence, et parfois certaines empêchant ou limitant les prises de participation dans le capital du franchisé principal, figurent généralement dans des documents annexes qui seront signés par des individus n'ayant pas signé le contrat de franchise principal tels des actionnaires ou associés et des employés du franchisé principal. Mettre en œuvre de tels engagements à l'encontre de ces personnes risquerait d'être difficile, voire impossible s'ils ne signaient pas des engagements distincts.

En outre, les franchiseurs utilisent les documents annexes pour permettre des adaptations de la relation contractuelle, par exemple, dans le cas où le franchisé principal céderait son fonds de commerce ou introduirait de nouveaux investisseurs. Des changements de cette nature ne nécessiteront pas, en principe, la conclusion d'un nouveau contrat de franchise principale, la renégociation du contrat étant d'ailleurs souvent indésirable. Les modifications dans la relation de franchise peuvent donc faire l'objet de documents annexes, sans venir déranger les obligations auxquelles les parties se sont engagées.

¹ Voir chapitre 5, section C « Manuels ».

Enfin, les franchiseurs utilisent des documents annexes pour être en conformité avec les lois d'un pays. Certains pays, par exemple, exigent pour l'exploitation d'une marque, l'enregistrement d'un « contrat d'usager inscrit » ou d'un contrat de licence de marques distinct.

D. EXEMPLES DE DOCUMENTS ANNEXES

Les exemples de documents annexes suivants sont regroupés comme suit : le premier groupe comprend les documents annexes qui accompagnent souvent les contrats de franchise principale ; le deuxième groupe comprend les contrats dont l'usage dépendra de la nature de l'activité de la franchise ; le troisième groupe comprend les documents annexes dont l'usage dépendra de la structure de la transaction ; le quatrième groupe comprend les documents pouvant être requis par une réglementation locale.

I. DOCUMENTS ANNEXES ACCOMPAGNANT HABITUELLEMENT LES CONTRATS DE FRANCHISE PRINCIPALE

a) Accords de confidentialité

Les accords de confidentialité sont utilisés de façon presque universelle en matière de franchisage international. Leur objet est de rendre des personnes n'ayant pas signé le contrat de franchise principale ou de sous-franchise, (par exemple, les actionnaires, les représentants et/ou employés du franchisé principal et des sous-franchisés) parties aux clauses de confidentialité figurant dans le contrat de franchise principale ou le contrat de sous-franchise. Ces clauses sont fondamentales pour la protection du savoir-faire et des secrets d'affaires du franchiseur.

Les accords de confidentialité sont aussi utilisés avant même que ne débute la relation de franchise principale. Dans ce cas, l'idée est de protéger chacune des parties, notamment le franchiseur, contre la divulgation par l'autre des informations confidentielles échangées durant les pourparlers et la négociation du contrat de franchise principale. Si les négociations n'aboutissent pas à la conclusion d'un contrat de franchise principale, les parties seront légalement liées par un engagement de ne pas divulguer les informations confidentielles obtenues sur l'autre partie ou sur l'activité commerciale de l'autre partie.

En général, les accords de confidentialité comportent des dispositions renvoyant aux clauses de confidentialité figurant dans le contrat de franchise principale ou dans le contrat de sous-franchise². Ils contiennent

² Voir chapitre 11, section H.I. et II. relatives respectivement aux clauses de confidentialité en cours de contrat et post-contractuelles.

généralement l'engagement des parties à l'accord de confidentialité de ne pas divulguer, propager ou utiliser à mauvais escient les informations confidentielles obtenues par le biais de l'exploitation par le franchisé principal ou les sous-franchisés du système franchisé. Un accord de confidentialité peut également prévoir les sanctions encourues par la partie qui violerait cet accord, comme une injonction ou un dédommagement. Les dommages-intérêts libératoires sont souvent la seule sanction possible dans le cas de la violation de la confidentialité, soit parce que l'injonction ou des formes similaires de sanction n'existent pas dans le pays où l'atteinte à la confidentialité a lieu, soit parce que l'information confidentielle, une fois divulguée, ne peut pas être récupérée.

b) Conventions de non-concurrence

Comme pour les accords de confidentialité, les conventions de non-concurrence sont des documents distincts utilisés pour rendre applicable à des personnes non signataires du contrat de franchise principale ou de sous-franchise (par exemple, les actionnaires, représentants et/ou employés) les clauses de non-concurrence figurant dans le contrat de franchise principale ou dans le contrat de sous-franchise. Les clauses de non-concurrence sont importantes pour les franchiseurs puisqu'elles leur permettent de protéger le caractère unique de leur système et la réputation de leur réseau sur le territoire d'un actuel ou ancien franchisé principal ou franchisé.

Dans le cas des pays membres de l'Union européenne, les conventions de non-concurrence seront soumises aux lois sur la concurrence soit de l'Union européenne soit des États de l'Union. Ces lois peuvent rendre difficile l'exécution de ces conventions. Ainsi, les conventions liant les employés du franchisé principal ou sous-franchisés seront difficilement mises en œuvre lorsqu'elles s'opposent à ce qu'ils puissent exercer une activité professionnelle une fois leur contrat expiré. C'est pourquoi dans certains pays, les stipulations relatives à la non-concurrence post-contractuelle pourront prévoir une compensation financière obligatoire dont le montant sera fonction de la durée de la clause de non-concurrence.

Les conventions de non-concurrence reprendront, en général, les termes des clauses équivalentes figurant dans le contrat de franchise principale³, c'est-à-dire, par exemple, l'engagement de ne pas détenir de capital ou de ne pas être impliqué dans des activités commerciales similaires à celles du franchisé principal, tant pendant la durée de leur association avec le franchisé principal que pendant une période de

³ Voir chapitre 11, section H.I. b) « Clause de non-concurrence » et II. b) « Clauses de non-concurrence post-contractuelles ».

temps limitée après que leur association ait pris fin. Cette période post-contractuelle au cours de laquelle la convention de non-concurrence s'applique, par exemple, la période succédant à la démission d'un employé ou au transfert de ses droits de la part du franchisé principal peut varier, mais dure en général un ou deux ans. Certaines réglementations peuvent prévoir des limitations relatives à la durée, comme à l'étendue territoriale, de la clause de non-concurrence.

Les conventions de non-concurrence peuvent aussi prévoir les sanctions de leur violation. La sanction peut être une « injonction » ou, dans les pays où la procédure d'injonction ou d'exécution forcée n'est pas possible, des dommages-intérêts libératoires. Si la convention de non-concurrence lie le franchisé principal et ses sous-franchisés, actionnaires ou employés, le franchiseur peut insister pour disposer du droit d'obtenir lui-même directement l'exécution de la convention si le franchisé principal s'abstient de le faire.

c) Cautions et indemnisations

Le cautionnement et l'indemnisation ont pour objet de protéger le franchiseur des pertes résultant de l'inexécution par le franchisé principal des dispositions du contrat de franchise principale. Les cautionnements sont habituellement utilisés lorsque le franchisé principal est une société ou une autre entité. En général, les actionnaires du franchisé principal doivent prendre cet engagement, lequel ouvre au franchiseur un recours contre les actionnaires du franchisé principal si celui-ci ne remplit pas ses obligations à son égard. En premier lieu, le franchiseur cherche à sécuriser les paiements des sommes qui lui sont dues, mais cette sûreté peut s'étendre à l'exécution par le franchisé principal de ses obligations non pécuniaires. Il est également possible et probablement plus réaliste dans la mesure où les actionnaires ne seront habituellement pas en mesure d'exécuter des obligations non financières de prévoir, pour les obligations non financières, une indemnisation. L'indemnisation oblige les actionnaires à compenser le franchiseur des pertes qu'il subirait du fait de l'inexécution par le franchisé principal de ses obligations, ou en raison de l'exploitation par le franchisé principal de son activité. Par exemple, si le franchisé principal ne forme pas ses sous-franchisés, forçant ainsi le franchiseur à assurer lui-même la formation des sous-franchisés, ou si un client poursuit le franchiseur pour obtenir des dommages et intérêts en réparation du préjudice subi dans le cadre d'une unité franchisée et que la responsabilité du franchiseur est reconnue sur le fondement de la responsabilité du fait d'autrui, le

franchiseur peut récupérer les frais et coûts que cela a représenté pour lui auprès des actionnaires ayant souscrit l'engagement d'indemnisation⁴.

En règle générale, le cautionnement prévoit que les cautions ont une responsabilité solidaire et qu'ils renoncent au droit de requérir du franchiseur qu'il agisse d'abord à l'encontre du franchisé principal pour obtenir le paiement ou qu'il épuise tous les recours disponibles. Il peut aussi être prévu que les obligations du caution durent au-delà du terme du contrat de franchise principale, ou resteront valables même si le caution cesse d'être un actionnaire du franchisé principal. En général toutefois, le caution n'est responsable que pour la durée du contrat ou que tant qu'il est actionnaire. Le cautionnement peut, mais cela est plus rare, prévoir une limite de la responsabilité pécuniaire de chacune des cautions. Si une clause d'indemnisation est prévue, elle peut spécifier que les cautions devront se préoccuper de fournir au franchiseur un conseil pour exercer sa défense contre toute réclamation, comme de rembourser eux-mêmes au franchiseur les pertes subies. Enfin le cautionnement peut prévoir certaines stipulations relatives aux dispositions applicables en matière de renonciation à certains droits prévus par la loi ou d'authentification par un notaire. Il est souhaitable pour le franchiseur de se faire assister par un conseil dans le pays du franchisé principal afin de rédiger au mieux les termes du contrat de cautionnement et d'indemnisation.

d) Accords de transfert

Le contrat de franchise principale contient généralement de strictes limites à la possibilité pour le franchisé principal de transférer ses droits. Une interdiction complète de transfert n'est pas *a priori* acceptable en matière commerciale. Le compromis traditionnel est de prévoir que le franchisé principal pourra transférer ses droits et obligations tels que résultant du contrat, mais uniquement avec l'accord du franchiseur ; les conditions dans lesquelles cet accord peut être donné sont habituellement précisées de façon détaillée dans le contrat de franchise principale⁵.

e) Arrangements relatifs à la fin du contrat

Les arrangements relatifs à la fin du contrat décrivent les conditions dans lesquelles il peut être mis fin à un contrat de franchise principale par consentement mutuel des parties. Leur but est de prévoir un cadre à une séparation amiable, dans le cas où le franchiseur et le franchisé principal considèrent que bien que le contrat ne soit pas arrivé à son

⁴ Voir chapitre 14, section A « Responsabilité du fait d'autrui ».

⁵ Voir chapitre 13, section D.II. « Conditions au transfert ».

terme, leur relation ne peut continuer. L'arrangement relatif à la fin du contrat doit notamment régler le sort des sous-franchisés⁶.

f) Renonciation à certains recours et actions

La renonciation à certains recours et actions est un accord par lequel une partie renonce à toutes les actions dont elle dispose à l'encontre de l'autre partie. L'objectif de tels accords est essentiellement de permettre au franchiseur et au franchisé principal, à certaines étapes-clés de la relation, de prendre un nouveau départ, en donnant à la partie bénéficiant de la renonciation l'assurance que des incidents oubliés depuis longtemps ne vont pas subitement donner lieu à l'engagement d'une action en justice par l'autre partie. Cette renonciation est le plus souvent utilisée au moment du renouvellement ou du transfert du contrat de franchise principale, même si elle peut être utilisée au moment de l'expiration ou de la résiliation du contrat⁷.

La renonciation peut être à sens unique ; c'est en général le franchisé principal qui renonce à exercer tel ou tel recours à l'encontre du franchiseur ; elle peut également être réciproque. Cette renonciation peut ne s'appliquer qu'à certain recours particuliers ou être générale, avec ou sans réserve concernant des réclamations particulières. La renonciation indique souvent que la partie qui renonce aux actions, a pouvoir et capacité pour ce faire, qu'elle est consciente que cela l'empêchera d'intenter toute action postérieure relative à des événements survenus jusqu'à la date de la renonciation, et contient aussi d'autres dispositions permettant de faciliter la mise en œuvre de cette renonciation, tel le choix de la loi applicable et de la juridiction territorialement compétente. Il est important de relever que dans certains pays, ces clauses peuvent être contraires à l'ordre public et pourraient être considérées invalides.

II. DOCUMENTS ANNEXES ET ACTIVITÉ FRANCHISÉE

a) Contrats d'approvisionnement

Lorsque la franchise a pour objet, ou prévoit, la distribution ou l'utilisation de certains produits, avec ou sans marques particulières, un contrat d'approvisionnement peut préciser les conditions de ventes des produits par le franchiseur au franchisé principal⁸. Bien que les contrats relatifs à l'approvisionnement fassent parfois partie du contrat même de

⁶ Voir également chapitre 16 « La fin des relations contractuelles et ses conséquences ».

⁷ Voir, relativement au transfert, le chapitre 13, section D. II. *cit.*

⁸ Voir chapitre 9, section E « Clauses ».

franchise principale, l'existence d'un contrat distinct offre une flexibilité plus grande, permettant de modifier les conditions de vente au cours du contrat. Dans la mesure où les contrats d'approvisionnement peuvent imposer des restrictions au commerce, ils devront toujours être examinés à la lumière des lois relatives à la concurrence ou au transfert de technologies applicables dans le pays où ils seront exécutés.

Les parties peuvent décider que certaines lois, conventions ou principes juridiques comme la *Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises* s'appliqueront.

b) Contrat relatifs à l'achat ou à la location d'équipements spécifiques

Si le système franchisé nécessite l'utilisation d'équipements particuliers, le franchiseur peut recommander certains fournisseurs agréés, donner certaines spécifications quant à ces équipements ou encore, les vendre ou louer lui-même au franchisé principal⁹. Ce dernier type d'accord se rencontre plus généralement lorsqu'il n'existe pas sur le marché d'équipements similaires à ceux utilisés. Les conditions relatives à l'achat ou à la location d'équipements spécifiques peuvent figurer dans le contrat de franchise principale ou dans un contrat distinct qui permettra également une plus grande flexibilité. Comme cela est le cas avec les contrats d'approvisionnement, les contrats relatifs à l'achat et à la location d'équipements spécifiques doivent être examinés à la lumière des règles de concurrence.

En dehors des clauses de résiliation mutuelle ou d'autres clauses renvoyant spécifiquement au contrat de franchise principale, les clauses des contrats d'achat et de location d'équipements spécifiques sont en fait similaires à celles figurant en générale dans ce type de contrat. Ces contrats prévoient notamment les conditions de paiement, et, lorsqu'il s'agit de contrats de vente, du transfert de propriété.

c) Contrats de licence de logiciels

Les logiciels tendent à devenir un élément central des systèmes de franchise. Un contrat relatif à une licence d'exploitation de ces logiciels définit les conditions auxquelles un franchisé principal pourra exploiter et sous-licencier l'exploitation du logiciel développé pour le système franchisé. Si le franchiseur est propriétaire du logiciel, ou s'il jouit d'un droit exclusif d'exploitation, le contrat de licence d'exploitation du logiciel est conclu entre le franchiseur et le franchisé principal. Autrement, le contrat de licence d'exploitation du logiciel peut être conclu entre le franchisé principal et le créateur ou vendeur du logiciel.

⁹ Voir chapitre 9, section C « La relation franchiseur/franchisé principal ».

Traditionnellement, un contrat de licence d'exploitation d'un logiciel définit le champ d'utilisation de ce logiciel. Cette autorisation peut par exemple être faite pour l'utilisation du logiciel seulement sur certains équipements ou dans un certain lieu. Elle spécifie :

- ◆ le droit (le cas échéant) de sous-licencier l'exploitation du logiciel à des tiers (dans le cas de la franchise principale, aux sous-franchisés) ;
- ◆ les obligations du franchiseur ou vendeur de mettre à jour le logiciel et de fournir l'aide nécessaire à son utilisation ;
- ◆ les garanties et/ou exonérations de responsabilité quant aux résultats des logiciels ;
- ◆ une limitation de responsabilité dans le cas où le logiciel ne donnerait pas les résultats escomptés ;
- ◆ les obligations du franchiseur ou vendeur (le cas échéant) si le logiciel porte atteinte aux droits de propriété intellectuelle de tiers ; et
- ◆ les causes possibles de sa résiliation, lesquelles comprendront habituellement la résiliation du contrat de franchise principale, et les procédures de règlements des litiges.

A la fin de l'accord de licence, l'utilisateur du logiciel doit en général retirer ce logiciel de son ordinateur, ne pas en conserver de copies et retourner les manuels d'exploitation, et autre documentation similaire, au franchiseur ou vendeur.

III. DOCUMENTS ANNEXES NÉCESSITÉS PAR LA STRUCTURE DE CERTAINES TRANSACTIONS

a) Lettres d'intention

Dans une lettre d'intention, les parties envisageant de conclure un contrat définitif, établissent leur accord de principes sur les points fondamentaux. Il est similaire à un « accord de principe » et peut être utilisé dans le cadre des négociations du contrat de franchise principale ou d'un contrat de joint-venture. Les lettres d'intention sont le plus souvent utilisées dans le cadre de transactions impliquant des investissements et des immobilisations importantes tels les hôtels. La lettre d'intention permet d'exprimer les dispositions de base du contrat futur. Toute remise en cause des clauses négociées est ainsi réduite au minimum. Une lettre d'intention peut également fournir au franchisé principal potentiel la preuve du futur accord, preuve dont il peut avoir besoin pour obtenir des fonds de la part d'investisseurs ou pour emprunter auprès des banques.

Le contenu de la lettre d'intention dépendra naturellement de la nature du contrat dont il est fait état dans la lettre. Une lettre d'intention va en règle générale :

- ◆ identifier les parties et la nature de leurs transactions ;
- ◆ décrire les renseignements que les parties vont encore devoir rechercher ;
- ◆ obliger les parties à faire le maximum pour arriver à un contrat définitif dans un certain délai ;
- ◆ prévoir la charge des dépenses occasionnées par la négociation et la rédaction du contrat définitif ;
- ◆ interdire la divulgation des informations échangées dans le cadre des pourparlers ; et
- ◆ obliger les parties à coordonner toute annonce publique de leurs transactions.

Surtout, elle précise quelles sont les obligations qui lient ou qui ne lient pas les parties. Si la lettre d'intention a un caractère contraignant, elle expose les conditions applicables à la résolution de tout litige. Si la lettre d'intention renvoie à un contrat de franchise principale, elle contient vraisemblablement aussi certaines stipulations relatives au territoire de la franchise, aux redevances initiales et d'exploitation de la franchise, aux obligations de développement et éventuellement au choix de la loi applicable et de la juridiction territoriale compétente.

b) Contrat de joint-venture

Le franchiseur et un partenaire étranger peuvent décider pour diverses raisons de créer une entité, dont ils seront ensemble propriétaires ; cette entité fait office de franchisé principal (ou le franchisé, même si cela est moins fréquent) dans un ou plusieurs pays¹⁰. Le contrat de joint-venture est, en général, prévu dans un document distinct. Le fait d'être partiellement propriétaire de l'entité exploitant la franchise permet au franchiseur de détenir un contrôle plus important sur l'exploitation de la franchise, et de bénéficier d'une plus grande part des bénéfices par rapport à un contrat de franchise principale ou de franchise par unités. Le cadre juridique d'un pays peut, dans certains cas, ne pas permettre le franchisage direct, le recours à une joint-venture est alors motivé par des raisons pratiques. De même, une joint-venture peut apparaître souhaitable dans des pays où les lois relatives à l'assistance technique étrangère ne sont pas favorables aux relations de licence et/ou de franchise. Dans de tels cas, il peut apparaître préférable pour le

¹⁰ Voir également chapitre 1, section A.III. « Méthodes de franchisage international ».

franchiseur de concéder une licence de sa technologie à une joint-venture.

Les contrats de joint-venture prennent souvent la forme de contrats entre actionnaires ou, si la joint-venture n'est pas une société, d'un agrément analogue entre les propriétaires de cette entité. Le contrat de joint-venture varie notablement en fonction des accords entre les parties.

En général le contrat définira :

- ◆ la forme juridique de la joint-venture et son activité ;
- ◆ les participations au capital et la proportion des contributions de chacune des parties ;
- ◆ la répartition du capital et des revenus entre les parties ;
- ◆ l'autorité de contrôle et décisionnelle (par exemple, le conseil d'administration ou son équivalent dans le pays d'accueil) ;
- ◆ les circonstances dans lesquelles la joint-venture sera dissoute ainsi que les conditions de sa dissolution ; et
- ◆ les procédures relatives à la résolution des litiges.

