

La franchise au Brésil : Passez votre chemin...

Ce n'est pas encore au Brésil que le candidat franchiseur étranger pourra découvrir les paradis de la libre entreprise. Protectionnisme, lois draconiennes sur les investissements étrangers, pouvoirs exorbitants de l'INPI brésilien... passez votre chemin ! Le Brésil n'est pas le pays de l'accorte franchise... Une possibilité malgré tout : brûler un "joint-venture".

Les conclusions à tirer des données que nous avons pu réunir concernant une éventuelle exploitation de franchise au Brésil, sont au moins aussi négatives que celles concernant la franchise au Mexique.

Malgré la potentialité énorme que représente ce marché pour partie encore inexploré, malgré son incroyable richesse en terres et en ressources naturelles, malgré une population abondante bien qu'elle soit concentrée dans les zones urbaines, ce pays a cependant une économie hautement inflationniste et a donc adopté une politique de grande protection de ses intérêts nationaux.

Les dispositions protectrices qui intéressent directement le candidat franchiseur étranger, se résument à dire que le gouvernement brésilien n'encourage que les investissements étrangers qui pourraient profiter au Brésil. A tel point d'ailleurs que le gouvernement brésilien décide parfois d'accorder des avantages fiscaux et même des subventions à certains investisseurs offrant des types d'affaires qu'il voit d'un œil particulièrement favorable. Malheureusement, la majorité des affaires qui pourraient être conduites à l'aide de la technique de la franchise ne bénéficient pas cependant de tels avantages et bien au contraire, peuvent s'attendre à rencontrer de sévères restrictions légales.

Interdiction d'importation

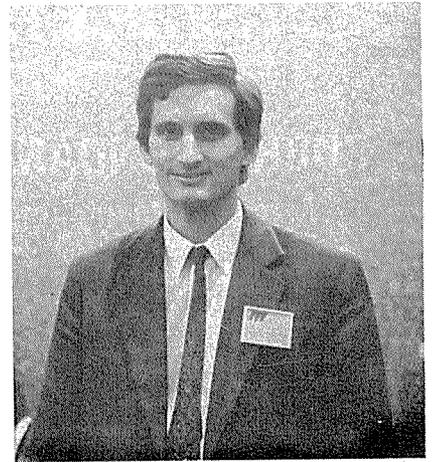
Le premier point qui n'est pas négligeable, concerne l'interdiction absolue d'importation édictée par le gouvernement brésilien pour certains types de produits. La

protection du marché national en effet, a conduit le Brésil à interdire rigoureusement l'importation d'articles tels que le papier ou le carton, y compris les emballages, les textiles et articles de mercerie, les jouets, les produits de l'industrie du bâtiment, les automobiles, les bijoux, le cuir et certains types d'outils, instruments ou matériel électrique. Toute franchise basée sur ces produits est donc d'ores et déjà condamnée, et en règle générale, n'importe quelle franchise aura besoin de papier et de textile et devra s'adapter aux conditions du marché brésilien pour se fournir de ces articles.

Le transfert de technologie :

En admettant qu'une franchise puisse être établie sans dépendre de ces articles défendus, les dispositions les plus considérables auxquelles il faudra se plier, seront celles s'appliquant au transfert de technologie.

Les lois et dispositions qui régissent la matière du transfert de technologie, sont édictées par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI). Cet organisme n'est pas à confondre avec notre INPI française qui s'applique uniquement au dépôt et enregistrement de marques. L'INPI brésilien s'occupe activement de l'enregistrement et du contrôle de tout contrat concernant un transfert de technologie. Il a le pouvoir d'examiner et d'approuver ou désapprouver, d'autoriser ou d'interdire tout contrôle s'y rapportant. L'un des soucis les plus constants de l'INPI dans son étude des conventions passées sera qu'elles ne soient pas liées entre elles et dépendantes les unes des autres. C'est pourquoi, l'INPI ne permettra



pas que tous les aspects d'une relation d'affaires soient gouvernés par un seul et unique contrat.

Au contraire, n'obtiendront l'enregistrement que les contrats qui seront limités à la couverture de n'importe laquelle parmi ces cinq catégories spécifiques. Dans le cas de la franchise, cela obligera le franchiseur à utiliser au moins deux contrats ; l'un pour la licence de la marque et l'autre pour les dispositions concernant savoir-faire et technique.