Dans un marché où le concept de la franchise n'a pas été testé, il peut être prévu une période d'essai pour la franchise.

c) Arrangements relatifs aux modes de paiement

Un contrat de franchise principale va habituellement préciser la façon dont le franchisé principal règle au franchiseur les redevances d'exploitation et autres sommes, par exemple, par transfert sur un compte bancaire dans le pays du franchiseur¹¹. Dans certains cas, le franchiseur préférera d'autres modes de paiement tel, par exemple, l'usage de la lettre de crédit. Une lettre de crédit est, schématiquement, une lettre que l'établissement financier du franchisé principal adresse au franchiseur, attestant que le franchisé principal a déposé des fonds que le franchiseur pourra retirer sur présentation de certains documents. Les lettres de crédit sont souvent utilisées dans le cadre de contrats d'approvisionnement et parfois pour avaliser l'obligation de paiement des redevances d'exploitation.

d) Arrangements financiers

Au niveau international, les franchiseurs prêtent rarement de fonds pour financer l'investissement initial, ou l'activité du franchisé principal. Le franchiseur peut toutefois aider le franchisé principal en reportant la date de paiement des redevances initiales ou des redevances d'exploitation et/ou en lui fournissant des équipements ou des fournitures de base

¹¹ Voir chapitre 4, section D « Calcul du montant des paiements et modes de paiement ».

à crédit, quitte à, éventuellement, constituer un sûreté sur les biens en stock ou les équipement faisant l'objet d'un financement. Dans de tels cas, et dans les rares cas où le franchiseur avancera des fonds en tant que prêteur, les parties concluent des contrats spécifiques relatifs au financement par le franchiseur. Un arrangement de cette sorte peut avoir plusieurs avantages pour le franchisé principal. Le franchiseur applique peut-être un taux d'intérêt plus bas que des établissements financiers ne l'auraient fait, et l'on peut s'attendre à ce que le franchiseur est mieux informé de ce qu'est la franchise et plus intéressé par le succès de l'activité du franchisé principal. En empruntant auprès du franchiseur, le franchisé principal évite aussi le poids de certaines procédures d'obtention et de fourniture de certains documents. En revanche, il existe un inconvénient pour le franchisé principal : la dette est vraisemblablement liée au contrat de franchise principale ce qui n'aurait pas nécessairement été le cas avec un financement d'une source indépendante. Si le franchisé principal n'arrive pas à rembourser sa dette, cela risque de mettre en cause l'ensemble du contrat de franchise principale.

Le contrat relatif au financement peut être très simple et prendre la forme d'un billet à ordre si, par exemple, le franchiseur reporte simplement le paiement des redevances. Le franchiseur peut par ailleurs demander une garantie au franchisé principal afin d'être assuré du paiement de la dette par le franchisé principal, ou demander aux actionnaires ou à des tiers de cautionner le paiement. Dans un tel cas, les accords financiers pourront comprendre un contrat constitutif de sûreté, lequel préserve les droits du franchiseur sur le bien gagé dans le cas où le sous-franchiseur ne respecterait pas les échéances, et des garanties écrites distinctes. Les termes des arrangements financiers ne varient en fait pas véritablement des termes employés en dehors du cadre de la franchise, dans des contrats similaires.

IV. DOCUMENTS ANNEXES ÉVENTUELLEMENT REQUIS LOCALEMENT

a) Contrats de licence de marque

Bien que la licence de marque ne figure généralement pas dans un document distinct, les contraintes réglementaires existant dans certains pays, telles des exigences d'enregistrement¹² ou des considérations fiscales peuvent le rendre utile. Lorsque des contrats de licence de marque distincts sont conclus, le contrat de franchise principale est alors

¹² Voir chapitre 20, section A.II. « Dépôt ou enregistrement dans des registres spécifiques ».

divisé en deux contrats, l'un relatif à la licence de la marque, et l'autre à l'assistance technique. Scinder ainsi le contrat de franchise principale, permet au franchiseur d'enregistrer le contrat de licence de marque auprès des autorités compétentes, tout en conservant le caractère confidentiel de l'accord d'assistance technique conclu entre lui et le franchisé principal.

La scission du contrat de franchise principale en un contrat de licence de marque d'une part, et en un contrat d'assistance technique d'autre part, peut aussi permettre le partage des redevances d'exploitation d'un point de vue fiscal, dans les pays où des taux d'imposition différents sont appliqués aux redevances d'exploitation relatives aux licences de marque et à celles relatives à l'assistance technique.

Le contrat de licence de marque distinct contient les conditions et les clauses relatives à l'exploitation des marques du franchiseur¹³ qui figurent normalement dans le contrat de franchise principale. La licence de marque a la même durée que le contrat d'assistance technique. Le renouvellement du contrat de licence de marque est souvent soumis au renouvellement du contrat d'assistance technique.

b) Contrat d'« usager inscrit »

Les contrats d'« usager inscrit » sont des contrats distincts des contrats de licence de marque et des contrats de franchise principale, qui établissent aux yeux des autorités d'un pays donné¹⁴ que le franchisé principal ou le sous-franchisé bénéficient légitimement du droit d'utiliser et d'exploiter les marques du franchiseur. Les législations de certains pays exigent en effet que des contrats d'« usager inscrit » soient déposés auprès de l'office compétent pour l'enregistrement des marques.

Les contrats d'« usager inscrit » contiennent des clauses semblables à celles que l'on trouve dans les contrats de licence de marque ainsi que des clauses relatives aux formalités spécifiques requises localement. Même si le droit local permet à l'« usager inscrit » de faire valoir ses droits sur la marque à l'égard des tiers dans le pays en cause, le franchiseur interdira généralement contractuellement au franchisé principal d'engager toute action de la sorte sans y avoir été expressément autorisé.

¹³ Voir chapitre 10, section A « Marques ».

¹⁴ Voir chapitre 10, section A.V. « Les « contrats d'usager inscrit » ».

CHAPITRE 20

RESPECT DES RÉGLEMENTATIONS APPLICABLES

L'exploitation de toute entreprise commerciale est soumise à divers conditions, certaines subjectives tels les moyens financiers ou l'expérience suffisante et le savoir-faire de l'entrepreneur, d'autres objectives, tel le respect de certaines dispositions législatives ou réglementaires impératives.

Les dispositions législatives applicables à un contrat international peuvent dans une certaine mesure être différentes de celles applicables à un contrat purement national. Dans le premier cas, il peut y avoir certaines exigences supplémentaires par rapport à un contrat national, comme par exemple, l'obtention d'un agrément préalable des autorités du pays d'accueil envisagé concernant le contrat commercial international de base et l'obtention d'autorisations et permis spécifiques.

Sur le plan interne, la réglementation applicable concerne des exigences spécifiques à l'activité concernée (par exemple, le respect de règlements sanitaires dans le cas de restaurants) et des exigences plus générales s'appliquant à tout commerce, (telle l'inscription dans les registres appropriés). Les autorisations nécessitées peuvent par ailleurs l'être à un niveau national, régional ou municipal selon leur objet. Tout entrepreneur débutant une certaine activité doit s'assurer que tous les permis nécessaires ont été obtenus et que toutes les conditions légales ou réglementaires applicables sont respectées. Cela ressort de la pratique normale du commerce, y compris de la franchise.

A l'échelon international, tout commerçant doit ainsi s'assurer que non seulement les réglementations applicables au niveau national ont bien été respectées, mais également celles qui ne s'appliquent qu'aux activités internationales en cause. Il est recommandé de prendre conseil auprès d'un juriste local spécialisé, notamment parce que la situation varie selon chaque pays. Les enregistrements ou dépôts auxquels il doit être procédé, les permis et licences à obtenir et surtout la personne qui sera chargée de les obtenir dépendent du type de franchise en cause, c'est-à-dire, s'il s'agit d'une franchise directe ou d'une franchise principale, si l'on est en

présence de filiales ou de succursales, voire d'une joint venture, même s'il y a des permis et licence pour lesquels il est évident que la responsabilité de les obtenir est à une ou autre partie.

Les exemples figurant dans le présent chapitre illustrent ce qui peut être requis en général, et non seulement en matière de franchise. Cependant, il convient de relever que cette liste n'est pas exhaustive. Certaines réglementations spécifiques à un certain type d'activités ou à certains pays, telles, par exemple, les formalités relatives à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) applicables dans certains pays, doivent être prises en considération de façon approfondie.

A. EXEMPLES D'AUTORISATIONS ET PERMIS POUVANT ÊTRE DEMANDÉS

I. AGRÉMENT PRÉALABLE

L'établissement ou la constitution d'une filiale, d'une succursale, d'une joint venture ou d'une société holding, par exemple, peut être soumis à l'approbation préalable d'une autorité publique.

Dans certains pays, les lois relatives au transfert de technologies exigent que ces contrats soient ainsi soumis à un agrément préalable. Dans ce cas, le contrat doit être déposé auprès des autorités compétentes qui, après examen, donneront ou refuseront de donner leur agrément. Éventuellement, ces autorités peuvent également demander que certaines modifications soient apportées à l'accord en vue de l'obtention de l'agrément. Une fois l'agrément obtenu, il peut être prévu de procéder à l'enregistrement du contrat.

Les modifications des termes d'un contrat de franchise qui pourraient être requises par les autorités publiques, peuvent être mal perçues de la part du franchiseur, pouvant considérer qu'elles portent préjudice à son système. Pour parer aussi à cette éventualité, certaines clauses prévoient que le franchiseur aura la possibilité de mettre un terme au contrat s'il considère, de bonne foi, que les modifications exigées portent préjudice à ces intérêts. Dans la mesure où la résiliation du contrat ne dépendrait alors pas de fautes ou manquements du franchisé principal, le remboursement des dépenses engagées par le franchisé principal peut être prévu dans le contrat.

II. DÉPÔT OU ENREGISTREMENT DANS DES REGISTRES SPÉCIFIQUES

La procédure de l'agrément préalable d'un contrat commercial peut s'achever par l'enregistrement du contrat. Dans d'autres cas, l'obtention d'un agrément préalable par une autorité publique n'est qu'un premier

pas, suivi de l'enregistrement dans un registre du commerce ou tout autre registre officiel dans lequel le contrat ou l'activité doit être enregistré.

On peut mettre en avant parmi les enregistrements ou dépôts pouvant être requis :

- ◆ l'inscription de l'entreprise ou de la société dans les registres du commerce ; et
- ◆ le dépôt des marques, noms commerciales, symboles, brevets et dessins dans les registres prévus à cet effet¹.

On peut mettre en avant parmi les autorités publiques auprès desquelles le contrat doit être soumis pour approbation préalable et ensuite enregistré :

- ◆ les autorités chargées de contrôler certaines pratiques commerciales ;
- ◆ les autorités en charge du contrôle du respect de la concurrence ; et
- ◆ les autorités chargées des transferts de technologies.

La facilité avec laquelle on obtient une décision administrative varie selon les pays. Il convient de relever que l'obtention d'un agrément préalable ou un d'enregistrement peut être limitée par l'existence dans le pays d'accueil de politiques protectrices des intérêts des entrepreneurs locaux et notamment des artisans. Des politiques protectionnistes de cette nature peuvent profondément affecter la vente de la franchise et limiter le marché potentiel du réseau de franchise étranger.

S'agissant des marques, les franchisés principaux ne sont en général pas chargés de l'enregistrement de la marque puisque le franchiseur souhaite le plus souvent que l'enregistrement de sa marque soit fait en son nom, afin d'éviter que le franchisé principal ou toute autre personne obtienne des droits sur ses marques.

Il convient de relever qu'un nombre croissant de pays ont mis en place une législation spécifique à la franchise². La plupart de ces lois ne prévoient pas une inscription spécifique ; elles exigent en revanche le respect de certaines procédures. Ces lois peuvent être modifiées périodiquement et les parties devront donc s'assurer régulièrement de l'évolution de la législation afin de vérifier que leur activité est toujours exercée en conformité avec celles-ci.

¹ Voir chapitre 10 « Propriété intellectuelle ».

² Voir annexe 3 « Lois et réglementations applicables au franchisage ».

III. PERMIS NÉCESSITÉS PAR LA PRÉSENCE D'ÉLÉMENTS ÉTRANGERS

Dans le cas d'une situation transfrontalière, la situation de certains éléments étrangers doit être examinée, qu'il s'agisse des étrangers eux-mêmes, par exemple, de restrictions au nombre d'étrangers pouvant être membres du conseil d'administration d'une société, ou de tout autre élément comme, par exemple, les autorisations requises en matière d'investissements étrangers ou d'enregistrement d'une marque étrangère. Ce qui est requis doit être examiné avec attention au cas par cas.

IV. EMPLOYÉS ÉTRANGERS DU FRANCHISEUR

La formation et l'assistance que le franchiseur offre à ses franchisés principaux implique souvent la présence physique d'employés du franchiseur au sein de l'unité franchisée ou au sein du siège dans le pays d'accueil. Pour que ces employés puissent séjourner un certain temps dans le pays d'accueil et afin qu'ils puissent y travailler, ils ont souvent besoin de visas, de permis de séjour et de permis de travail délivrés par les autorités du pays concerné. Les contrats de franchise principale prévoient très souvent que l'obtention de ces permis est une obligation incombant au franchisé principal.

V. AGENTS DU FRANCHISEUR

Si le franchiseur agit par l'intermédiaire d'un agent, celui-ci peut avoir, le cas échéant, à s'immatriculer dans le pays concerné. Les autorisations permettant à l'agent d'agir devront aussi être obtenues auprès des autorités compétentes.

VI. LICENCE D'IMPORTATION ET D'EXPORTATION ET AUTRES PERMIS NÉCESSITÉS PAR LES RESTRICTIONS AUX OPÉRATIONS COMMERCIALES INTERNATIONALES

Lorsque la franchise concerne l'exportation ou l'importation de produits de même que l'importation de biens dont l'usage est nécessité par la franchise (matières premières par exemple), des autorisations seront souvent exigées. Il est alors nécessaire de s'assurer que les produits ou biens en cause respectent toutes les réglementations applicables (notamment les autorisations) et toutes les spécifications que la réglementation locale peut exiger telles celles relatives par exemple à l'étiquetage. Dans la plupart des cas, il appartiendra au franchisé principal d'obtenir ces accords et autorisations. La question des quotas et autres restrictions de ce type doit également être prise en compte, notamment en terme de demande d'exemption.

VII. TRANSFERT DES CAPITAUX ET CONTRÔLE DES CHANGES

Le fait de transférer des capitaux sous la forme de redevances d'exploitation et d'autres redevances nécessitera souvent d'obtenir une autorisation par les autorités étatiques. Cela est particulièrement vrai dans les pays où il y a un manque de devise forte qui exigeront généralement que les profits réalisés soient réinvestis localement. Ces autorisations concerneront le contrôle des changes en général, mais également le régime fiscal applicable. Habituellement, c'est au franchisé principal de solliciter les permis nécessaires et de payer toute taxe pouvant résulter de ces autorisations particulières.

VIII. IMPÔTS RETENUS À LA SOURCE

Un point important concernant le transfert de capitaux est celui relatif aux retenues à la source. Il faut savoir que dans certains pays, il est nécessaire d'obtenir l'autorisation d'une banque spécifique relativement au paiement des impôts retenus à la source lorsque des redevances d'exploitation ou autres sont transférées à l'étranger³.

IX. RÉGLEMENTATION DE L'ACTIVITÉ EXERCÉE

Chaque type d'activité nécessite pour son exercice que certains permis spécifiques soient obtenus. Ainsi par exemple, l'industrie alimentaire implique l'autorisation de vendre des aliments ou des boissons alcoolisées. Les réglementations relatives à la santé publique imposeront le respect de critères particuliers, à défaut duquel, toute autorisation pourra être suspendue. Le lieu choisi pour une activité particulière peut aussi nécessiter qu'un permis spécifique soit octroyé en application des plans d'occupation des sols, étant ici précisé que dans un tel cas, le permis sera vraisemblablement requis par les autorités municipales et non nationales.

B. LA CHARGE DE L'OBTENTION DES AUTORISATIONS

Dans le cadre d'un contrat d'une franchise principale au niveau international, le système franchisé sera exploité à l'étranger. C'est donc généralement le franchisé principal local qui doit s'occuper d'obtenir la majorité des autorisations. Dans la plupart des cas, le contrat prévoit simplement l'obligation à la charge du franchisé principal d'obtenir ces permis ou autorisation dès lors que ceux-ci sont nécessaires à l'exploitation de l'activité, comme de régler les dépenses nécessaires à l'obtention de ces autorisations, taxes applicables comprises. Il peut être considéré logique que la partie responsable de l'obtention des autorisations soit la

³ Pour une discussion sur les questions financières en général, voir chapitre 4 « Aspects financiers ».

partie se trouvant sur place, soit le franchisé principal dans le cadre de la franchise principale. Le franchisé principal est en effet présumé connaître quelles sont les autorisations et/ou enregistrements requis et la procédure d'obtention. Ce sera donc dans la plupart des cas au franchisé principal qu'incombera l'obligation d'exercer la diligence requise, d'une part pour savoir quelle est la réglementation applicable à respecter, et d'autre part, pour respecter cette réglementation. Il convient de relever que la violation de ces règles peut parfois conduire à considérer comme nul l'ensemble du contrat.

Dans plusieurs cas, aucune des parties n'est mieux placée que l'autre pour obtenir les autorisations nécessaires ; il appartient donc aux parties de prévoir au cas par cas dans leur contrat laquelle d'entre elles doit obtenir le permis en question et en supporter le coût.

Certaines des autorisations et permis cités ci-dessus⁴, relèvent toutefois de la compétence du franchiseur, tel l'enregistrement des marques, nom commerciale, brevets, dessins et symboles associés à la franchise⁵, et le dépôt en vue d'obtenir un accord sur les produits en cause.

Lorsque le franchiseur implante une filiale ou une succursale dans le pays d'accueil, cette dernière peut devoir être enregistrée dans le registre du commerce local. Si le franchiseur souhaite opérer par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une succursale, il appartient aux représentants locaux du franchiseur d'obtenir tous les permis nécessaires à l'exploitation de l'activité.

Dans le cas d'une joint venture établie entre le franchiseur et un partenaire local, le franchiseur s'en remet naturellement au partenaire local pour une assistance pour l'obtention des permis, et ce bien que la responsabilité en incombe aux deux parties. Le contrat de joint venture traitera en toute probabilité ce problème. En revanche, il est clair qu'il appartient au seul franchiseur d'obtenir les autorisations nécessitées par les investissements qui l'entend faire dans la mesure où les investissements étrangers seraient soumis à certaines conditions.

Parfois il est nécessaire de soumettre le contrat à la condition suspensive de l'obtention de tous les permis nécessaires. De même, la suspension temporaire ou permanente d'une autorisation ou d'un permis dont leur possession est une condition pour l'exploitation de la franchise peut entraîner la résiliation du contrat pour rupture du fait du franchisé

⁴ Voir section A « Exemples d'autorisations et permis pouvant être demandés ».

⁵ Pour un aperçu des problèmes associés à l'existence du système d'utilisateur inscrit et des contrats de franchise principale, voir chapitre 10, section A.V. « Les « contrats d'utilisateur inscrit » ».

principal. Ceci découle de l'obligation placée sur le franchisé principal d'obtenir et maintenir tous les permis et autorisations nécessaires.

Le franchisé principal étant lui-même une entreprise, il a également à se soumettre aux conditions d'enregistrement son activité. Le franchisé principal peut ainsi avoir à être enregistré dans tout registre du commerce existant, sous son nom et non celui du franchiseur. Le cas échéant, il peut être fait mention dans le registre que l'enregistrement se réfère à une franchise de tel ou tel autre franchiseur.

ANNEXE 1

FRANCHISE : NOTIONS PRINCIPALES

Ce qui attire le consommateur n'est pas la structure complexe sur laquelle repose un accord de franchise principal. Lorsqu'il acquiert un produit ou un service, le consommateur contemple l'image que lui donne l'unité franchisée et ignore la forme de franchise utilisée. Dans la plupart des cas, il s'agit là toutefois d'une franchise d'exploitation d'entreprise.

A. LES DIFFÉRENTES FORMES DE FRANCHISE

Comme il est précisé au sein du chapitre 1, on distingue les franchises industrielles, les franchises de distribution et les franchises de service. La franchise industrielle concerne la fabrication de produits et consiste en la combinaison de licences de production, l'utilisation de brevets et/ou savoir-faire technique, avec des licences de marque ; la franchise de distribution concerne la vente de produits et la franchise de service la fourniture de services¹. D'autres descriptions de la franchise distinguent les contrats de franchise de distribution de produits et les franchises d'exploitation d'entreprise (« *business format franchises* »). La franchise de distribution de produits est celle dans laquelle le franchisé vend des produits, fabriqués ou fournis par le franchiseur, sous la marque du franchiseur, en échange du paiement de redevances, et le plus souvent de l'engagement de ne vendre que les produits fabriqués ou fournis par le franchiseur ; la franchise d'exploitation d'entreprise concerne en revanche l'octroi du droit d'utiliser une formule commerciale spécifique². Il convient peut-être de noter que dans différents secteurs commerciaux le terme « franchise » est utilisé de façon générique pour décrire un grand nombre d'accords de licence qui, à strictement parler, ne peuvent être considérés comme étant des franchises.

¹ Règlement CEE n° 4087/88 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise, considérants 3 et 4.

² Voir la description contenue dans l'introduction du CCH, *Business Franchise Guide*, ¶ 100. Sur la franchise d'exploitation d'entreprise, voir section B, *infra*.

B. LA FRANCHISE D'EXPLOITATION D'ENTREPRISE (« BUSINESS FORMAT FRANCHISING »)

La plupart des personnes qui entendent le mot « franchise » penseront en réalité à McDonald's ou Pizza Hut, qui sont des franchises d'exploitation d'entreprise.

I. ÉLÉMENTS DE BASE

La franchise d'exploitation d'entreprise suppose donc :

- ◆ une entreprise (le franchiseur) qui a développé une formule commerciale qui fonctionne et qui décide d'octroyer à une autre entreprise (le franchisé), le droit d'utiliser cette formule ;
- ◆ les deux entreprises sont juridiquement et financièrement des entreprises indépendantes : le franchisé investit ses fonds propres et prend le risque de perdre les fonds investis en cas d'échec commercial ;
- ◆ l'octroi du droit d'utiliser le système de franchise implique le droit du franchisé d'utiliser les biens incorporels du franchiseur, à savoir son savoir-faire, les méthodes techniques et la formule commerciale qui composent son système d'une part, ses marques et autres droits de propriété intellectuelle, d'autre part ;
- ◆ le franchisé, en échange, s'engage à suivre la méthode élaborée par le franchiseur et à payer une contrepartie, en général un droit d'entrée et/ou des redevances d'exploitation, ces dernières correspondant normalement à un pourcentage du chiffre d'affaires ;
- ◆ le franchiseur conserve le droit de superviser la façon dont le franchisé exploite sa formule commerciale ;
- ◆ le franchiseur s'engage généralement à fournir au franchisé une formation requise et une assistance continue.

II. ENGAGEMENTS SUPPLÉMENTAIRES

Cela étant, certains accords entre les parties peuvent figurer dans le contrat ou dans des documents annexes³. Certains de ceux-ci peuvent être controversés et tous ne figurent pas toujours simultanément dans chaque contrat. Ce qui figurera dans le contrat sera déterminé par l'objet de celui-ci. De tels accords ou engagements recouvrent par exemple :

- ◆ l'engagement du franchiseur de ne pas concéder à d'autres le droit d'utiliser sa franchise ou de ne pas exploiter lui-même d'unités

³ Pour un examen plus détaillé des documents annexes, voir chapitre 19.

franchisées sur un territoire donné, accordé au franchisé (clause « d'exclusivité territoriale ») ;

- ◆ l'obligation du franchisé de ne vendre que les produits du franchiseur (« exclusivité des produits ») ;
- ◆ l'obligation du franchisé de ne s'approvisionner qu'auprès du franchiseur ou de fournisseurs sélectionnés et/ou agréés par le franchiseur, aussi bien pour les produits qu'il revend que pour ceux qu'il utilise dans le cadre de la franchise ; et
- ◆ la fourniture par le franchiseur au franchisé d'une liste de prix indicatifs des produits que le franchisé va vendre ou des services qu'il va fournir.

Il convient de noter que la fourniture de listes de prix, même si elles ne sont qu'indicatives, peut parfois se rapprocher, ou être considérée, comme une forme de prix imposé. La clause du contrat devra donc être rédigée en tenant compte du droit de la concurrence du pays concerné.

En outre, le franchiseur peut :

- ◆ louer au franchisé les équipements dont celui-ci aura besoin dans le cadre de son activité de franchisé ;
- ◆ être le propriétaire ou le locataire des locaux dans lesquels le franchisé exploitera son activité, et peut les louer ou les sous-louer au franchisé, créant ainsi une relation bailleur/locataire ;
- ◆ fournir une assistance pour la décoration et l'aménagement de l'unité franchisée afin de s'assurer qu'ils seront identiques à ceux des autres unités du réseau franchisé ;
- ◆ aider le franchisé à trouver des fonds grâce à ses contacts avec les établissements financiers ; et
- ◆ centraliser la comptabilité de l'intégralité du réseau de franchise.

On peut également trouver des clauses prévoyant que :

- ◆ le franchiseur est déchargé de toute responsabilité pour les actes ou manquements du franchisé ; et
- ◆ le franchisé a l'obligation de conclure une police d'assurance au profit du franchiseur.

Souvent, mais pas systématiquement, bien que certains considèrent cela comme un élément fondamental de l'accord, le franchiseur aide le franchisé à choisir l'emplacement de l'unité franchisée. Dans ce cas, le franchiseur fournit des études de marché relatives au lieu où l'unité franchisée sera implantée et estimera les chances de succès de la franchise et les revenus potentiels du franchisé dans cette zone particulière (connu

sous le nom « *earnings claim* »). Que le franchiseur soit désireux ou à même de fournir de telles estimations variera selon les pays ; cela dépend également de l'éventuelle responsabilité que le franchiseur encourt dans le cas où ces estimations s'avèrent inexactes. Naturellement, la possibilité que le franchiseur fournisse ce type d'aide dans une situation internationale est assez limitée, compte tenu des difficultés liées au fait que le franchiseur et le franchisé sont situés dans deux pays différents.

Des clauses peuvent aussi être stipulées par lesquelles le franchiseur se réserve le droit de distribuer les produits objets de la franchise par d'autres canaux de distribution ; en d'autres termes le franchiseur se réserve le droit de vendre les produits qu'il fournit au franchisé, par exemple dans un grand magasin situé dans la même zone que l'unité franchisée, ou dans d'autres magasins qu'il ne possède pas ou qui ne sont pas des unités franchisées, et en conséquence, de concurrencer le franchisé.

Selon le type de franchise, le franchisé prendra l'engagement de :

- ◆ respecter les critères de qualité et/ou les procédures élaborées par le franchiseur ;
- ◆ ne pas dévoiler le savoir-faire transmis par le franchiseur à des tiers (clauses de confidentialité) ; et
- ◆ ne pas s'engager dans une activité concurrente à celle de la franchise (clause de non-concurrence).

L'obligation de non-concurrence sera souvent maintenue après que le contrat de franchise ait pris fin. Le franchisé se verra, dans ce cas, interdire de s'engager dans une activité concurrente à celle de la franchise, principalement dans la zone géographique qui lui était concédée, mais également parfois à une certaine distance des unités du réseau.

Comme les membres du réseau franchisé bénéficient de l'image commune qu'ils présentent aux consommateurs, un contrôle de la qualité des biens ou services offerts est nécessaire, afin de s'assurer que le niveau de qualité du réseau est bien respecté. Le franchiseur, en tant que propriétaire de la marque et de la formule commerciale concernées, a un intérêt légitime à s'assurer que la qualité des prestations des franchisés est maintenue. Les contrats de franchise prévoient donc au profit du franchiseur des pouvoirs étendus lui permettant de contrôler que le franchisé respecte bien les niveaux de qualité imposés et observe les procédures prévues. Le contrat prévoira également un large droit pour le franchiseur de mettre fin au contrat si le franchisé n'en respecte pas les clauses. Les clauses relatives à la cessation du contrat concerneront, en

général, seulement le droit du franchiseur de mettre un terme au contrat si le franchisé ne s'exécute pas conformément au contrat. Bien que de telles clauses figurent dans les contrats de franchise principale, un droit spécifique du franchisé de mettre un terme au contrat, dans le cas où le franchiseur ne respecterait pas ses obligations, est assez rarement stipulé dans les contrats de franchise par unités. Dans de tels cas, le droit commun des contrats s'appliquera.

Les éléments de base du contrat de franchise tels qu'ils viennent d'être décrits, sont généralement présents dans le contrat, que la franchise soit une franchise directe entre le franchiseur et le franchisé, ou qu'il s'agisse d'une franchise dans laquelle le franchiseur agit par l'intermédiaire d'une filiale ou d'une succursale, sur le fondement d'un contrat de franchise principale, ou par le biais d'une joint-venture. Il convient de noter que toutes ces techniques sont utilisées à la fois dans la franchise nationale et internationale⁴.

C. AVANTAGES ET INCONVÉNIENTS DE LA FRANCHISE POUR LES PARTIES

La franchise est souvent définie comme une forme de commerce qui profite à toutes les parties concernées. Cela est globalement vrai ; il n'existe pas toutefois de commerces ne comportant pas d'inconvénients ; la franchise ne fait pas exception à la règle.

I. AVANTAGES POUR LE FRANCHISÉ

On considère souvent que l'un des principaux avantages pour le franchisé réside dans le fait qu'il s'implique dans un commerce exploité sous une marque ou un nom commercial connu. Le franchisé, en d'autres termes, n'a pas à perdre de temps, d'argent ou à fournir d'efforts pour tenter de se faire connaître et apprécier sur le marché ; il ne court aucun risque en ouvrant son commerce, dans la mesure où le franchiseur a déjà couru ce risque. En effet, le franchisé a déjà une clientèle potentielle. Naturellement, ceci est vrai si la marque de la franchise est connue ; en revanche, il existe certaines franchises moins bien connues et le franchisé devra alors dépenser du temps, de l'argent et fournir des efforts pour la faire connaître. Cela est particulièrement vrai dans un contexte international, dans la mesure où, à quelques exceptions près, une franchise, même si elle connaît un certain succès, ne sera pas nécessairement connue dans d'autres pays.

⁴ Voir chapitre 1 « Concepts et éléments fondamentaux ».

Dans la mesure où l'on ne demande pas au franchisé d'investir pour faire connaître une marque totalement nouvelle et la rentabiliser, l'investissement qu'il aura à faire sera, dans la plupart des cas, avantageux, comparé à l'investissement qu'il aurait dû faire pour développer un commerce entièrement nouveau. Les informations statistiques sur les franchises par unités nationales indiquent un taux d'échec substantiellement inférieur à celui des commerces traditionnels. La maturité du système franchisé est un facteur important à prendre en compte ; on entend par maturité le résultat de l'expérience acquise par le franchiseur, tout d'abord en testant le système puis en gérant le réseau. Si un système franchisé n'est pas mûr, le taux d'échec peut alors être bien supérieur à celui des commerces traditionnels.

La formation et l'assistance fournies par le franchiseur revêtissent une importance particulière pour les franchisés qui s'engagent dans un commerce avec lequel ils ne sont pas familiers. Cette formation et cette assistance sont, d'abord et principalement, fournies au début de la relation afin de permettre au franchisé d'exploiter avec efficacité l'activité franchisée. Une formation ultérieure est souvent fournie tout au long du contrat afin de s'assurer que le franchisé est toujours au courant des derniers développements. L'assistance est aussi fournie pendant la durée du contrat pour aider le franchisé à résoudre les problèmes qu'il peut rencontrer dans la conduite de son activité. Les franchiseurs importants peuvent même mettre en place au bénéfice des franchisés du réseau un service disponible vingt-quatre heures sur vingt-quatre.

Une publicité coordonnée est un moyen efficace de diffusion d'une image commune du réseau. La publicité à un niveau national est ainsi souvent dirigée par le franchiseur pour le compte de tout le réseau franchisé, les dépenses étant partagées entre tous les participants. La publicité locale est le plus souvent laissée aux franchisés locaux.

Enfin, pour certaines activités, l'existence d'un réseau permet d'obtenir des tarifs préférentiels pour l'achat en gros.

II. INCONVÉNIENTS POUR LE FRANCHISÉ

La contrepartie des avantages précités est que le franchisé n'est pas véritablement indépendant, dans le sens où il n'est pas toujours en position de décider de la politique commerciale de son entreprise. Toutes les décisions importantes seront prises soit par le franchiseur, soit par celui-ci en accord avec tous les franchisés du réseau. La capacité professionnelle et le sérieux du franchiseur sont donc déterminants pour le franchisé, dans la mesure où il en dépend dans bien des cas.

Par ailleurs, le contrôle exercé par le franchiseur peut apparaître et s'avérer excessif. Cela pèse lourdement sur le franchisé lorsque celui-ci, commençant à bien connaître l'activité, sentira qu'il peut diriger son entreprise sans le franchiseur.

La franchise est accordée pour une période de temps définie, normalement renouvelable. Cependant, il n'y pas de garantie absolue que le contrat sera toujours renouvelé. Le franchisé court ainsi le risque de mettre en place une activité ou une unité franchisé rentable et efficace qui sera *in fine* reprise par le franchiseur à l'expiration du contrat.

Il est très difficile d'estimer quelle sera la rentabilité de l'activité. En conséquence, le franchisé doit accepter que la rentabilité soit, éventuellement dans un premier temps, moindre que ce qu'il espérait. A ceci s'ajoute le fait que les redevances que le franchisé a l'obligation de payer au franchiseur peuvent être considérables et donc réduire, parfois dramatiquement, les revenus du franchisé.

Le fait que seul le franchisé supporte le risque financier de son activité doit être bien compris : en cas d'échec, c'est le franchisé qui perdra l'argent qu'il aura investi.

III. AVANTAGES POUR LE FRANCHISEUR

Pour le franchiseur, le principal avantage est la possibilité d'étendre son activité dans une période de temps relativement courte, sans avoir à procéder à des investissements directs dans de nouvelles exploitations puisque ce sont les franchisés qui procèdent aux investissements en capital. En outre, le franchiseur recevra dans la plupart des cas des redevances de ses franchisés.

En étendant son réseau avec l'aide des franchisés, le franchiseur a la possibilité d'atteindre des marchés plus petits, dans la mesure où il pourra se fier à des franchisés familiers avec les conditions et les intérêts locaux, et qui seront donc plus à même d'exploiter ces marchés.

Le franchiseur n'est en outre pas responsable des actes ou manquements du franchisé puisque les deux demeurent des entreprises indépendantes.

Parmi les autres avantages, on trouve le fait que les franchisés sont des commerçants motivés dotés d'un esprit entreprenant ce qui vraisemblablement créera une croissance des ventes. En général, les franchisés ont aussi de meilleures relations avec leurs employés que les directeurs de filiale ou succursale, ainsi qu'une plus grande capacité à motiver leurs employés, ce qui aura pour conséquence d'accroître la productivité. Un bénéfice indirect de la franchise peut en outre résider dans le fait que les employés peuvent avoir eux-mêmes la possibilité de devenir des franchisés, ce qui peut les inciter à améliorer leurs performances.

IV. INCONVÉNIENTS POUR LE FRANCHISEUR

Si la relation de franchise ne fonctionne pas, le dommage subi par le franchiseur, et par l'intégralité du réseau, peut être considérable. En vérité, en tant que propriétaire de la marque ou du nom commercial, le franchiseur est, en fin de compte, celui qui souffre le plus (par exemple, une réduction des ventes au sein de tout le réseau) si certaines unités franchisées ne respectent pas les niveaux de qualité prévus.

Il est très important pour le franchiseur de pouvoir exercer un contrôle sur les performances des franchisés, précisément pour éviter tout effet néfaste sur la bonne réputation du réseau. Pour le franchiseur, un inconvénient de l'accord de franchise, est qu'il a un degré de contrôle sur les unités franchisées inférieur à celui qu'il aurait eu s'il en avait été propriétaire. La possibilité de voir plusieurs franchisés agir ensemble contre le franchiseur peut aussi représenter un inconvénient pour le franchiseur, même si leur droit de se regrouper en associations de franchisés doit être respecté.

Le risque de voir les franchisés quitter le système et mettre sur pied un commerce concurrent fait aussi partie des inconvénients de la franchise.

En outre, la relation de franchise crée certaines tensions naturelles. Cela inclut une certaine résistance des franchisés pour moderniser leurs locaux et pour acquérir des équipements plus moderne, investissements qu'ils n'estimeront pas forcément nécessaires. La possibilité que des requêtes injustifiées puissent être faites sur ce point par des franchiseurs ne doit pas être négligée ; mais les franchisés doivent être conscients du besoin de procéder à certains changements au fur et à mesure que le marché se développe. Le même raisonnement s'applique aux modifications du système franchisé en cours de contrat.

Enfin, le profit pour le franchiseur sera inférieur à ce qu'il aurait été s'il avait lui-même exploité l'unité franchisée par le biais d'une succursale, dans la mesure où il ne percevra pas le profit de l'entreprise, mais seulement un pourcentage de son chiffre d'affaires.

ANNEXE 2

LA FRANCHISE DANS L'ÉCONOMIE

A. IMPORTANCE ÉCONOMIQUE DE LA FRANCHISE

Les statistiques relatives à la franchise sont souvent difficiles à comparer dans la mesure où le terme « franchise » recouvre différentes sortes d'activités commerciales selon les pays. L'activité de pompiste par exemple, est considérée comme ressortant de la franchise aux États-Unis alors que ce n'est pas le cas en Europe. Les critères adoptés pour les études menées varient également, tout comme les périodes prises en compte par les données existantes. Cela dit, la façon la plus simple d'appréhender l'importance économique du phénomène est sans aucun doute l'examen des données disponibles. Un tableau comportant les informations existantes les plus récentes pour un certain nombre de pays figure donc à la fin de cette annexe. Les chiffres réunis dans ce tableau proviennent de sources différentes. Les données relatives aux pays européens proviennent de l'étude européenne sur la franchise¹ publiée par l'association britannique de la franchise (« *British Franchise Association (BFA)* ») agissant en tant que secrétaire de la *Fédération européenne de la franchise (EFF)*. Cette étude porte sur douze pays européens². Hormis le Japon et la Malaisie, les données relatives aux pays non européens proviennent du tableau 6 de la *Industry and Trade Summary on Franchising* publié par l'*International Trade Commission* des États-Unis³. Qu'il s'agisse de l'étude

¹ EFF *European Franchise Survey* sponsorisée par la NatWest Bank, août 1997. Les chiffres, en écus dans l'étude, ont été convertis en dollars américains dans un souci de comparaison. UNIDROIT souhaite remercier la *British Franchise Association (BFA)* et la EFF pour l'autorisation d'utiliser les chiffres de l'étude.

² Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Espagne, France, Hongrie, Italie, Pays-Bas, Portugal, Royaume Uni et Suède.

³ L'*International Trade Commission (ITC)* des États-Unis, *Industry and Trade Summary on Franchising*, Rapport par le *Office of Industries*, septembre 1995, p. 23. Les sources d'information sont l'*International Franchise Association*, l'Association canadienne de la franchise, l'Association japonaise de la franchise, la Fédération européenne de la franchise, la *British Franchise*

européenne ou de la *Industry and Trade Summary*, les données se réfèrent uniquement à la franchise d'exploitation d'entreprise. Les informations sur le Japon et la Malaisie sont tirées de la publication « *Franchising in Asia-Pacific* » rapport de recherche établi par le Bureau du développement commercial de Singapour en collaboration avec *Arthur Andersen Business Consulting*⁴.

Les chiffres figurant dans le tableau concernent principalement la franchise d'exploitation d'entreprise. L'importance des activités de la franchise devient encore plus évidente lorsque l'on ajoute les chiffres des autres formes de franchise aux chiffres concernant seulement la franchise d'exploitation d'entreprise. C'est ainsi qu'aux États-Unis, le volume total des ventes de produits et services par des unités franchisées était estimé en 1992 à 803,2 milliards de dollars, contre 249 milliards pour les ventes d'unités franchisées dans le cadre d'une franchise d'exploitation d'entreprise. Les 554,2 milliards de dollars restants provenaient de franchises industrielle et de franchise de marque⁵. Outre les 429.217 unités de franchises d'exploitation d'entreprise, il y avait 128.908 unités de franchise industrielle et de distribution en 1992 ; il était estimé que les ventes par le biais de réseaux de franchise représentaient environ 35% des ventes au détail aux États-Unis. On estime que ce chiffre est toujours valable.