En outre, chacun de ces contrats sera sujet à des restrictions additionnelles telles que :

- un maximum de royalties sur la marque de 1 % ;
- un maximum de royalties sur le savoir-faire et les techniques variant entre 1 et 5 % selon l'industrie particulière considérée ;
- la possibilité d'un maximum de royalties encore moindre sur la marque dans l'attente de l'enregistrement de la marque au Brésil, ce qui peut prendre jusqu'à 6 années, étant donné la complexité du droit des marques brésilien ;
- des limitations dans le temps, pour la durée d'encaissement des royalties : sur les marques : limitées à dix années ;
- sur le savoir-faire et les techniques : limitées à 5 années ;
- différentes autres restrictions supplémentaires dans l'hypothèse où le contrat de franchise serait affecté par des lois spécifiques à certaines industries (notamment celles ayant égard à l'industrie automobile).

En outre, différentes autres dispositions peuvent s'appliquer au gré de l'INPI, et qui peuvent être d'une considérable importance. Certaines clauses peuvent être interdites et d'autres au contraire imposées. Notamment, il est habituellement imposé au franchiseur de divulguer les améliorations et

innovations de son savoir-faire à son franchisé, durant la vie du contrat, sans coût pour le franchisé, et il lui est interdit au contraire de prévoir une clause exigeant du franchisé de transférer au franchiseur ses propres développements et innovations. Ce qui remet donc en cause l'intégralité du principe du feed-back.

Plus encore, les concepts habituellement reconnus en droit concernant un contrat de franchise qui s'analyse comme une concession de savoir-faire et de licence de marque ne sont pas reconnus par l'INPI brésilien qui pour lui, considère le transfert de savoir-faire comme un transfert de propriété, comme une vente par le franchiseur et un achat par le franchisé. Il en résulte que les clauses de non-concurrence à la rupture ou à l'expiration du contrat sont interdites, le franchisé étant considéré comme propriétaire du système qui lui a été concédé. Il va sans dire que cette disposition peut être d'une extrême importance pour le franchiseur, soucieux de ne pas voir son savoir-faire récupéré et réutilisé gratuitement par ses franchisés brésiliens.

Si l'on ajoute que sont également interdites les clauses d'exclusivité et de fournisseurs agréés, les clauses de restriction d'activités et les restrictions de publicité, qu'il est enfin exigé que les contrats étrangers soient rédigés sur deux colonnes parallèles, l'une dans la langue du franchiseur et l'autre en portugais, l'on sera bien obligé de convenir que la franchise au Brésil est loin de se présenter sous les meilleurs auspices.

Les lois sur les investissements étrangers

Les lois sur les investissements étrangers sont, elles, moins défavorables ce qui fait que le franchiseur français qui n'aurait pas renoncé à s'installer au Brésil, aurait intérêt à pénétrer ce marché peut être par le biais d'un "joint venture". La loi brésilienne exige l'enregistrement auprès de la banque du Brésil de tout capital étranger entrant dans le pays, que ce soit en argent ou en actif. Le processus d'enregistrement implique que le contrat que l'INPI avait déjà enregistré soit à nouveau soumis à un enregistrement complémentaire auprès de la banque



du Brésil. Le montant du capital investi et déclaré auprès de la banque du Brésil servira de base pour le calcul de certaines limitations sur les distributions de dividendes et de rapatriement du capital. Les paiements de dividende à l'étranger sont soumis à une taxe de 25 % et même dans certains cas, à une taxe supplémentaire dont le pourcentage varie si les profits excèdent 12 % du capital total enregistré auprès de la banque du Brésil.

Le rapatriement dans son pays d'origine du capital enregistré, est également régi par le gouvernement brésilien ; il est autorisé lors de la dissolution d'une société brésilienne, d'une diminution de capital d'une société brésilienne, ou de la vente de parts d'une société brésilienne. Cependant le gouvernement n'accordera pas la permission de rapatriement pour plus de capital qu'il n'en a été enregistré, et peut imposer des pénalités d'impôts si par exemple il s'agit du rapatriement de profits réinvestis durant les cinq dernières années. Même dans le cas

d'un "joint venture", le schéma fiscal devrait être examiné extrêmement soigneusement, en tenant compte des tenants et des aboutissants de diverses législations parallèles ; par exemple, le pourcentage d'intérêts des partenaires peut être particulièrement important car la loi brésilienne interdit que des royalties soient payées par une filiale dont la majorité est détenue par une société étrangère à cette même société étrangère. D'autres facteurs doivent être considérés, comme par exemple, la législation relativement touffue qui régit les procès en rupture de contrat, de même que la loi brésilienne anti-trust qui exige un enregistrement de certains contrats restrictifs auprès du Conseil administratif de la défense économique (CADE), qui n'est pas rigoureusement appliquée par le CADE lui-même, mais est en revanche souvent revendiquée par les parties privées.

Olivier GAST
Avocat à la Cour de Paris et