Selon l'*Industry and Trade Summary*, le nombre d'établissements franchisés aux États-Unis a augmenté de façon significative ces 25 dernières années. En 1994, environ un établissement commercial sur douze était un établissement franchisé. Entre 1969 et 1992, le nombre d'établissements franchisés a augmenté d'environ 45%, ce qui signifie un taux annuel de croissance de 1,7% (d'autres sources indiquent un taux de croissance annuel de 10%)⁶. En outre, la franchise constitue une valeur décisive dans la balance des paiements du pays. On estime que, les exportations de services franchisés se sont élevées en 1993 à environ 408 milliards de dollars, alors que les importations ont été seulement de 5

Association, l'Association mexicaine de la franchise, *US&FCS Cables* et les estimations des employés de l'ITC américaine.

⁴ Bureau du développement du commerce de Singapour en collaboration avec Arthur Andersen Business Consulting, *Franchising in Asia-Pacific*, 1997.

⁵ International Franchise Association, *Franchise Fact sheet* (avril/mai 1994).

⁶ International Trade Commission (ITC) des États-Unis, *Industry and Trade Summary on Franchising, op. cit.*, p. 4.

milliards de dollars. Il en résulte un excédent commercial de 403 milliards de dollars US⁷.

Les ventes locales par le biais de réseaux franchisés aux États-Unis sont passées de 113 milliards de dollars en 1969 à 803 milliards en 1992. En tenant compte de l'inflation, les ventes ont ainsi augmenté de 86% au cours de la période 1969 - 1992, avec un taux de croissance annuel de 2,7%. Entre 1970 et 1992, les ventes par le biais de la franchise ont ainsi augmenté plus vite que le commerce au détail en son ensemble qui se développait, en tenant compte de l'inflation, à un taux de croissance moyen de 1,7%. Avec la croissance de la franchise, les ventes au détail par le biais de réseaux franchisés ont pris une part de plus en plus importante dans le total des ventes au détail, passant de 28,2% en 1975 à 34% en 1990 sur l'ensemble de la vente du produit au détail⁸.

Au Canada, en 1984, les ventes au détail par le biais d'unités franchisées excédaient 48 milliards de dollars canadiens, soit approximativement 45% de la totalité des ventes au détail locales⁹. Il a été estimé en 1985 que 50% de ces ventes provenait des franchises d'exploitation d'entreprise et de ce qui à l'époque était considéré comme des autres formes non traditionnelles de franchise¹⁰. Entre 1981 et 1984, le franchisage a connu au Canada une augmentation moyenne des ventes annuelles de 15%. Au cours de la même période, l'ensemble des ventes au détail de marchandises canadiennes et le produit intérieur brut connaissaient respectivement une croissance de 8% et 7% seulement¹¹. En 1987, environ 1000 franchiseurs implantés au Canada, totalisaient environ 45.000 unités franchisées dont le total des ventes représentait 61 milliards de dollars canadiens. La croissance annuelle des ventes par le biais de la franchise au Canada a été de 20% en 1985, de 25% en 1986 et estimé à

⁷ International Trade Commission (ITC) des États-Unis, *Industry and Trade Summary on Franchising*, *op. cit.*, p. 27.

⁸ International Trade Commission (ITC) des États-Unis, *Industry and Trade Summary on Franchising*, *op. cit.*, p. 7.

⁹ Association canadienne de la franchise, *Franchising : The Current Situation*, Toronto, 1985, cité dans A.S. Konigsberg, *International Franchising*, deuxième édition, Juris Publishing, New York, 1996, au II.III.7.

¹⁰ U.S. Department of Commerce, International Trade Administration, Office of Service Industries, *Franchising in the Canadian Economy 1976 - 1981*, Washington DC, cité dans A.S. Konigsberg, *op. cit.*, au II.III.7.

¹¹ A. Trebilcock, *Bringing your Franchise to Canada : Regulation of Selling Practices and the Use of Disclosure Documents*, (non publié), 1988, cité dans A.S. Konigsberg, *op. cit.*, au II.III.7.

40% entre 1988 et 1992 bien qu'aucune confirmation de cette estimation¹² n'existe actuellement.

Les estimations relatives à la franchise en France indiquent que la croissance annuelle du nombre de réseaux franchisés en 1988 était de 15% et que, au cours de la même période, la croissance moyenne annuelle du nombre d'unités franchisées atteignait 10%. Par ailleurs, depuis 1989, le nombre de réseaux et de franchisés a peu changé¹³. Les ventes occasionnées par la franchise en 1993 étaient supérieures à 21 milliards d'écus, soit approximativement 7,5% de la totalité des ventes au détail¹⁴.

L'étude sur la franchise au Royaume Uni menée en 1997 par le BFA en collaboration avec la *National Westminster Bank plc* (NatWest) indique que le nombre de réseaux franchisés était de 541 (ce qui représente une hausse de 14% par rapport à l'année précédente), qu'il y avait 26.800 unités franchisées (augmentation de 4,3%), que le chiffre d'affaires représentait un total de 6,4 milliards de livres sterling (hausse de 8,5%), et qu'il y avait 264.100 personnes employées dans cette activité¹⁵.

La franchise s'implante également dans les nouveaux marchés des pays d'Europe centrale et d'Europe de l'est, les associations nationales de franchise y ayant fait une promotion active de ce type de commerce. L'enthousiasme généré par la franchise fut, et dans une mesure est encore dû aux espoirs que la franchise peut être un outil utile dans le processus de privatisation. En outre, elle est vue comme une source d'investissements étrangers. Les seules statistiques disponibles concernent la Hongrie où la franchise représentait en 1994 1 à 2% du commerce au détail¹⁶ et 3% en 1997 (les chiffres concernent 1996). En 1994, le revenu généré par les activités franchisées se chiffrait à 2,5 milliards de dollars US et la croissance annuelle était de 25%.

Le marché latino-américain se développe très rapidement, avec en première ligne le Brésil, le Mexique et l'Argentine. Le Brésil a connu une explosion de la franchise avec une croissance annuelle d'environ 35%

¹² A. Trebilcock, contribution présenté au Salon international de la franchise, Paris, 1989, p. 24, cité dans A.S. Konigsberg, *op. cit.*, au II.III.7.

¹³ *EFF European Franchise Survey, op. cit.*, p. 124.

¹⁴ European Franchise Federation, *Newsletter*, Quarterly No. 1, octobre 1993, cité dans A.S. Konigsberg, *op.cit.*, au II.IV.9.

¹⁵ *EFF European Franchise Survey, op. cit.*, p. 322. Même si l'étude donne aussi ces chiffres, qui sont les plus récents pour le franchisage dans le Royaume Uni, dans un souci de comparaison il utilise les chiffres de l'étude de 1996. Le tableau à la fin de cette annexe fait de même.

¹⁶ L'Association hongroise de la franchise, *Yearbook* 1993/94, p. 38.

depuis le milieu des années 80. En fait, en 1993, le revenu annuel généré par tous les types de franchise représentait 48,1 milliards de dollars américains, soit 10% du produit intérieur brut du pays¹⁷. En 1994, la totalité des ventes par le biais des unités franchisées d'exploitation d'entreprise et des sociétés appartenant à l'entreprise représentaient US \$ 9,87 milliards, alors que les ventes par les franchises industrielle et de marque s'élevaient à US \$ 68.389 milliards. En 1994, le nombre d'unités de franchise d'exploitation d'entreprise était estimé à 26.716¹⁸.

La franchise croît rapidement en Asie ; elle s'étend à Hong Kong, en Indonésie, au Japon, en Corée du sud, en Malaisie, aux Philippines, à Singapour, à la Thaïlande et même en Chine¹⁹. En réalité, l'expansion de la franchise au Japon a été exponentielle. En 1970, on recensait 61 franchiseurs, 381 en 1981, et 755 en 1995. Ces 755 franchiseurs représentaient 158.000 établissements avec un total de ventes de 13,1 trillions de yens²⁰. Le Japon a la moyenne du nombre d'établissements par franchiseur la plus élevée dans le monde, avec environ 200 unités par franchiseur²¹.

En Nouvelle Zélande, où le franchisage s'est implanté seulement récemment, on considère qu'il existe environ 250 à 350 franchiseurs et que les franchises représentent entre 7 et 10% du secteur de la vente au détail²². En Australie, la croissance annuelle de la franchise pour les années 1989 à 1991 a atteint 12,7%²³.

¹⁷ Chiffres de l'Association brésilienne de la franchise (*Associação Brasileira de Franchising*), cité dans L. H. O do Amaral, *Brazil is bound to introduce disclosure requirements*, dans *Journal of International Franchising & Distribution Law*, Vol. 8, 1994, p. 102.

¹⁸ Statistiques de l'Associação Brasileira de Franchising, cités dans A.S. Konigsberg, *op. cit.*, au II.XIV.19.

¹⁹ Sur le franchisage dans la région asiatique-pacifique, voir Singapore Trade Development Board, en collaboration avec Arthur Andersen Business Consulting, *Franchising in Asia-Pacific*, *op. cit.*

²⁰ Singapore Trade Development Board, en collaboration avec Arthur Andersen Business Consulting, *Franchising in Asia-Pacific*, *op. cit.*, p. 96.

²¹ U.S. Department of Commerce, International Trade Administration, *Japan - Franchising Industry - ISA9009*, Market Research Reports, 27 août 1994, National Trade Data Bank, IT market 111107290, dans U.S. International Trade Commission, *Industry and Trade Summary on Franchising*, *op. cit.*, p. 26.

²² Singapore Trade Development Board, en collaboration avec Arthur Andersen Business Consulting, *Franchising in Asia-Pacific*, *op. cit.*, p. 114.

²³ *Franchising - Australia and Abroad*, Supplément au rapport final du Franchising Task Force, mars 1992, p. 12.

Hormis quelques exceptions, notamment l'Afrique du Sud, la franchise doit encore s'étendre au continent africain.

B. AVANTAGES DU FRANCHISAGE POUR L'ÉCONOMIE NATIONALE

Les chiffres cités ci-dessus²⁴ fournissent une indication claire de l'importance de cette activité commerciale en termes économiques. Les effets du franchisage ont toutefois une portée bien plus grande, à la fois pour l'économie nationale des pays concernés et pour les parties à cette forme d'activité commerciale²⁵.

I. OPPORTUNITÉS POUR L'EMPLOI

L'avantage le plus évident de la franchise dans l'économie nationale est la création de nouveaux emplois, non seulement directement dans l'activité de la franchise elle-même, mais aussi indirectement dans toutes les activités connexes. Ainsi, par exemple, si un réseau de franchise alimentaire est établi, une demande va être créée pour les produits et services utilisés dans ce type d'activité ou en connexion avec la franchise. Les industries fournissant ces produits et services vont devoir s'étendre afin de pouvoir répondre aux demandes croissantes qui leur seront faites et vont ainsi engager plus de personnel. Au fur et à mesure que le réseau de franchise s'élargit, les nouveaux franchisés vont également recruter du personnel et ainsi créer de nouveaux emplois. Avec des taux de chômage de 10, 12 voire 20%, l'importance d'une telle activité commerciale créatrice d'emplois ne peut pas être négligée.

Aux États-Unis, les emplois au sein d'établissements franchisés ont doublé, passant de 3,5 millions en 1975 à 7 millions en 1988. Environ 90% de cette hausse est due aux franchises d'exploitation d'entreprise pour lesquelles le niveau d'emplois a augmenté de 162% de 1975 à 1988²⁶. En 1992, le nombre de personnes employées grâce à la franchise atteignait huit millions.

En Australie, la *Review of the Franchising Code of Practice* indique que 30.500 établissements franchisés offrent 279.000 emplois à plein

²⁴ Voir la section A « Importance économique de la franchise ».

²⁵ Voir annexe 1, section C « Avantages et inconvénients de la franchise pour les parties ».

²⁶ U.S. International Trade Commission, *Industry and Trade Summary on Franchising*, *op. cit.*, p. 7.

temps, à temps partiel et par intérim²⁷. Ceci représente une augmentation importante puisque l'étude menée par le *Department of Industry, Technology and Commerce* en 1990/91 indique que les unités franchisées emploient 170.000 personnes²⁸.

Les statistiques relatives au Royaume Uni montrent une fluctuation plus importante par rapport aux autres pays. Ainsi, les personnes directement employées grâce à la franchise au Royaume Uni sont passées de 126.000 en 1986 à 185.000 en 1989, mais ont diminué pour atteindre 184.000 en 1990 en raison de facteurs de récession. En revanche, 10.000 emplois ont été créés en France en 1992²⁹.

II. DES TAUX D'ÉCHEC PLUS BAS

Un autre point important, et qui est d'ailleurs lié au chômage, concerne le taux d'échec des commerces franchisés. Il est souvent substantiellement plus bas que celui d'activités commerciales plus traditionnelles, même si les chiffres sur ce point varient considérablement. Le nombre de faillite est également très inférieur au chiffre moyen relatif aux magasins ne faisant pas partie d'un réseau de franchise, bien que là encore, il existe certaines controverses sur les données disponibles. Selon une étude menée par l'*International Franchise Association*³⁰, environ 97% des établissements franchisés établis pendant les cinq années de l'étude étaient toujours en activité, et environ 86% toujours détenus par les propriétaires d'origine. D'autres estimations sont plus réservées, le taux de succès ayant été estimé à 60%. Même si ce chiffre est inférieur, il reste considérablement supérieur au taux de succès moyen des nouveaux commerces estimé à 40% après deux ans, et à 10% après dix ans³¹.

²⁷ R. Gardini, *Review of the Franchising Code of Practice, Report to the Hon Chris Schacht, Minister for Small Business, Customs and Construction*, Australian Government Publishing Service, Canberra, 1995, p. 1.

²⁸ *Franchising - Australia and Abroad*, op. cit. p. 3.

²⁹ European Franchise Federation, *Newsletter*, Quarterly No. 1, octobre 1993, cité dans A.S. Konigsberg, op.cit., au II.IV.9.

³⁰ Arthur Andersen & Co., *Franchising in the Economy 1989 - 1992*, p. 16, cité dans U.S. International Trade Commission, *Industry and Trade Summary on Franchising*, op. cit., p. 3. La IFA reste avant tout l'association professionnelle des franchiseurs américains, même si récemment des franchisés ont été admis ainsi que des membres non américains.

³¹ U.S. International Trade Commission, *Industry and Trade Summary on Franchising*, op. cit., p. 3.

III. UTILISATION DU FRANCHISAGE DANS LES PAYS EN DÉVELOPPEMENT ET LES ÉCONOMIES EN TRANSITION

Une des caractéristiques de la franchise est la fourniture par le franchiseur d'une formation et d'une assistance afin de permettre aux franchisés, qui souvent n'ont pas d'expérience commerciale, de gérer leur affaire de la façon la plus efficace possible³².

Ce trait caractéristique de la franchise en a fait une forme d'activité particulièrement attrayante pour les pays dont l'économie est en transition, d'abord et avant tout dans les pays d'Europe centrale et de l'Est, et dans les pays en développement dont beaucoup doivent affronter les mêmes problèmes que les pays d'Europe centrale et de l'Est, à savoir le passage d'une économie planifiée à une économie de marché.

La tâche des gouvernements de ces pays à économie planifiée ou partiellement planifiée pour la transformation de leurs économies inclut la décentralisation des contrôles économiques, la création d'entreprises privées capables de fournir des biens et des services en quantité et qualité suffisantes pour répondre aux besoins locaux et à faciliter la diminution du chômage.

C'est précisément comme une aide permettant de résoudre ces problèmes que le franchisage a un rôle à jouer³³. Comme cela a été précédemment indiqué, la franchise offre une expansion du commerce individuel rapide avec une chance de succès plus importante que la moyenne des activités commerciales ; il offre un système qui permet la production de biens ou la fourniture de services d'une qualité et d'un prix uniforme ; il améliore la production et la distribution des biens de consommation et c'est un système qui crée des emplois.

Dans le cas des pays d'Europe centrale et de l'Est, qui ont poursuivi la transformation de leurs économies depuis un certain nombre d'années, une tradition de petites entreprises commerciales a survécu aux décennies du socialisme. En dépit de cela, une certaine classe d'entrepreneurs compétents avait besoin et, dans une certaine mesure, a toujours besoin

³² Voir chapitre 5, sections B « Formation » et D « Assistance et autres services » et l'annexe 1, section C.I. « Avantages pour le franchisé ».

³³ Pour un examen de ces tâches et du rôle de la franchise en Europe centrale et de l'Est, voir P. F. Zeidman/M. Avner/S.P. Petri, *Franchising in the New Markets of Eastern Europe*, dans *BNA Eastern European Reporter*, vol. 1, 1991, p. 190 et suiv., et P.F. Zeidman/M. Avner, *Franchising in Eastern Europe and the Soviet Union*, dans *DePaul Business Law Journal*, vol. 3, 1991, p. 307 et suiv.

d'être formée. La formation et l'assistance dans la gestion d'une affaire, en comptabilité et dans des compétences particulières formant des éléments fondamentaux de la franchise, sont ce qui en font un outil efficace dans la création ou dans la récréation d'une classe d'entrepreneurs efficaces dans une période de temps aussi brève que possible. Les mêmes caractéristiques permettent aussi de suggérer que la franchise pourrait avoir également un rôle à jouer dans le processus de privatisation³⁴, bien que la question de savoir si la franchise est en pratique efficace ou non comme outil de privatisation dépendra, dans une large mesure, des conditions locales dans le pays concerné. Ainsi, même si les gouvernements de Pologne et de la République tchèque ont exprimé un intérêt dans l'utilisation de la franchise pour privatiser les entreprises étatiques³⁵, cela n'a pas été le cas en Hongrie.

En Hongrie, les autorités de l'Agence de la Propriété d'État (APE) ont indiqué que le franchisage ne sera pas un outil directement utilisé dans le cadre de la privatisation, d'une part par manque de capitaux dans le pays, et d'autre part, parce que la loi sur la privatisation ne prévoyait pas l'allocation d'aides à la conversion en franchises, que cette loi ne considérait en réalité pas du tout³⁶. L'APE, a toutefois invité l'Association hongroise de la franchise à lui soumettre une étude sur le franchisage³⁷, à la suite de laquelle l'APE a publié un fascicule dans sa série relative à la privatisation, traitant de la façon dont le concept de la franchise pourrait être utilisé dans le processus de privatisation³⁸. Dans ce contexte, le rôle pouvant être joué par les joint venture ne doit pas être négligé³⁹.

³⁴ Voir P.F. Zeidman/M. Avner, *op. cit.*, p. 317 et suiv.

³⁵ En 1990 l'Agence de la propriété d'État a suggéré que la franchise pourrait avoir un rôle à jouer dans la privatisation de deux réseaux d'hôtel (Le « *Dannubius Hotel and Spa Company* », et le « *Pannonia Hotel and Catering Company* ») : *State and Property Agency, First Privatization Program 1990*, cité dans P.F. Zeidman/M. Avner, *Franchising in Eastern Europe and the Soviet Union*, *op. cit.*, p. 319.

³⁶ A hajó elment ... (Interview avec Tóth Attila), *Figyelő*, Supplément sur la Franchise, 7 May, 1991, p. 34.

³⁷ Association hongroise de la franchise, *Franchising as a method of privatisation*, 1992 (une version raccourci de cet étude a été publié en hongrois et en anglais dans PRIVINFO 1993/6).

³⁸ I. Kiss/J. Sajó, *La franchise et la privatisation* (en hongrois), Série sur la privatisation n° 21, SPA, Budapest, 1994.

³⁹ Voir chapitre 1, section A.III. « Méthodes de franchisage international ».

C. SECTEURS DE LA FRANCHISÉ

Il a été soutenu qu'il n'existe pas d'activité ne pouvant pas être franchisée. Cette affirmation peut être confortée par les diverses formes de commerce qui ont choisi de s'étendre par le biais de la franchise. Les listes des activités commerciales exercées par le biais de la franchise élaborées, notamment par les associations nationales de franchise, ont souvent divisé ces activités en catégories et en sous-catégories. La liste qui suit reprend la plupart des catégories des activités pouvant être exercées par le biais de la franchise⁴⁰ :

agences d'aide pour l'emploi et d'intérim	stores
agence de location de voitures/location à bail	services antimites et de suppression de la pourriture sèche
agences de voyage	atelier de consommation et d'entretien pour les utilisateurs industriels
agences immobilières	audiophones
amélioration de la maison	auto-écoles
rénovation du mobilier	bâtiment et construction
sanitaire	brasseries
tuiles en céramique	bureau d'investigation privé
mobilier de chambre	catalogues de vente
impermeabilisation	centre de formation au secrétariat et au traitement de texte
double vitrage	centre de lavage auto-mobile/produits/équipements automobiles
location de auvents	centres médicaux-sociaux
décoration interne	cliniques
mobilier de salle de bains et de cuisine	coiffure
remplacement de la cuisine	collecte de fonds
fenêtres principales	comptabilité/services d'assistance fiscale (préparation
couverture des toits en chaume	
fermetures/serrures de sécurité	
décapage et restauration des meubles	

⁴⁰ Liste établie par la fusion de deux listes contenues dans M. Mendelsohn, *The Guide to Franchising*, 5^{ème} édition, Cassell, London, 1992, p. 43 et suiv..

fiscale, systèmes de comptabilité informatisés pour les professions spécialisées, les petites entreprises et les petits commerces)	remplacement des pots d'échappement
contrôle du poids	service de garage des voitures
cosmétiques	service de réglage automobile
produits de beauté et de soin des cheveux	service mobile de remplacement de pare-brise 24h sur 24
courtiers d'assurance	systèmes de sécurité automobiles
décapage de la peinture	traitement anticorrosion
distribution de produits laitiers	magasin de proximité
écoles/instituts	magasins (vente au détail)
édition	centres nautiques
entretien du jardin et de la pelouse	boutique pour le mariage
équipement pour l'exercice physique	salon de café/thé
fabrication et vente d'enseignes et de badges	laveries automatiques à pièces
formation à la vente	confiserie
galeries d'art	nettoyage à sec
garage automobile (réparation de la transmission)	abris et maisons de jardin
garages automobiles	boutique de cadeaux
hôtels	santé et soin de la peau
impression et développement des photos en une heure	ameublement ménager
industrie agro-alimentaire	glace
introductions sociales	ameublement externe et interne pour les portes en cuivre et autres métaux
scientifiques	bijoutiers
loisirs	mode féminine
lutte antiparasitaire	colliers et accessoires
magasin de fourniture automobile	denrées alimentaires n'étant pas de marque
produits automobiles/services (services pour véhicules motorisés)	pharmacies
accessoires pour moteurs, bicyclettes, accessoires pour bicyclettes	machines à coudre
pièces automobiles	chaussures et fers à chaussure
	boissons non alcoolisées
	motels
	nettoyage des bureaux et nettoyage industriel
	nettoyage des égouts
	nettoyage des tuyaux et des conduits

opérations de vente	réparation du plastique et du vinyle
organismes de location (équipement général)	revêtement chimique/de peinture
outillage et équipement	salons de beauté et salons minceur
pièces pour perruques et cheveux	salles de danse
piscines	services d'aide et de soins
production d'aliments y compris :	services d'aides d'affaires
barbecue	services de chauffeur
beignets	services de déménagement et de garde-meubles
boulangerie et café cantonais	services de femme de ménage
crêpes et gaufres	services de livraison de ciment
fast food (restauration rapide)	services de livraison de colis
<i>fish and chips</i> (poisson et frites)	services d'encadrement instantané
fruits de mer	services d'entretien du paysage
hamburgers	services de nettoyage/d'entretien/d'hygiène
<i>Hot bread Kitchen</i>	services de photocopie et d'impression
italien	services de recouvrement de crédit
menu complet	service de réparation des briques et des pierres des bâtiments
mexicain	services domestiques/ménagers
pizza	service équipement de distribution (nourriture et boissons)
pommes de terre cuites au four	services et fournitures industriels
poulet frit	services et magasins pour animaux
production d'aliments divers (par exemple, la boulangerie)	signes
roast beef	sport/loisir
sandwiches	systèmes de sécurité
saucisses de Francfort	systèmes de télécopie
smörgåsbord (buffet scandinave)	systèmes de télévision
spécialités	système de traitement hydraulique
steaks	systèmes/machines de bureau
unités mobiles	teinture sur verre
produits chimiques industriels	terrains de camping
produits d'entretien chimiques	
produits et services divers	
produits et services pour enfants	
promotion des ventes de marché	

véhicules de nettoyage
industriels
vente de casiers
vitreaux

Continent	Pays	Année	Nombre de Franchiseurs	Nombre d'établissements <i>bus. for. fr.</i>	Nombre d'employés <i>bus. form. fr.</i>	Revenu en milliard de dollars	Pourcentage de commerce de vente au détail	Taux de croissance annuelle de l'ensemble du franchisage
Europe	Autriche*	1997	210	3,000	40,000	1.7		
	Belgique*	1997	170	3,500	28,500	2.5		
	Danemark*	1997	98	2,000	40,000	1.0		
	France*	1997	470	25,750	355,500	9.8		
	Allemagne*	1997	530	22,000	230,000	15.6		
	Hongrie*	1997	220	5,000	45,000	2.7	3%	
	Italie*	1997	436	21,390	49,658	12.8		
	Pays Bas*	1997	345	11,910	100,000	9.8		
	Norvège	1992	125	3,500		3.9		
	Portugal*	1997	220	2,000	35,000	1.0		
	Espagne*	1997	288	13,161	69,000	7.2	5%***	
	Suède*	1997	230	9,150	71,000	6.1	8%****	
	Royaume Uni*	1997	474	25,700	222,700	9.5	19%*****	10%

* Source : *EFF European Franchise Survey*, août 1997. Les chiffres, en écus dans l'étude, ont été convertis en dollars américains dans un souci de comparaison.

** Source : *Franchising International*, publié par *Franchise Development Services*, été 1997, p. 46.

*** Source : Association suédoise de la franchise.

**** Source : *NatWest News Release 43/97* du 18 mars 1997, *Franchising Sector continues to grow says NatWest*, p. 1.

Amérique du Nord et du Sud	États-Unis	1992	2,500	429,217	4,721,387	249.0	35%	10%
	Canada	1992	1,134	25,052		12.9	45% (1984)	40% (1988-1992)
	Mexique	1994		5,000	75,000	3.0		
	Bésil	1993		21,244		4.9		35%
Asie/Pacifique	Chili	1994	35	200	10,000	0.1		
	Japon [†]	1995	755	158,000		¥ 13.1mil.		4%
	Malaisie [‡]	1995	125	800		609.5 mil.	2%	10%
	Australie [⌘]	1994	555	30,500	279,000	29.0		14%
Afrique du Sud [◇]	1992	90	2,700		1.5			

†

Source : Singapore Trade Development Board en collaboration avec Arthur Andersen Consulting, *Franchising in Asia-Pacific*, 1997, p. 96.

‡

Source : Singapore Trade Development Board en collaboration avec Arthur Andersen Consulting, *Franchising in Asia-Pacific*, 1997, p. 107.

⌘

Y compris le franchisage portant sur des produits et les appellations commerciales. Chiffres du Australian Bureau of Statistics, *Franchising Sector Survey Results - 1994*, Department of Industry, Science and Technology, 1994, p. 3.

◇

Y compris le franchisage portant sur des produits et les appellations commerciales

ANNEXE 3

LOIS ET RÉGLEMENTATIONS APPLICABLES AU FRANCHISAGE

L'existence d'une législation commerciale saine revêt une importance primordiale pour le franchisage. En réalité, sans une telle législation, le franchisage ne peut fonctionner ; une « législation commerciale saine » s'entend comme une législation commerciale générale sur les contrats commerciaux, comprenant un droit des sociétés adéquat, comportant des notions suffisantes de joint-venture où les droits de propriété intellectuelle sont définis et respectés et où les sociétés peuvent être propriétaires de marques et de savoir-faire et prévoir des accords de confidentialité.

Les accords de franchise font l'objet d'un nombre considérable de lois et réglementations qui s'ajoutent à celles réglementant les contrats commerciaux et les droits de propriété intellectuelle. Essentiellement, ces lois et réglementations entrent dans deux catégories, l'une relative aux contrats en général, l'autre relative aux contrats spéciaux (la réglementation spécifique à la franchise, le cas échéant).

A. DOMAINES JURIDIQUES PERTINENTS EN MATIÈRE DE FRANCHISE

La franchise est une activité commerciale qui touche à divers domaines du droit dont la majorité fait l'objet de réglementations nationales, voire internationales.

I. DROIT DES CONTRATS

Le contrat est naturellement soumis au droit des contrats. Dans les pays où les contrats commerciaux et les autres contrats sont réglés séparément, certains aspects du contrat se voient appliquer les dispositions relatives aux contrats commerciaux.

II. DROIT DE LA REPRÉSENTATION ET LOIS RÉGLEMENTANT LES AUTRES ACCORDS DE DISTRIBUTION

Certains éléments de la relation entre le franchiseur et ses franchisés peuvent être couverts par les dispositions relatives à la représentation, indépendamment du fait que des cours assimilent la relation de franchise¹ à une relation de représentation ou par la législation réglementant d'autres contrats de distribution². Les textes qui réglementent les accords de représentation et les accords de distribution doivent donc être pris en compte.

III. CRÉDIT-BAIL ET DROIT DES SÛRETÉS

L'équipement et les locaux peuvent être donnés à bail et des sûretés peuvent être impliquées. Cela est notamment le cas lorsqu'un équipement spécifique est nécessaire à l'exploitation de la franchise et lorsque c'est le franchiseur qui le fournit³.

IV. INVESTISSEMENTS FINANCIERS

Les investissements financiers entrent dans le cadre des législations spécifiques.

V. PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Les droits de propriété intellectuelle forment la base sur laquelle se fonde la relation de franchise. Ils revêtent donc une importance fondamentale⁴. Dans le cas de relations internationales, les conventions internationales ainsi que les autres réglementations d'origine internationale doivent être prises en compte⁵.

VI. DROIT DE LA CONCURRENCE

Certaines clauses du contrat de franchise peuvent entrer dans le cadre de lois sur la concurrence ; il s'agit des stipulations relatives au prix que le franchisé peut demander pour les produits ou services qu'il offre et celles relatives aux droits exclusifs octroyés au franchisé dans le cadre de la relation de franchise, dans la mesure où ils peuvent être considérés

¹ Voir chapitre 1, section A.II. a) « Contrats d'agent commercial ».

² Voir chapitre 1, section A.II. b) « Contrats de distribution ».

³ Voir chapitre 9, section C « La relation franchiseur/franchisé principal ».

⁴ Voir chapitre 10 « Propriété intellectuelle » et 11 « Savoir-faire et secrets d'affaires ».

⁵ Voir chapitre 10, section A.VII. « La réglementation internationale des marques ».

comme un partage du marché ou une entente entre les membres du réseau. Le problème de la franchise est de s'assurer que le franchisé bénéficie de la meilleure protection possible pour développer son territoire, par exemple en se voyant octroyer des droits d'exclusivité territoriale, tout en évitant que le contrat tombe sous le coup de lois sur le droit de la concurrence. Une attention particulière doit donc être apportée lors de la rédaction des accords.

VII. RÈGLES DE DROIT RELATIVES À LA LOYAUTÉ COMMERCIALE

Le règles de droit relatives à la loyauté commerciale s'appliquent en particulier lorsque l'on considère les clauses relatives à la non-concurrence post-contractuelle et au droit que les franchiseurs se réservent de distribuer eux-mêmes leurs produits par le biais d'autres canaux de distribution. Il peut également avoir à s'appliquer dans le cadre des accords liés⁶. Les réglementations ayant trait à des formes particulières de commerces telles le « *Trading Schemes Act* » adopté au Royaume-Uni en 1996 et relatif notamment à la vente pyramidale doivent aussi être prises en considération. Même si elles ne s'appliquent pas directement à la franchise, cette réglementation a un effet direct sur certains types de franchises. A cet égard, la question est de savoir si la réglementation s'applique également à la relation interne entre les parties au contrat de franchise ou seulement à la relation entre le franchisé principal ou le franchisé et le consommateur.

VIII. DROIT DES SOCIÉTÉS

Le type de société sous lequel le franchiseur et le franchisé décident d'exercer leurs activités a également une certaine importance, notamment en matières de responsabilité et de fiscalité⁷.

IX. FISCALITÉ

Les réglementations fiscales revêtent une importance considérable, notamment parce que les questions fiscales vont souvent déterminer le choix de société que les parties vont choisir, le franchiseur pour son implantation dans le pays d'accueil et le franchisé pour son point de vente.

⁶ Voir chapitre 9, section D « Réglementation des clauses d'approvisionnement ».

⁷ Voir plus généralement chapitre 2 « Nature et étendue des droits concédés et relations entre les parties » et chapitre 14, section A « Responsabilité du fait d'autrui » pour les questions relatives à la responsabilité.

La question de savoir à qui incombera des retenues à la source devra être réglée dans le contrat de franchise⁸.

X. DROIT DE PROPRIÉTÉ

Le droit de propriété devra également être pris en considération en ce qui concerne les biens de la franchise. Cela prend toute son importance lorsqu'il est mis un terme au contrat.

XI. LOI RELATIVE À LA PROTECTION DU CONSOMMATEUR ET LA RESPONSABILITÉ DU FAIT DES PRODUITS

Les lois relatives à la protection du consommateur et la responsabilité du fait des produits ont une certaine importance, en particulier, lorsqu'il existe une éventuelle responsabilité du franchiseur pour les produits ou services fournis par le franchisé principal ou les franchisés⁹. La protection du consommateur doit être envisagée sous deux aspects : tout d'abord sur le plan de la responsabilité à l'égard du consommateur dans le sens commun, ensuite sur le plan de la responsabilité à l'égard du franchisé principal ou des sous-franchisés. Sur ce dernier point, il convient de déterminer si le franchisé principal ou les sous-franchisés peuvent eux-mêmes être considérés comme un consommateur et en conséquence être protégés par les lois relatives à la protection du consommateur. La question est donc de savoir si la portée de ces lois peut être analysée assez largement pour protéger les franchisés principaux et les sous-franchisés qui n'acquiescent pas les produits pour leur consommation personnelle mais pour effectuer un investissement ce qui traditionnellement fait qu'ils ne sont pas considérés comme des consommateurs, et ce même s'il arrive qu'ils soient considérés comme consommateurs pour l'application de la loi.

XII. DROIT DES ASSURANCES

Le droit des assurances trouve à s'appliquer dans la mesure où les contrats de franchise principale prévoient souvent que le franchisé principal doit prendre une assurance au bénéfice du franchiseur¹⁰.

XIII. DROIT DU TRAVAIL

La question de l'application du droit du travail à la relation de franchise a été étudiée en particulier dans les pays où la réglementation

⁸ Voir chapitre 4, section E « Considérations fiscales ».

⁹ Voir chapitre 14, section A *cit.*

¹⁰ Voir chapitre 14, section C « Assurance ».

des rapports du travail est particulièrement développée, comme en Allemagne et en Suède. Les différentes questions qui se posent ont trait :

- ◆ à la relation entre le franchiseur et le franchisé ;
- ◆ à la relation, le cas échéant, entre le franchiseur et les employés du franchisé, par exemple, lorsque le franchiseur se réserve le droit d'agréer les employés du franchisé ; et
- ◆ à la situation des employés du franchisé dans le système de franchise, ce qui recouvre des questions tel le droit des employés à être consulté sur des décisions ayant une particulière importance pour l'activité. Sur ce point, l'éventuelle application de la Directive du Conseil n° 94/95 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs¹¹ devra être prise en considération, même si son application à la franchise apparaît controversée.

XIV. LOIS RELATIVES AU TRANSFERT DE TECHNOLOGIES

La franchise peut être couverte par une définition large du transfert de technologies telle qu'elle figure dans certaines législations nationales. Si la réglementation relative au transfert de technologies a vocation à s'appliquer au contrat de franchise en cause, ce dernier peut avoir à être approuvé par les autorités locales responsables des contrats relatifs à un transfert de technologies et enregistré dans les registres appropriés. Dans ce contexte, la récente réglementation européenne sur les accords de transfert de technologies doit être examinée¹². Adoptée le 31 juillet 1996, elle remplace les réglementations existantes relatives aux accords de licences de brevets et de savoir-faire¹³.

¹¹ JOCE L 254/64 du 24 octobre 1995.

¹² Règlement CE n° 240/96 du 31 janvier 1996 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie, publié au JOCE L 31 du 9 février 1996.

¹³ Règlement CEE n° 2349/84 du 23 juillet 1984 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de licence de brevets, publié au JOCE L 219/15 du 16 août 1984, tel que modifié par le Règlement (CEE) n° 2131/95, publié au JOCE L 214/6 du 8 septembre 1995 ; et Règlement (CEE) n° 556/89 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité CEE à des catégories d'accords de licence de savoir-faire, publié JOCE L 61/1 du 4 mars 1989.

**XV. LOIS RÉGLEMENTANT LES INVESTISSEMENTS ÉTRANGERS,
LES CONTRÔLES DES CHANGES ET LES RESTRICTIONS AUX
IMPORTATIONS OU QUOTAS**

Les réglementations relatives aux investissements étrangers doivent être prises en considération, tout comme le contrôle des changes et des réglementations relatives aux restrictions aux importations ou quotas.

XVI. RÉGLEMENTATIONS RELATIVES AUX JOINT-VENTURES

Les joint-ventures sont souvent utilisées dans le cadre d'une expansion internationale des réseaux de franchise, en particulier dans le cas où les partenaires locaux souffrent d'un manque de moyens financiers. Dans de tels cas, la réglementation relative aux joint-ventures doit être prise en considération.

**XVII. LOIS OU RÉGLEMENTATIONS PARTICULIÈRES A
L'INDUSTRIE**

Toutes les lois particulières à l'industrie concernée (par exemple, réglementation sanitaire en matière de franchise de produits alimentaires) doivent être étudiées avec soin, au cas par cas.

B. RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

Si un nombre croissant de pays envisage d'introduire une réglementation spécifique à la franchise, il existe très peu de réglementation sur ce point à ce jour. De plus, lorsqu'il existe une réglementation de la franchise, celle-ci ne concerne que la franchise nationale et non la franchise internationale. Son application aux relations de franchises internationales, aux contrats de franchise principale et autres accords doit pourtant être évaluée. Ce manque de législation spécifique à la franchise est en partie dû à la complexité de la relation et au grand nombre de domaines du droit concernés par la relation de franchise. A de rares exceptions, les réglementations adoptées sont relatives à la divulgation préalable d'informations sur la franchise (« *disclosure legislation* ») et non des législations intéressant la relation entre les parties. La réglementation européenne sur la franchise est à placer à part en ce qu'elle ne traite que des questions relatives à la concurrence.

La législation sur la divulgation d'informations impose, de façon plus ou moins détaillée, au franchiseur de fournir à l'éventuel franchisé des informations relatives à un certain nombre de points permettant au franchisé de prendre une décision éclairée de contracter ou non. Les

points où une information ou des documents doivent être fournis concernant, entre autres :

- ◆ le franchiseur et les dirigeants de l'entreprise ;
- ◆ l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise ;
- ◆ la forme de l'entreprise ;
- ◆ les droits de propriété intellectuelle ;
- ◆ la situation financière, avec les comptes certifiés pour les deux ou trois années précédentes ;
- ◆ les autres franchisés du réseau ;
- ◆ les informations sur le contrat de franchise, telle sa durée, les conditions de son renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ; et
- ◆ une information sur le champ des exclusivités.

Il convient de relever que même si elle n'est pas juridiquement sanctionnée, il existe une obligation étendue de la part du franchisé principal ou du franchisé de révéler toute information pertinente au franchiseur, afin que ce dernier puisse évaluer si l'éventuel franchisé principal ou franchisé remplit les critères requis pour devenir un membre du réseau. Cet échange d'information est essentiel à l'établissement d'une relation de confiance entre les parties, ce qui est une condition nécessaire au succès de l'entreprise.

I. LES ÉTATS UNIS

Une législation spécifique à la franchise existe à deux niveaux aux États Unis. Au niveau fédéral, le « *Federal Trade Commission (FTC) Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures* » de 1979¹⁴ régleme les informations que le franchiseur doit fournir à l'éventuel franchisé afin qu'il dispose des éléments nécessaires lui permettant d'évaluer la franchise qu'il se propose d'acquérir. Cela s'applique aussi bien à la franchise qu'à d'autres formules commerciales ; la règle de la FTC s'applique dans les cinquante États et est censée apporter un minimum de protection. Elle s'applique en conséquence dans tous les États dans lesquels il n'existe pas de réglementation plus stricte.

La plupart des États fédérés n'ont pas de réglementation relative à la franchise. Dix-sept États ont cependant adopté une réglementation relative à la divulgation d'information. Un certain nombre d'entre eux requiert également l'enregistrement du document relatif à l'information. D'autres États ont adopté une réglementation des divers aspects de la relation de franchise, notamment la résiliation. Vingt-deux États ont adopté une

¹⁴ 16 C.F.R. § 436.

réglementation relative à l'offre et à la vente d'un commerce et cette réglementation peut éventuellement s'appliquer aux contrats de franchise. Il convient de relever qu'outre cette réglementation, il existe des réglementations spécifiques à certaines industries, telles celles applicables à la vente d'essence et aux franchises de distribution.

Dans le cadre de la réglementation relative à la relation de franchise, le franchiseur doit être enregistré et fait l'objet d'une procédure d'examen administratif. Ceci est également le cas dans le cadre des lois relatives à la divulgation d'information, lorsque l'obligation est imposée au niveau étatique, mais non si elle est imposée à un niveau fédéral dans la mesure où il n'existe pas d'agence du gouvernement fédéral auprès de laquelle les documents de divulgation d'information doivent être enregistrés.

Comme il a été précédemment indiqué, la règle de la FTC est une loi relative à la divulgation d'information ; elle impose aux franchiseurs de fournir aux éventuels franchisés un document donnant une information détaillée relative :

- ◆ au franchiseur ;
- ◆ aux administrateurs et dirigeants du franchiseur ;
- ◆ aux litiges et aux éventuelles faillites antérieures ;
- ◆ à la franchise acquise ;
- ◆ aux redevances initiales et continues ;
- ◆ aux obligations d'achats ;
- ◆ aux financements ;
- ◆ à la participation personnelle requise ;
- ◆ à la résiliation, la nullité et au renouvellement du contrat ;
- ◆ aux statistiques relatives au nombre de franchisés ;
- ◆ à la formation ;
- ◆ à la sélection de l'emplacement ; et
- ◆ au rapport financier, y compris les comptes audités.¹⁵

La *North American Securities Administrators Association (NASAA)*¹⁶ a adopté une circulaire intitulée « *Uniform Franchise Offering Circular* »

¹⁵ Voir P. Zeidman, *United States*, p. 2, dans *Survey of Foreign Laws and Regulations Affecting International Franchising*, 2^{ème} édition, American Bar Association, Chicago, 1990. Pour le texte de la règle du FTC et des guides relatifs à cette législation, voir CCH, *Business Franchise Guide*, § 6080 et suiv.

¹⁶ La *North American Securities Administrators Association* comprend parmi ses membres à la fois des administrateurs étatiques américains et des provinces canadiennes. Pour le texte de « *Uniform Franchise Offering Circular* » voir CCH, *Business Franchise Guide* au § 5750. La UFOC a été récemment révisée. L'édition revue a été adoptée par la NASAA le 25 avril 1993 et approuvée par le FTC le 30 décembre 1993. Elle figure dans le CCH *Business Franchise Guide* au § 5900.

(UFOC) qui prévoit les informations devant être fournies aux éventuels franchiseés. La forme prescrite est différente de celle de la règle de la FTC, mais son contenu est essentiellement identique. La FTC permet l'usage de l'UFOC comme une alternative au document de base exigé dans sa règle. L'UFOC a été acceptée, avec quelques modifications mineures, comme pouvant être utilisée dans tous les États qui réglementent l'offre et la vente de franchise par l'enregistrement et/ou la divulgation d'informations¹⁷. En août 1990, la NASAA a adopté le « *Model Franchise Investment Act* », lequel a été proposé aux États et aux Provinces pour adoption. Cette loi modèle impose au franchiseur de fournir un document d'information contenant les informations détaillées précédemment décrites. En outre, elle impose aux agences administratives de l'État de vérifier et d'approuver l'information fournie comme toute autre information avant chaque offre¹⁸.

II. LE CANADA

Au Canada, seule la province d'Alberta a une législation propre à la franchise. Cette réglementation, considérée comme étant particulièrement draconienne, a récemment été modifiée, une nouvelle loi sur la franchise et ses règlements d'application étant devenus applicables le 1er novembre 1995¹⁹. Le nouveau « *Franchises Act* » renonce à l'obligation d'enregistrement qui existait dans sa version précédente, mais requiert toujours une information précontractuelle. Il prévoit en outre des recours civils et encourage une auto-réglementation par la communauté de la franchise. L'adoption récente du nouveau Code civil dans la province du Québec, lequel contient une définition large des contrats d'adhésion dans son article 1379, a soulevé la question de l'application de ces dispositions aux contrats de franchise²⁰. La possibilité qu'une réglementation soit introduite dans la province d'Ontario a récemment été envisagée, mais en l'état, rien de particulier n'a été mis en place.

¹⁷ Cela figure dans CCH, *Business Franchise Guide*, § 3700.

¹⁸ P. Zeidman/A. Loewinger/J. Gilbert, *Report from America*, dans *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1991, p. 147 et suiv.

¹⁹ *Franchises Act* (chapitre F-17.1) accepté le 17 mai 1995, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1995. Le texte du « *Franchises Act* » d'Alberta et ses règlements d'application se trouvent dans CCH, *Business Franchise Guide*, §7010 et suiv.

²⁰ Le nouveau Code civil du Québec est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994. Pour une étude sur l'application du Code civil aux contrats de franchise, voir B. Floriani, *The Impact of the Civil Code of Quebec on Franchising*, dans *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1995, p. 124 et suiv.

III. LA FRANCE

En Europe, le premier pays à avoir adopté une réglementation relative à la franchise fut la France : le 31 décembre 1989, la loi n° 89-1008 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social²¹ fut adoptée, son article premier s'appliquant à la franchise. C'est une loi relative à la divulgation d'informations, les détails de celle-ci ayant été plus tard déterminés dans un décret n° 91-337 du 4 avril 1991²². Il convient de relever que cette loi n'est pas spécifique à la franchise ; elle s'y applique néanmoins.

IV. L'ESPAGNE

En Espagne, les dispositions relatives à la franchise ont été introduites par l'article 62 de la loi n°7/1996 relative à la vente au détail²³. Bien que cette disposition concerne principalement l'information contractuelle, elle contient cependant une obligation d'enregistrement. À la date de publication de ce guide, les règlements d'application n'avaient pas été encore adoptés, bien que le projet soit en discussion.

V. LE BRÉSIL

Au Brésil, une loi relative aux contrats de franchises a été adoptée le 15 décembre 1994.²⁴ Cette loi prévoit principalement une information contractuelle et contient également des dispositions sur d'autres aspects des contrats de franchise, tels que les droits d'entrée et les redevances d'exploitation.

²¹ Publiée au Journal Officiel du 2 janvier 1990. Cette loi est plus communément connue sous l'appellation de Loi Doubin, nom du Ministre qui l'a présentée.

²² Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1er 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, publiée au Journal Officiel du 6 avril 1991 (un erratum du Décret fut publié au Journal Officiel le 4 mai 1991).

²³ Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, publiée au Boletín Oficial del Estado, n° 15 du 17 janvier 1996.

²⁴ Loi N° 8955 du 15 décembre 1994 - *Dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (« franchising »), e dá outras providências*. Entrée en vigueur 60 jours après la date de publication officielle.

VI. LE MEXIQUE

Le Mexique a introduit dans son droit de la propriété industrielle des dispositions réglementant la franchise²⁵. La fourniture d'une information pré-contractuelle aux franchisés potentiels est obligatoire, tout comme la fourniture d'informations relatives au franchiseur et l'enregistrement de la transmission des droits sur les marques au franchisé. Les règlements d'application tant attendus de ces dispositions spécifiant de façon plus détaillée les informations à fournir furent adoptées en novembre 1994²⁶.

VII. L'INDONÉSIE

Le gouvernement indonésien a adopté le 18 juin 1997 le règlement n° 16/1997 qui traite spécifiquement de la franchise. Ce texte exige la divulgation d'informations et impose l'enregistrement de ces informations et du contrat de franchise auprès du Ministère de l'industrie et du commerce. Des mesures d'applications sont attendues.

VIII. LE JAPON

Un devoir général de divulgation d'informations est prévu dans la loi de 1973 relative à la promotion du commerce de la vente au détail de petit ou de moyen taille²⁷. Le règlement d'exécution de cette loi²⁸ a rendu cette loi applicable et c'est le Ministère du commerce international et de l'industrie qui en gère l'application. Cette loi n'est pas spécifique à la franchise ; en réalité, seulement les articles 11 et 12 s'appliquent à la franchise, le reste du texte réglementant la façon dont les subventions gouvernementales sont allouées aux petites et moyennes entreprises. Il convient cependant de relever, comme cela résulte de son titre, que la loi s'applique seulement à la franchise de distribution. Les autres types de franchises sont en conséquence exclus de son champ d'application.

IX. LA RÉPUBLIQUE DE CORÉE

Le 7 avril 1997 a été adopté par la Commission sur la loyauté commerciale de Corée la notification n° 1997-4 énonçant les critères de

²⁵ Loi sur la propriété industrielle publiée au *Diario Oficial* du 27 juin 1991, avec effet au 28 juin 1991. Les sections de cette loi applicable à la franchise sont reprises dans le CCH, *Business Franchise Guide*, au ¶ 7210.

²⁶ *Reglamento de la Ley de la Propiedad Industrial*, publié au *Diario Oficial*, 23 novembre 1994. Ces règlements sont entrés en vigueur le 8 décembre 1994. Ils figurent au CCH, *Business Franchise Guide*, au ¶ 7215.

²⁷ Loi n° 101 de 1973.

²⁸ Ordonnance du Ministère du commerce international et de l'Industrie, n°. 100 de 1973.

détermination des actes constitutifs de pratiques commerciales déloyales dans le cadre de la franchise. Cette notification prévoit une obligation générale de divulgation et traite également de la relation de franchise en tant que telle.

X. LA FÉDÉRATION DE RUSSIE

La réglementation adoptée dans la fédération de Russie ne concerne pas la divulgation d'information contractuelle mais propose en revanche de réglementer certains points de la relation entre les parties. Les dispositions figurent au chapitre 54 du nouveau Code civil russe (2e partie, articles 1027-1040) qui est entré en vigueur le 1er mars 1996. Le chapitre 54 ne mentionne en fait pas la franchise, mais seulement les « concessions commerciales ». La description des relations que ces dispositions ont pour but de réglementer est cependant clairement applicable à la franchise et, d'ailleurs, les commentaires publiés se réfèrent explicitement à la franchise. Les dispositions concernent notamment la forme et l'enregistrement du contrat, les sous-concessions, les obligations des parties et les conséquences de la fin des droits exclusifs concédés dans le contrat.

XI. L'AUSTRALIE

En Australie, une tentative de réglementation rencontra, en 1986, une opposition de la part de tous les secteurs concernés. En décembre 1990, le Ministre des petites entreprises et de la consommation a créé une Commission d'étude sur la franchise (« *Franchising Task Force* ») afin d'examiner et de proposer des solutions permettant la réduction des obstacles et des barrières à l'effectivité et à la croissance du secteur franchisé. Le mandat de cette commission était d'examiner et de rapporter sur l'efficacité potentielle de codes d'auto-régulation afin de contraster les échecs de commercialisation dans le domaine de la franchise, s'attachant en particulier à la franchise d'exploitation d'entreprise et de recommander les mesures par lesquelles l'industrie et le gouvernement pourraient accroître l'effectivité et la croissance du secteur franchisé.

Le résultat du travail de la commission fut la création d'un « *Franchising Code of Practice* »²⁹ s'appliquant au franchiseur (y compris les franchisés principaux), aux franchisés, aux fournisseurs de services (y compris les institutions financières et bancaires fournissant un support financier aux franchiseurs et aux franchisés, les éditeurs ou supports publicitaires acceptant de travailler et de faire de la publicité dans le but de vendre ou de promouvoir les systèmes de franchise), les conseils (les

²⁹ Voir *Report by the Franchising Task Force To the Minister for Small Business and Customs To the Minister for Small Business and Customs The Hon. David Beddall M.P.*, décembre 1991, Recommandation 6.

personnes, sociétés ou associations telles que les avocats, les comptables, les consultants en marketing et les ingénieur-conseil en organisation et les apporteurs d'affaires assurant aux franchiseurs et aux franchisés un service de conseil) et aux petites entreprises publiques. Le code prévoit et réglemente :

- ◆ la divulgation d'informations précontractuelles ;
- ◆ la certification par les franchisés qu'ils ont reçu les documents d'information contractuelle, un Guide des franchisés et une copie du « *Code of Practice* » ;
- ◆ des périodes de refroidissement pour les franchisés pendant lesquelles ils peuvent mettre un terme au contrat de franchise ;
- ◆ les pratiques abusives ;
- ◆ les systèmes alternatifs de résolution de différends ; et
- ◆ l'obligation pour le franchisé d'être identifié comme étant un franchisé.

Il convient de relever que le code ne s'applique pas aux accords de franchise principale entre un franchiseur étranger et un franchisé national.

Le Ministère des douanes et du petit commerce a revu l'application du code en 1994. Le rapport complété en octobre 1994 a été publié quelque temps plus tard³⁰. La publication de ce rapport a engendré un nouveau débat sur l'introduction d'une réglementation particulière à la franchise. La raison en est qu'on s'est rendu compte qu'entre 40% et 50% des franchiseurs avaient choisi de ne pas se soumettre à ce code, en particulier dans l'industrie des véhicules automobiles ainsi que dans des domaines importants du secteur immobilier. De plus, un certain nombre de banques importantes ne s'étaient pas fait enregistrer comme fournisseurs de services. On s'aperçut également qu'un nombre significatif des franchiseurs non-enregistrés de ce code n'avaient pas fournis d'informations adéquate, n'avaient pas respecté les périodes de « refroidissement » pour les contrats nouveaux de franchise et qu'ils n'observaient pas les critères de bonne conduite contenus dans le Code. Un certain nombre de recommandations furent proposées et débattues de façon approfondie.

Pour veiller à l'application du Code, un *Franchising Code Council* a été établi au début de 1993 avec les fonds du Ministère de l'Industrie de la Science et de la Technologie. Le Conseil était composé de cinq représentants de franchiseurs, de cinq représentants de franchisés, de deux membres représentant les fournisseurs de service et de conseil et un représentant des avocats. Suite à une décision du ministère de l'industrie

³⁰ R. Gardini, *Review of the Franchising Code of Practice, Report to Senator the Hon. Chris Schacht, Minister for Small Business, Customs and Construction*, Australian Government Publishing Service, Canberra, octobre 1994.

de la science et de la technologie de ne plus le financer à partir de 1997/1998, le Conseil a cessé d'exercer le 31 décembre 1996.

La situation de la franchise a été réexaminée par le *House of Representatives Standing Committee on Industry, Science and Technology* lors de son examen de la conduite des opérateurs du commerce. Dans son rapport, le comité est arrivé à la conclusion qu'une auto-réglementation n'avait pas fonctionné et qu'il était donc nécessaire de reprendre le code par une loi³¹. Cet examen conduit le gouvernement australien à adopter un « *Franchising Code of Conduct* »³² obligatoire, soutenu par des modifications faites au « *Trade Practices Act (Cth)* » de 1974. Les dispositions de ce Code dont les plus significatives sont celles qui traitent de la divulgation d'informations, s'inspirent du « *Code of Practice* » « volontaire »³³. A partir du 1 juillet 1998 il serait obligatoire pour les acteurs de se conformer au « *Franchising Code of Conduct* ».

C. L'UNION EUROPÉENNE ET LA FRANCHISE³⁴

A ce jour, l'Union européenne a limité son activité au regard de la franchise au domaine du droit de la concurrence. L'examen de la franchise au sein de la Communauté européenne a commencé avec la décision de la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire Pronuptia de Paris GmbH (Frankfurt am Main) contre Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (Hamburg)³⁵. L'affaire fut portée devant la Cour de Justice sur le fondement de l'article 177 du traité CEE par la Cour de justice fédérale de l'Allemagne pour une interprétation préliminaire de l'article 85 du traité CEE et du règlement N° 67/67/CEE du 22 mars 1967, concernant l'application de l'article 85(3) du traité à des catégories d'accords d'exclusivité. Elle concernait l'obligation du franchisé de payer au franchiseur un arriéré de redevance. Dans le cadre de la discussion de l'affaire Pronuptia, la Cour aboutit à une série de conclusions d'application générale. Entre outre, la

³¹ *Finding a balance - Towards fair trading in Australia*, Rapport par la *House of Representatives Standing Committee on Industry, Science and Technology*, Australian Government Publishing Service, Canberra, mai 1997, p. 114 et Recommendation à p. 120.

³² Voir *Franchising Code of Conduct*, commonwealth of Australia, 1998.

³³ Voir J. Darbyshire, *Reform in the Australian Franchising Sector*, dans *Journal of International Franchising and Distribution Law*, 1997, p. 96 et suiv.

³⁴ Pour un examen de la réglementation de la franchise dans l'Union européenne voir V. Korah, *Franchising and the EEC Competition Rules Regulation 4087/88*, Oxford 1989, et M. Mendelsohn/B. Harris, *Franchising and the Block Exemption Regulation*, Londres 1991.

³⁵ Affaire 161/84 du 28 janvier 1986.

Cour admit que le franchiseur doit pouvoir protéger certains intérêts vitaux pour son activité et pour identifier son réseau (par exemple son savoir-faire), dès lors que les dispositions pour ce faire sont essentielles. Cependant, certains types de clauses limitant les activités du franchisé (par exemple les clauses de détermination du prix) furent considérées comme étant inacceptables par la Cour.

Sur le fondement de la décision de principe *Pronuptia*, la Commission des Communautés européennes a rendu cinq décisions sur des cas relatifs à la franchise³⁶ et a adopté un règlement d'exemption par catégorie³⁷.

Le Règlement d'exemption par catégorie identifie différentes catégories d'accords de franchise (franchise industrielle, franchise de distribution et franchise de services), précisant qu'il 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 »³⁸.

Le texte du règlement donne plus loin ce qui, au sein de la Communauté, est devenu plus ou moins la définition standard de la franchise, lorsqu'il indique que « [p]our 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

³⁶ Décision 87/14/CEE, *Yves Rocher*, du 17 décembre 1986, JOCE L 8/49 du 10 janvier 1987 ; Décision 87/17/EEC, *Pronuptia*, du 17 décembre 1986, JOCE L 13/39 du 15 janvier 1987 ; Décision 87/407/CEE, *Computerland*, du 13 juillet 1987, JOCE L 222/12 du 10 août 1987 ; Décision 88/604/CEE, *ServiceMaster*, du 20 août 1988, JOCE L 332/38 du 3 décembre 1988 ; et Décision 89/94/CEE, *Charles Jourdan*, du 2 décembre 1988, JOCE L 35/31 du 7 janvier 1989.

³⁷ Règlement (CEE) N°4087/88 du 30 novembre 1988 concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise publié au JOCE L 359/46 du 28 décembre 1988.

³⁸ Cinquième considérant.

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[...] »³⁹.

Le règlement d'exemption indique à quelles restrictions de concurrence l'exemption s'applique⁴⁰, celles auxquelles elle s'applique

³⁹ Article 1(3). La Fédération européenne de la franchise a adopté une définition de la franchise dans son Code de déontologie qui est essentiellement conforme avec la définition du Règlement ; elle fut en fait préparée en consultation avec la Commission. Cette définition indique que : « [l]a 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 Franchisés, dans lequel le Franchiseur accorde à ses Franchisés le droit, et impose l'obligation d'exploiter une entreprise en conformité avec le concept du Franchiseur. Le droit ainsi concédé autorise et oblige le Franchisé, en échange d'une contribution financière directe ou indirecte, à utiliser l'enseigne et/ou la marque de produits et/ou de services, le savoir-faire, et autres droits de propriété intellectuelle, soutenu par l'apport continu d'assistance commerciale et/ou technique, dans le cadre et sur la durée d'un contrat de franchise écrit, conclu entre les parties à cet effet ». Il est précisé en annexe que « [l]e 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 ». La notion de « secret » signifie que « le savoir-faire, dans son ensemble ou dans la configuration et l'assemblage précis de ses composants, [n'est] 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 » [signifie que] le savoir-faire [doit] inclure une information importante pour la vente de produits ou la prestation de services de l'utilisateur final 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 ; [...] « Identifié » [signifie 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 ». Le savoir-faire doit être utile pour le franchisé en étant susceptible à la date de conclusion du contrat, d'améliorer la position concurrentielle du franchisé, en particulier, en améliorant ses résultats ou en l'aidant à pénétrer un nouveau marché.

⁴⁰ Article 2.

nonobstant la présence de certaines obligations,⁴¹ celles auxquelles elle s'applique sous certaines conditions⁴² et celles auxquelles elle ne s'applique pas⁴³. Le Règlement prévoit une procédure d'opposition, en indiquant que l'exemption bénéficie aux accords de franchise 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(3), sans relever du champ d'application de l'article 5, cela à la condition que ces accords soient notifiés à la Commission et que celle-ci dans un délai de six mois ne fasse pas d'opposition à l'exemption⁴⁴.

Le Règlement est entré en vigueur le 1^{er} février 1989 et s'appliquera jusqu'au 31 décembre 1999. Les discussions quant à son renouvellement et quant à de possibles modifications qui seraient introduites ont déjà commencé, une part active à ces discussions ayant été prise par les avocats et associations intéressés.

La Commission envisage également de revoir sa politique de concurrence. En janvier 1997, elle a publié un Livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales⁴⁵ dans lequel elle examine la structure de la distribution au sein de la Communauté, procède à une analyse économique des restrictions verticales et du marché unique, examine les procédures actuelles de la Communauté et leur cadre institutionnel, les règles applicables aux restrictions verticales et les avantages du système actuel, compare le droit communautaire avec les droits et la politique des États membres et de certains pays tiers appliquée aux restrictions verticales, vérifie les résultats de l'enquête et offre diverses options quant à la réglementation de la concurrence dans le futur. Les accords de franchise et le Règlement d'exemption par catégorie sont également examinés dans ce Livre vert.

D. RÉGLEMENTATION VOLONTAIRE DE LA FRANCHISE

Un certain nombre d'associations en matière de franchise, nationales et internationales, ont adopté des codes de déontologie destinés à régir le comportement de leurs membres. Ces codes de déontologie traitent souvent de la divulgation d'information contractuelle ou précontractuelle, mais de façon non approfondie : en général, ils prévoient que les franchisés potentiels doivent recevoir une information exacte et complète,

⁴¹ Article 3.

⁴² Article 4.

⁴³ Article 5.

⁴⁴ Article 6.

⁴⁵ COM(96) 721.

mais ne contiennent pas de dispositions détaillées sur ce que cela implique.

I. LE CODE DE DÉONTOLOGIE DE LA FÉDÉRATION EUROPÉENNE DE LA FRANCHISE

Le Code de déontologie adopté par la Fédération européenne de la franchise (EFF), une fédération des associations nationales de franchise de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, du Danemark, de la France, de la Hongrie, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal et du Royaume-Uni prévoit qu'« [a]fin que le futur Franchisé puisse s'engager en toute connaissance de cause, le Franchiseur lui fournira une copie du présent Code de Déontologie ainsi qu'une information complète et écrite concernant les clauses du contrat de Franchise - ceci dans un délai raisonnable avant la signature du contrat »⁴⁶. La EFF détermine actuellement des lignes directrices pour permettre d'interpréter ce devoir d'information. Par ailleurs, le Code prévoit, de façon générale, que : « [l]a publicité pour le recrutement de Franchisés doit être dépourvue de toute ambiguïté et d'informations trompeuses »⁴⁷, précisant que « [t]out document publicitaire faisant apparaître directement ou indirectement des résultats financiers prévisionnels du Franchisé, devra être objectif et vérifiable »⁴⁸. Le Code européen est applicable aux membres des associations nationales qui sont elles-mêmes membres de la Fédération européenne de la franchise.

II. CODES DE DÉONTOLOGIE DES ASSOCIATIONS NATIONALES DE LA FRANCHISE

Outre le Code européen, qu'elle a adopté en tant que membre de la EFF, l'association britannique de la franchise (BFA) a adopté une Extension et interprétation du Code contenant des indications supplémentaires sur son application et sur la façon dont certaines de ces dispositions doivent être entendues. S'agissant de l'information, cette Extension et interprétation indique que l'objectivité des documents publicitaires se réfère *spécifiquement* aux documents accessibles au public (Clause 3.2). Il est reconnu que, dans le cadre des discussions individuelles avec les franchisés quant aux résultats prévisionnels, les franchiseurs auront invariablement à faire des prévisions qui ne pourront se vérifier qu'avec le temps⁴⁹.

⁴⁶ Clause 3.3.

⁴⁷ Clause 3.1.

⁴⁸ Clause 3.2.

⁴⁹ Clause 2.

En octobre 1994, l'Association italienne de la franchise (*Assofranchising*) a adopté une réglementation interne intégrant le Code européen. Ces réglementations sont entrées en vigueur le 1er janvier 1995.

Le Code des principes et critères de conduite de l'*International Franchise Association* (IFA), association américaine, prévoit que la relation de franchise doit être établie par la divulgation d'informations écrites claires et précises, en application de la loi, et par un contrat de franchise clair et sans ambiguïté⁵⁰. Cette obligation générale est reprise plus loin dans le Code, là où il est indiqué que dans la publicité et la concession de franchise, un franchiseur doit respecter toutes les lois et réglementations applicables. Les documents d'information doivent respecter toutes les règles applicables⁵¹ et toutes les questions d'importance pour l'octroi d'une franchise seront contenues ou référées dans un ou plusieurs documents écrits qui doivent indiquer clairement les termes de la relation et les droits et obligations respectives des parties. Les documents de divulgation d'informations seront donnés au candidat franchisé dans les délais prévus par la loi⁵². Dans ce cas, il convient donc de se tourner vers la législation sur la franchise afin d'avoir une idée précise de ce sur quoi doit porter l'information. Il convient cependant de noter que ce Code des principes s'applique seulement aux activités nationales des membres de l'IFA.

L'Association de la franchise de l'Afrique du Sud (*Franchise Association of Southern Africa* (FASA)) a adopté un « Code de déontologie et de pratique commerciale » qui dans son annexe 1 détaille les documents d'information requis. Il convient de relever que l'information qui doit être donnée conformément à ce code est considérablement plus détaillée que dans le Code européen. Le Code en appelle également à l'équité dans le cadre des discussions entre les franchiseurs et leurs franchisés⁵³ et à la diligence du franchiseur pour résoudre les plaintes, griefs et litiges avec les franchisés, cela dans un respect de la bonne foi et par le biais d'une communication directe raisonnable et équitable et de la négociation, en prenant en considération la médiation ou l'arbitrage en cas d'échec⁵⁴.

Parmi les autres codes de déontologie ou de pratique ayant été adoptés, il convient de mentionner ceux adoptés par l'Association canadienne de la franchise, l'Association néo-zélandaise de la franchise

⁵⁰ Section III, clause 1 para. 2.

⁵¹ Section IV, clause 1 para. 1, premier sous-paragraphe.

⁵² Section IV, clause 1 para. 2, deuxième sous-paragraphe.

⁵³ Clause 15.

⁵⁴ Clause 17.

(*Franchise Association of New Zealand (FANZ)*), l'Association philippine de la franchise, l'Association internationale singapourienne de la franchise et l'Association de la franchise de Hong Kong (*Hong Kong Franchise Association*). Parmi ceux-ci, le Code de déontologie de l'Association de la franchise de Hong Kong a un intérêt particulier dans la mesure où il ne contient pas seulement des dispositions d'application générale, mais également des dispositions ayant trait spécifiquement au franchiseur, d'autres au franchisé et d'autres encore aux conseils en matière de franchise. Notons que le franchisé se voit demander de fournir toute information complète et exacte qui lui paraît importante pour faciliter la sélection par le franchiseur de franchisés adaptés à l'activité franchisée⁵⁵.

Les lecteurs sont invité à consulter le site d'UNIDROIT
<http://www.unidroit.org>
pour une mise à jour de cette annexe.

⁵⁵ Clause 19.

INDEX

- Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)**
v. Propriété intellectuelle
- Accords de confidentialité**
v. Documents annexes
- Accords de franchise principale**
description de, 3
structure à trois niveaux des, 41 - 44, 86
interdépendance des trois niveaux, 41
- ADPIC**
v. Propriété intellectuelle
- American Arbitration Association*, 211**
- Arbitrage**
v. Résolution des litiges
- Arrangement de Madrid concernant l'enregistrement international des marques (1891)**
v. Propriété Intellectuelle
- Association internationale singapourienne de la franchise (SIFA)**
Code de déontologie, 286
- Association italienne de la franchise (Assofranchising)**
Réglementation interne intégrant le Code européen, 285
- Association philippine de la franchise (PFA)**
Code de déontologie, 286
- Associations de la franchise**
v. Association internationale singapourienne de la franchise
Association italienne de la franchise (*Assofranchising*)
Association philippine de la franchise
British Franchise Association
Canadian Franchise Association
Fédération européenne de la franchise
Franchise Association of New Zealand
Franchise Association of Southern Africa
Hong Kong Franchise Association
International Franchise Association
- Assurance, 172 - 174**
obligation du franchisé principal, 172 - 173
étendue de, 173 - 174
obligation des sous-franchisés, 174
- Australian Centre for International Commercial Arbitration*, 212**
- Australie**
Franchising Code Council, 279
Franchising Code of Conduct, 280
Franchising Code of Practice, 257 - 258, 278 - 280
revu de l'application de, 257, 279
Franchising Task Force, 278
Standing Committee on Industry, Science and Technology, 280

- Clauses relatives à l'autonomie des dispositions contractuelles,** 213 - 214
- Clauses relatives au caractère entier du contrat,** 214 - 215
- Clauses relatives aux notifications,** 220
- CNUDCI**
v. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
- Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)**
Règlement d'arbitrage, 212
Règlement[s] de conciliation, 202
- Communautés européennes**
Décision de la Commission 87/14/CEE, Yves Rocher, 281 n.36
Décision de la Commission 87/17/CEE, Pronuptia 281 n.36
Décision de la Commission 87/407/CEE, Computerland, 281 n.36
Décision de la Commission 88/604/CEE, ServiceMaster, 281 n.36
Décision de la Commission 89/94/CEE, Charles Jourdan, 281 n.36
Directive du Conseil n° 86/653 du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, 8 - 9
Directive du Conseil n° 94/95 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'un procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer les travailleurs, 271
Livre vert sur la politique de concurrence communautaire et les restrictions verticales, 283
Première directive du Conseil n° 89/104 du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques, 129, 129 n. 24
Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis (Hamburg), 280
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 78, 114, 278 - 281
définition de savoir-faire dans, 133
Règlement du Conseil (CE) n° 40/94 du 20 décembre 1993 sur la marque communautaire, 129 n.23
Traité de Rome (1957), 113
- Contrats**
d'agent commercial, 8 - 9
de développement, 13 - 14
de distribution, 9 - 10
de fourniture,
clause d'indemnisation du, 115
distinct, 115 - 116
v. aussi Services
de licence réduits (« *bare bones licence* »), 12
de représentation territoriale, 14 - 15
hybride franchise/licence, 12
joint-venture, 12, 233 - 234
réglementations relatives aux, 272
licence, 10 - 11
transfert de technologies, 11

v. <i>aussi</i> Contrat de franchise Franchises		v. <i>aussi</i> Contrats de sous-franchise	
Contrat de franchise		Contrats de sous-franchise	
contrat simplifié de franchise		adaptations aux,	87, 89
principale,	12	comme instrument permettant la reproduction du concept du franchiseur,	87
contrat standard national,	42	conformité aux lois du pays d'accueil,	93
franchise principale,	2 - 3	contrôle du franchiseur sur les modifications aux,	87
modifications au,	31 - 32	rédaction des,	88
adaptations aux conditions locales,	31 - 32	contrôle du franchiseur sur,	87 - 88
modifications successives,	33	contrat type,	88
nature du,		effets de la résiliation du contrat de franchise principal sur,	6 - 7, 92
clauses relatives à la,	219	exécution des,	93 - 94
préambule du,	220 - 221	concession de,	
v. <i>aussi</i> Franchises		aux sous-franchisés désignés par le franchiseur,	43
Contrat de franchise principal		prescription de clauses spécifiques,	90 - 92
comme instrument pour reproduire le concept du franchiseur,	87	prescription d'une structure spécifique,	90 - 92
déscription du,	2 - 3	obligation de rendre compte,	83
durée du,	47 - 48	traduction des,	88
courte durée,	48	v. <i>aussi</i> Contrats de franchise par unité	
longue durée,	47 - 48	Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 1968 / Lugano, 1988),	
octroi de droits sous le,	34	v. Loi applicable	
exclusivité,	39	Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958),	
marques,	36 - 37	v. Résolution des litiges, arbitrage	
limitations dans les droits au marques,	38		
système,	35 - 36		
territoire,	38		
renouvellement du,			
acceptation du contrat de franchise en vigueur au jour de			
renouvellement,	49 - 50		
conditions de,	49 - 50		
négociations relatives au,	50		
résiliation du,	6 - 7		
v. <i>aussi</i> Inexécution			
Contrats de franchise par unité,	37 - 38		
adaptations du,	87		

- Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM)(Vienne, 1980), 116, 200 - 201**
- Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux (Mexico, 1994),**
v. Loi applicable
- Convention pour la protection de la propriété intellectuelle (Paris 1883)**
v. Propriété intellectuelle
- Convention pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Berne 1886)**
v. Propriété intellectuelle
- Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome, 1980),**
v. Loi applicable
- Conventions de non-concurrence**
v. Documents annexes
- Cour international d'arbitrage de la CCI, 211 - 212**
- Cumul des droits et obligations, 220**
- CVIM**
v. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises
- Dédommagements, 220**
- Documents annexes, 25 - 26, 223 - 236**
description des, 223 - 225
exemples de,
accords de confidentialité, 224, 226 - 227
accords de transfert, 229
- arrangements financiers, 234 - 235
arrangements relatifs à la fin du contrat, 229 - 230
arrangements relatifs aux modes de paiement, 234
cautions et indemnisations, 228 - 229
contrat d'approvisionnement, 230 - 231
contrats de joint-venture, 233 - 234
contrats de licence de logiciels, 231 - 232
contrats de licence de marque, 235 - 236
contrat d'« usager inscrit », 236
contrats relatifs à l'achat ou à la location d'équipements spécifiques, 231
conventions de non-concurrence, 224, 227 - 228
lettres d'intention, 232 - 233
renonciation à certains recours et actions, 230
objet des, 225 - 226
- Droits**
cession des,
v. transfert des, *infra.*
concession des, 35 - 41
clause relative à la concession des, 37
définition du territoire, 38
exclusivité des droits indiqués dans, 40
dans les contrats de franchise principale,
v. Contrats de franchise principale
licence des droits, 37

droit exclusif du franchisé principal d'exploiter la franchise,	41	clauses contractuelles pour l',	115
retention des,		revenus provenant de l',	110
v. Franchiseur, droits		sources d',	109 - 110, 111
transfert des,	159 - 166	clauses relative à l'approvisionnement,	
circonstances pouvant donner lieu à,	160 - 162	relation franchiseur/franchisé principal et,	111 - 112
désir de mettre fin à la relation contractuelle,	161 - 162	contrat de fourniture,	
incapacité ou décès,	161	clause d'indemnisation,	115
faillite,	161	distinct,	115 - 116
restructurations internes,		essentiel pour l'opération du système,	108, 109
	160 - 161	fournisseurs autorisés,	110, 117
clauses contenues dans les contrats relatives au,	160	Espagne	
conditions au,	164 - 166	Loi n° 7/1996 relative à la vente au détail,	276
droit de préemption du franchiseur en cas de,	166	États-Unis d'Amérique	
droit du franchisé principal au,	162	<i>Federal Trade Commission Rule on Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures,</i>	273 - 274
droit du franchiseur au,	163	Importance économique de la franchise en,	
limitations,	163	v. Franchisage, importance économique de	
vente des,		<i>International Trade Commission, Industry and Trade Summary on Franchising,</i>	252 - 254
v. transfert des, <i>infra.</i>		Loi « antitrust »,	113
Droits d'auteur		Proposition de <i>Federal Fair Franchise Practices Act</i> , H.R. 1717,	222 n. 7
v. Propriété intellectuelle		<i>Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act (UFMJRA),</i>	210
Durée du contrat de franchise principal		<i>European Franchise Survey,</i>	252
v. Contrat de franchise principal		Fédération européenne de la franchise (EFF),	252
Échange d'information		Code de déontologie,	282 n. 39, 284
information fourni par le franchisé principal,	25		
information fourni par le franchiseur,	25		
comme obligation implicite,	25		
précontractuelle,	24		
régularité,	25		
sur le savoir-faire,	132		
Équipements			
approvisionnement,	107		

- Fédération de Russie**
Code civil, 278
- Force majeure, 216 - 218**
Principes d'UNIDROIT relatifs aux
contrats du commerce inter-
national, 217
- Formation**
v. Franchisé principal, obligations du
v. Franchiseur, obligations du
- France**
Décret n° 91-337 du 4 avril 1991
portant application de l'article 1er de
la loi n° 89-1008 du 31 décem-bre
1989 relative au développement des
entreprises commerciales et
artisanales et à l'amélioration de leur
environnement économique,
juridique et social, 276
Importance économique de la
franchise en,
v. Franchisage, importance
économique de
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,(Loi Doubin),
276
- Franchisage**
avantages pour l'économie nationale,
257 - 260
opportunités pour l'emploi,
257 - 258
Australie, 257 - 258
Royaume Uni, 258
États Unis, 257
taux d'échec plus bas, 258
utilisation dans les pays en
développement et les économies
en transition, 259 - 260
République tchèque, 260
Hongrie, 260
Pologne, 260
utilisation dans le processus de
privatisation, 260
avantages pour le franchisé,
247 - 248
avantages pour le franchiseur, 250
différentes formes de, 244
directe,
contrats de développement,
13 - 14
franchisage par unités, 13
importance économique de,
252 - 257
Australie, 256
Brésil, 255 - 256
Canada, 254 - 255
États Unis, 253 - 254
France, 255
Hongrie, 255
Japon, 256
Nouvelle Zélande, 256
Royaume Uni, 255
v. aussi Table à pp. 265 - 266
inconvenients pour le franchisé,
249 - 250
inconvenients pour le franchiseur, 251
taux d'échecs, 20
législation pertinente à, 267 - 272
contrôles des changes, 272
crédit-bail et droit des sûretés,
268
droit de la concurrence, 268 - 269
droit de propriété, 270
droit des assurances, 270
droit des contrats, 267
droit de la représentation, 268
droit des sociétés, 269

- droit du travail, 270 - 271
 - fiscalité, 269
 - investissements étrangers, 272
 - investissements financiers, 268
 - lois ou réglementations
 - particulières à l'industrie, 272
 - lois réglementant autres accords de distribution, 268
 - lois relatives au transfert de technologies, 271
 - loyauté commerciale, 269
 - propriété intellectuelle, 268
 - protection du consommateur, 270
 - réglementation relatives aux joint-ventures, 272
 - responsabilité du fait des produits, 270
 - restrictions aux importations, 272
 - réglementation volontaire du,
 - v. Association internationale singapourienne de la franchise
 - Association italienne de la franchise
 - Association philippine de la franchise
 - British Franchise Association*
 - Canadian Franchise Association*
 - Fédération européenne de la franchise
 - Franchise Association of New Zealand*
 - Franchise Association of Southern Africa*
 - Hong Kong Franchise Association*
 - International Franchise Association*
 - secteurs de la franchise, 261 - 264
 - v. aussi Franchises
- Franchise Association of New Zealand (FANZ)***
- Code de déontologie, 285 - 286
- Franchise Association of Southern Africa (FASA)***
- Code de déontologie, 285
- Franchisé principal**
- comme représentant du franchiseur, 124 - 125
 - conformité aux prescriptions réglementaires du, 43
 - indemnisation du franchiseur, 169 - 170
 - obligations d'assurance du, 172 - 173
 - étendue des, 173 - 174
 - qualités du, 22 - 23
 - revenus,
 - sources de, 55 - 59
 - inexécution par, 94
 - obligations,
 - d'assurer l'observation des contrats de sous-franchise de la part des sous-franchisés, 82 - 83
 - d'assurer que les sous-franchisés assistent aux stages de formation, 138
 - de communiquer le savoir-faire, 84
 - de conclure des contrats de sous-franchise, 82
 - de former les sous-franchisés, 82
 - d'établir des unités pilotes, 77 - 78
 - d'informer des poursuites, etc., 170
 - de participer aux stages de formation, 138
 - de protéger la confidentialité du savoir-faire, 84
 - de protéger les droits licenciés du franchiseur, 82, 83 - 84, 171
 - de traduire la documentation, 85
 - de traduire le contrat type de contrat de franchise par unité du franchiseur, 88
 - implicites, 221 - 222

- relatives aux fonctionnement de la franchise, 82 - 84
 - de confidentialité, 84
 - manquement de la part des sous-franchisés de l'obligation, 138
- responsabilité pour la défense dans une procédure engagée par un tiers, 171
- sélection du, 22 - 23
- Franchise principale**
 - avantages,
 - pour le franchisé principal, 4 - 5
 - pour le franchiseur, 4
 - problèmes,
 - pour le franchisé principal, 6, 7
 - pour le franchiseur, 6 - 8
- Franchises**
 - filiales, 13
 - franchises de distribution, 244
 - franchises de distribution de produits, 244
 - franchises d'exploitation d'entreprise (« business format franchises »), 244, 245-248
 - éléments de base, 245
 - engagements supplémentaires, 245 - 248
 - franchises de service, 244
 - franchises industrielles, 244
 - sélection de, par le franchisé principal, 23
 - diligence requise dans la, 25
 - évaluation des moyens a disposition, 23
 - évaluation du franchiseur dans la, 23
- Franchiseur**
 - accord préalable du, 42
 - approbation préalable du,
 - cessions, 42
 - contrats de sous-franchise, 42, 89 - 90
 - des sous-franchisés potentiels, 42, 89 - 90
 - plans et dessins des emplacements, 42
 - sélection de l'emplacement, 42
 - bénéficiaire du contrat de sous-franchise, 44
 - dans les clauses relatives aux indemnités, 44
 - dans les clauses relatives à l'assurance, 44
 - contrôle du, 5 - 6
 - contrôle sur la rédaction des contrats de sous-franchise, 87 - 88
 - contrôle sur les modifications aux contrats de sous-franchise, 87
 - énonciation de critères auxquels le franchisé principal devra se référer pour l'appobation des sous-franchisés, 43
 - droit de mettre fin au contrat de franchise principale, 6
 - droit du franchiseur à se substituer au franchisé principal dans le cadre du contrat d'assurance, 174
 - droits du, 76
 - retention des, 40 - 41
 - canaux alternatifs de distribution et, 41
 - bonne foi et, 40
 - implications et effets des règles relatives aux clauses abusives, 40
 - de conclure directement des contrats de licences avec les sous-franchisés, 46
 - d'inspecter les locaux des unités sous-franchisé, 46, 76

- de contrôler les livres et registres des unités, 46
 - d'intervenir dans le cas où les unités fonctionneraient mal, 46
 - clauses léonines et, 40
 - concurrence déloyale et, 40
 - maintien des niveaux de qualité, 74
 - obligations du, 64 - 69
 - de fournir assistance, 72 - 74
 - assistance initiale, 72 - 73
 - assistance continue, 73 - 74
 - de fournir assistance aux sous-franchisés, 74
 - de fournir des biens, 75
 - de fournir des cours de formation
 - formation initiale, 66 - 68
 - formation continue, 68, 137
 - de fournir des services, 74
 - de promotion du réseau, 75
 - de protection des marques, 75
 - d'information,
 - information initiale, 65 - 66
 - formation initiale et transmission de, 65
 - manuels et transmission de, 65
 - information continue, 66
 - d'informer de poursuites, procédures, etc., 170
 - formation infructueuse et, 68 - 69
 - implicites, 221 - 222
 - partie à une procédure engagée par un tiers, 171
 - relations contractuelles directes avec les sous-franchisés, 6, 44 - 46
 - établies par le franchisé principal comme agent du franchiseur, 46
 - établies par licence directe des droits de propriété intellectuelle, 45
 - établies par un contrat de franchise tripartite, 45
 - requis par la législation sur la propriété intellectuelle, 44 - 45
 - risque pour le statut d'indépendant de chacune des parties, 45
 - responsabilité du fait d'autrui et, 46, 167 - 169
 - responsabilité pour toute perte, dommage, coût ou dépense résultant d'une plainte, action, enquête administrative ou autre, 170
 - revenus du,
 - sources de, 51 - 55
- Franchising in Asia-Pacific**
- v. Bureau du développement du commerce de Singapour
- Garanties**
- limitations des, 172
- Hardship, 215 - 217**
- Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international, 217
- Hong Kong Franchise Association (HKFA)**
- Code de déontologie, 286
- Hongrie**
- Importance économique de la franchise en,
 - v. Franchisage, importance économique de
- Indonésie**
- Règlement du gouvernement n° 16/1997 277

Industry and Trade Summary on Franchising

v. États Unis d'Amérique,
International Trade Commission

Inexécution

domaines principaux, 175
sanctions des obligations, 175 - 184
résiliation, 178 - 184
par le franchisé principal,
183 - 184
par le franchiseur, 178 - 180
révocation du droit de
développer le réseau,
180 - 183
sanctions alternatives à la
résiliation, 176 - 178
dont dispose le franchisé
principal, 178
dont dispose le franchiseur,
176 - 178
v. aussi Relations contractuelle
de franchise, fin de

Information

v. Franchiseur

Informations confidentielles, 132
v. aussi Savoir-faire

Information non divulguées, 132
v. aussi Savoir-faire

**Institut international pour l'unification
du droit privé (UNIDROIT)**

Principes relatifs aux contrats du
commerce international, 201, 217

**International Franchise Association
(IFA), 258**

Code des principes et critères de
conduite, 285

Japon

Importance économique de la
franchise en,
v. Franchisement, importance
économique de
Loi anti-monopole, 114
Loi n° 101 de 1973 relative à la
promotion du commerce de la vente
au détail de petit ou de moyen taille,
277
Ordonnance du Ministère du
commerce international et de
l'industrie n° 100 de 1973, 277

Licences demandées

v. Réglementations applicables

Loi applicable, 195 - 201

choix de, 197 - 199

Convention concernant la
compétence judiciaire et l'exécution
des décisions en matière civile et
commerciale (Bruxelles, 1968 /
Lugano, 1988), 207 - 209

Convention interaméricaine sur la loi
applicable aux contrats
internationaux (Mexico, 1994), 197

Convention sur la loi applicable aux
obligations contractuelles (Rome,
1980), 197

droit uniforme international,
effets du, 200 - 201

opportunité d'un choix, 196 - 197

possibilité d'appliquer le choix des
parties, 199

London Court of International

Arbitration, 212

Manuels d'exploitation

comme reflet des adaptations au
système, 70

contrôle du franchiseur sur les modifications et adaptations des,	70 - 71		
fournissant des informations sur le système,	35, 225		
manuels pour le franchisé principal,	69 - 70		
manuels pour les unités franchisées,	69 - 70		
traduction des,	70		
Marques			
v. Propriété intellectuelle			
Mexique			
Loi sur la propriété industrielle (1991),	277		
Règlements d'application de la Loi sur la propriété industrielle (1994)	277		
Modification du système franchisé			
v. Système franchisé, modifications du			
Négociation, médiation et conciliation			
v. Résolution des litiges			
North American Securities Administrators Association (NASAA)			
<i>Uniform Franchise Offering Circular (UFOC),</i>	274 - 275		
Nouvelle Zélande			
Importance économique de la franchise en,			
v. Franchisage, importance économique de			
Obligations du franchisé principal			
v. Franchisé principal, obligations du			
Obligations du franchiseur			
v. Franchiseur, obligations du			
OMPI			
v. Organisation mondiale de la propriété intellectuelle			
Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI),	127		
Plan de développement,	78 - 81		
établissement du,	79 - 80		
exécution du,	39		
renouvellement du,	81 - 84		
respect du,	81		
Polices d'assurance			
champ d'application des polices d'assurance,	172		
droit du franchiseur à se substituer au franchisé principal,	174		
Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international			
v. Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT)			
Produits			
adaptation aux conditions locales,	111 - 112		
contrat avec un fournisseur local,	112		
approvisionnement des,	107		
clauses contractuelles pour,	114 - 115		
revenus de,	110		
sources de,	109 - 110, 111		
caractéristiques du système,	107, 108 - 109		
clauses relatives à la fourniture, relation franchiseur/franchisé principal et,	111 - 112		
contrat de fourniture distinct,	115 - 116		
contrôle de la qualité des,	108		
essentiels pour l'opération du système,	108, 109		

- fabrication des,
 sous-traitance de la, 112
fournisseurs agréés,
 107, 110, 116 - 117
ventes liées 112 - 114
- Propriété industrielle**
v. Propriété intellectuelle
- Propriété intellectuelle**
brevets, 37, 118
dessin, 37
droit d'auteur, 37, 129 - 130
 Accord sur les aspects des droits de
 propriété intellectuelle qui
 touchent au commerce (ADPIC)
 (Marrakech, 1994), 130, 133
 Convention pour la protection des
 œuvres littéraires et artistiques
 (Berne 1886), 130
 sur le manuel d'exploitation, 118
marques, 118 - 129
 Arrangement de Madrid concer-
 nant l'enregistrement inter-
 national des marques (1891), 126 -
 129
 comme droit concédé,
 36 - 37, 119
 concurrence déloyale et, 120
 contrat d'« usager inscrit »,
 123, 236
 contrats de licence, 235 - 236
 contrôle de l'utilisation de,
 119 - 120
 clauses pour le, 119 - 120
 Convention pour la protection de la
 propriété intellectuelle (Paris
 1883) et, 125 - 126
 droits prépondérants, 122
 enregistrés
 violation des marques, 120
 enregistrement des, 120
- franchisé principal comme
 représentant du franchiseur,
 124 - 125
garantie du droit aux, 122
 limitation de responsabilité en
 relation à, 122
marque communautaire, 129
marques non enregistrées, 122
modification des, 120
passing off, 120
Protocole relatif à l'Arrangement de
 Madrid concernant l'enre-
 gistrement international des
 marques (1989), 126, 128 - 129
 sous-licence de, 119, 123 - 125
 Union de Madrid, 126 n. 13, 127
 Union de Paris, 125
- Protocole relatif à l'Arrangement de
Madrid concernant l'enregistre-ment
international des marques (1989)**
v. Propriété intellectuelle
- Publicité**
construction de la réputation et
 de l'image du système franchisé, 97
contrôle de la part du franchiseur
 de, 98
 pour un image uniforme du
 système, 98
 pour la protection des droits
 de propriété intellectuelle, 98
 pour éviter les risques de publicité
 mensongère ou trompeuse, 98
coûts du,
 responsabilité pour, 102
critères ou lignes directrices,
 fourniture de, 100
dépenses,
 compte-rendu périodique, 105
 financement des, 101
fonds de publicité, 103
 avantages des, 104

contributions des fabricants		modes de paiement,	59 - 61
ou fournisseurs au,	104	redevances de publicité,	
difficultés des,	105	taxe à la source et,	62
mise en place des,	104	redevances d'exploitation	
termes du contrat pour,	103	(<i>royalties</i>),	
locale,	105 - 106	adaptation du système et,	64
matériel publicitaire,		calcul des,	54 - 55, 59
agrément du franchiseur,	98, 99	comme source de revenu pour la	
contrôle de l'utilisation du,	99	publicité,	102
fourniture de la part du		considérations fiscales et,	61 - 62
franchiseur de,	99	contrôle des changes et paiement	
traduction du,	100 - 101	des,	60 - 61
approbation de la,	101	devise des,	60 - 61
droits sur la traduction,	101	paiements par les producteurs ou	
enregistrement de la,	101	fournisseurs,	58 - 59
nationale,	105	payées par le franchise principal,	54 - 55
plans marketing,		payées par le sous-franchisé,	56 - 57
periodique,	105	calcul des,	56
régionale,	105	responsabilité du franchise	
Questions relatives à la langue utilisée,	85	principal pour le paiements	
Rédaction de contrats,	25	des,	59 - 60
alternatives de rédaction,	31	revenus provenant de,	110
différences nationales,	26	partage du montant des,	7 - 8
langue,	26, 27 - 29	redevances initiales payées par le	
techniques de rédaction et style,	26, 29 - 30	franchise principal,	51 - 54
systèmes juridiques de droit civil,	29 - 30	considérations fiscales et,	61
systèmes juridiques de <i>common</i>		facteurs à prendre en compte lors	
<i>law</i> ,	30	du calcul des,	52 - 53
Redevances		redevances initiales payées par les	
clauses « <i>grossing-up</i> » et,	61	sous-franchisés,	55 - 56, 58
définition de la structure des		Réglementations applicables,	237 - 243
paiements,	53	agents du franchiseur,	240
marges sur les produits,	56, 57 - 58	agrément préalable d'une autorité	
conflit potentiel avec les règles de		publique,	238
concurrence des,	58	charge de l'obtention des	
effet des taxes à l'importation		autorisations,	241 - 243
sur,	58	dépôt ou enregistrement dans des	
		registres spécifiques,	238 - 239

- employés étrangers du franchiseur, 240
- impôts retenus à la source, 241
- licences d'exportation, 240
- licences d'importation, 240
- permis nécessités par la présence d'éléments étrangers, 240
- réglementation de l'activité exercée, 241
- transfert des capitaux et contrôle des changes, 241
- Relations contractuelle de franchise**
- fin de, 185 - 189
- cas dans lesquels le contrat de franchise principale prendra fin, 185 - 189
- arrivée du terme du contrat, 185 - 186
- franchisé principal exerce une action en justice pour mettre fin au contrat, 189
- franchisé principal met un terme au contrat dans le respect des dispositions contractuelles, 188 - 189
- franchiseur met un terme au contrat conformément aux dispositions contractuelles, 187 - 188
- effets de, 189 - 195
- Cession par le franchisé principal de ses droits tels que résultant des contrats de sous-franchise, 193 - 195
- pour le franchisé principal, 189 - 192
- pour le sous-franchisé, 192 - 193
- Représentation**
- limites à, 172
- République de Corée**
- Notification n° 1997-4 de la Commission sur la loyauté commerciale, 277 - 278
- Résiliation**
- v. Inexécution
- Résolution des litiges, 201 - 212**
- action en justice, 204 - 210
- choix du tribunal, 204 - 206
- exécution des décisions des tribunaux, 209 - 210
- reconnaissance des clauses attributives de compétence territoriale, 206 - 209
- arbitrage, 203, 204, 210 - 212
- Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), 210, 212
- dans les contrats de sous-franchise, 96
- exécution des sentences arbitrales en matière de commerce international 212
- Règlement d'arbitrage de la CNUDCI, 212
- Règlements d'arbitrage et de conciliation de la CCI, 203
- caractère international du contrat et, 202
- mesures intermédiaires et, 204
- mini-procès (« *mini-trials* »), 202
- négociation, médiation et conciliation, 201 - 204
- Règlement[s] de conciliation de la CNUDCI, 202 - 203
- racines culturelles des parties et, 203
- Responsabilité**
- personnelle, 171

v. <i>aussi</i> Franchiseur, responsabilité du fait d'autrui		restrictions du domaine d'utilisation (« <i>field of use restrictions</i> »),	141
Revenus		clauses de concession réciproque (« <i>grant-back clauses</i> »),	141
v. Franchiseur, Franchisé principal		clauses de non-concurrence,	140 - 141
Royalties		clauses de confidentialité et,	132 - 133, 139 - 140, 142
v. Redevances, redevances d'exploitation		clauses de non-concurrence et,	133, 140 - 141, 142 - 143
Royaume Uni,		comme droit octroïé,	36, 84
Importance économique de la franchise au,		commercial,	131 - 132
v. Franchisement, importance économique de		communication du,	137 - 138
Savoir-faire		définition,	
acquisition des connaissances formant le savoir-faire,		de l'Accord ADPIC,	133
par un tiers,	136 - 137	du Règlement d'Exemption CEE,	133
caractère secret du,	134	déscription du,	36, 131
précautions pour préserver le secret du,	134 - 135	garanties,	135
cession du,	135 - 136	information sur,	132
clauses aux fins de protection,	139 - 143	licence de,	135 - 136
à la fin du contrat,	142 - 143	protection par les termes du contrat,	131, 138, 139 - 143
clauses de confidentialité,	142	responsabilité du franchisé principal pour les informations fournies par les sous-franchisés,	138
restrictions du domaine d'utilisation (« <i>field of use restrictions</i> »),	143	valeur commerciale du,	134
savoir-faire développé par le franchisé principal et les sous-franchisés,	143	Secrets d'affaires,	132
clauses de non-concurrence post-contractuelles,	142 - 143	v. <i>aussi</i> Savoir-faire	
pendant la durée du contrat,	139 - 141	Services	
clauses de confidentialité,	139 - 140	approvisionnement des,	
		clauses du contrat relatives à,	115
		revenus de,	110
		sources d',	109 - 110, 111
		sous-traitance d',	112
		clauses de fournitures,	
		relation franchiseur/franchisé principal et,	111 - 112

- contrat de fourniture,
 - clause d'indemnisation, 115
 - distinct, 116
- contrôle de la qualité des, 108
- essentiels pour le système, 108
- fournisseurs agréés, 107, 110, 117
- propres au système, 107
- Sous-franchisés**
 - sélection des, 86
 - communication avec les, 94 - 95
 - obligation d'assurance des, 174
- Système franchisé**
 - adaptations aux exigences locales, 63 - 64
 - responsabilité pour, 64
 - améliorations au,
 - par les sous-franchisés, 94 - 95
 - modification du, 31, 144 - 158
 - au niveau international, 146 - 147
 - comme réponse aux changements de circonstances, 145 - 146
 - conditions pour faire des modifications, 71 - 72
 - droit des contrats et, 148 - 150
 - facteurs extérieurs pour, 147
 - modifications à l'initiative du franchisé principal, 148
 - modifications à l'initiative du franchiseur, 147
 - modifications généralement nécessaire, 150 - 153
 - aspect extérieur, 151 - 152
 - rénovation, 151 - 152
 - signes distinctifs, 151
 - changements dans le champ d'activité du franchiseur, 152 - 153
 - modifications apportées aux obligations du franchisé principal et des sous-franchisés, 152
 - normes de mise en œuvre
 - plus exigeantes, 152
 - obligations nouvelles, 152
 - nature de l'activité, 150 - 151
 - clientèle visée par le système franchisé, 150
 - emplacement et affectation des unités, 150
 - méthodes de commercialisation et distribution, 151
 - produits et services proposés, 150
 - territoire concédé, 150
 - modifications initiales, 145
 - modification préalable à l'expansion à l'étranger, 31 - 32
 - techniques utilisées pour modifier le système 153 - 158
 - autres techniques, 154
 - circonstances donnant l'occasion d'effectuer des changements, 155 - 156
 - mécanismes d'ajustement et de mise en œuvre, 156 - 157
 - modifications du fait de la survenance d'un événement objectivement déterminé, 155
 - rendre les modifications plus acceptables, 157 - 158
 - utilisation de documents distincts du contrat de franchise, 154 - 155
 - utilisation de l'arrivée du terme du contrat, 153 - 154
 - octroi de droits au, 34
 - Territoire**
 - concession d'un, 38
 - limitation de l'étendue du, 38 - 39

UFOC (Uniform Franchise Offering Circular)

v. North American Securities
Administrators Association (NASAA)

UNIDROIT

v. Institut international pour
l'unification du droit privé
(UNIDROIT)

Union de Berne, 130 n. 25

Union européenne

v. Communautés européennes

Unités de sous-franchise

activité des,
rapports périodiques sur, 44
reproduisant le concept de franchise
original du franchiseur, 86 - 87