

Le Droit à la franchise en Australie : le nouveau Code d'auto-réglementation

par M. Kenneth M. Brimaud
BA, LLB (Syd)

INTRODUCTION

Jusqu'au mois de février 1993, le secteur de la franchise en Australie ne faisait l'objet d'aucune réglementation particulière, exceptées quelques dispositions particulières principalement relatives au secteur du pétrole, et au statut des agents. Le 1er février 1993, la franchise s'est vue dotée d'un Code d'auto-réglementation imposant au franchiseur et au franchisé de se conformer à certaines règles visant à garantir la loyauté dans leurs relations.

Bien que ce Code n'ait pas l'effet obligatoire d'une loi, il devrait cependant avoir un effet immédiat et très important sur les obligations des franchiseurs, et plus généralement, sur l'industrie de la franchise australienne, qui représente d'ores et déjà 25 % du commerce australien.

Avant le mois de février 1993, certains doutes subsistaient quant à la définition légale et au cadre réglementaire dans lequel s'inscrivait la franchise. Ainsi, à titre d'exemple, furent adoptées au début des années 80 certaines décisions contradictoires qui essayaient de déterminer si la franchise

représentait un "intérêt prescrit", imposant à ce titre l'accomplissement de certaines formalités spécifiques au droit des sociétés. En août 1983, ce point fut clarifié par la Règle n° 118, qui exempta les franchises de ce conformer aux dispositions spécifiques résultant de l'"intérêt prescrit", dans la mesure où elles respectaient les autres exigences de la Règle précitée.

Afin d'élaborer une réglementation applicable à l'industrie de la franchise, le Conseil des Ministres proposa alors en 1986 l'adoption d'une loi relative aux accords de franchise dont le but était de réglementer la franchise par l'adoption d'une législation spécifique, et non plus par la seule référence au droit des sociétés et aux définitions de "l'intérêt prescrit". Une "Task Force Franchise" fut mise sur pied au début de l'année 1991 par le Ministre Fédéral des Petites et Moyennes Entreprises et des Consommateurs, et comprenant plusieurs représentants de différents secteurs de franchise. Son but était essentiellement d'examiner et de proposer des mécanismes pour la réduction des barrières et des obstacles à l'efficacité et au développement de la franchise. Le dernier rapport de la Task Force fut publié le 13 Décembre 1991 après

neuf mois d'enquête publique, sa principale recommandation étant l'établissement d'un Code d'auto-réglementation.

Le point essentiel était que la Task Force déconseillait l'adoption d'une loi avant que des règles d'auto-réglementation ne soient élaborées. De manière très claire se dégageait une décision délibérée d'éviter certains problèmes existant aux Etats-Unis au regard de l'application de la loi sur la franchise, tels que le chevauchement des règles applicables au niveau fédéral et de chaque Etat, qui avait débouché sur des coûts accrus et un encombrement administratif. Les Etats et territoires australiens, d'un autre côté, ont adopté la proposition du Gouvernement Fédéral et ont accepté de retarder l'adoption d'une loi relative au secteur de la franchise aussi longtemps qu'une auto-réglementation n'avait pas été mise au point et n'avait pas pu être en mesure de démontrer son efficacité.

Dans ce contexte, il conviendra de noter que la franchise en Australie est d'ores et déjà soumise à l'application d'une législation relative au commerce, comme la loi sur les pratiques commerciales, ou la loi sur les corporations.

De plus, il est indéniable qu'aucun système ne peut être capable de protéger chaque franchisé ou franchiseur dans toutes les circonstances qu'il est capable de rencontrer dans la vie des affaires, ou de garantir que tous les systèmes de franchise réussiront. Ainsi, le choix d'un Code d'auto-réglementation a essentiellement permis d'éviter le risque d'un coût additionnel administratif considérable, dans un secteur dont le flux monétaire est d'environ 32 milliards de dollars par an.

Un autre point fondamental est que bien que le Code ne mette en place des mécanismes d'auto-réglementation, ces derniers devraient toutefois entraîner une pression considérable à l'égard des franchiseurs afin qu'ils se conforment aux dispositions du Code. De même, les franchiseurs qui se prévaudront de ce Code seront clairement et facilement identifiables par un numéro d'enregistrement, qui pourrait devenir à terme un symbole important de leur intégrité commerciale.

Bien que l'enregistrement effectué conformément aux règles du Code ne soit pas obligatoire, les autorités espèrent que les franchiseurs et les franchisés se conformeront

à ses dispositions, étant donné que des représentants de chaque partie étaient impliqués dans le processus d'élaboration du Code débouchant sur un apparent consensus général quant à ses dispositions finales.

LE CONSEIL D'ADMINISTRATION DU CODE DE LA FRANCHISE ET SON FINANCEMENT

Le Code sera administré par un "Conseil d'administration du Code de la Franchise", créé le 4 février 1993 par le Ministre Fédéral. Ce conseil, qui a pour charge de veiller à la bonne application du Code, se veut être très représentatif et comprend cinq représentants des franchiseurs, cinq représentants des franchisés, deux représentants des conseils (par exemple des avocats, juristes, consultants marketing, consultants management, etc.) deux représentants des investisseurs (institutions financières, publicitaires, etc.), un Président et un représentant du Gouvernement en qualité d'observateur.

On peut s'attendre à ce que le Conseil s'octroie un rôle clé dans l'avenir de l'industrie de la franchise en Australie. Un examen de son rôle et de ses fonctions confirme cette hypothèse : il en est ainsi des rapports communiqués au Ministre, de la finalisation des termes précis du Code, de la possibilité de retrait d'enregistrement, de l'analyse des effets de l'adoption de ce Code et du pouvoir d'exemption de certains accords au système d'un respect total, ou partiel, des dispositions d'auto-réglementation.

Le Conseil est également chargé de rechercher un respect du Code par chacune des parties impliquées dans la franchise considérée.

Le coût du fonctionnement du Conseil et de chacune de ces opérations sera financé au moyen du versement de redevances d'enregistrement.

Les franchiseurs, les conseils ainsi que les investisseurs enregistrés en vertu des dispositions du Code auront ainsi l'obligation de payer une redevance initiale d'enregistrement, ainsi qu'une redevance annuelle de renouvellement. Le Code ne dispose pas de l'enregistrement des franchisés qui sont soumis au régime du Code par le seul effet du contrat conclu avec leur franchiseur.

LE RESPECT DU CODE

Le franchiseur, les conseils et les investisseurs qui s'enregistreront auprès du Conseil avant le 30 juin 1993 seront soumis à l'obligation de respecter le Code aussi rapidement que possible, et, en tout état de cause, à compter du 1er juillet 1993.

Bien que le Code prévoit un enregistrement des franchiseurs, des conseils ainsi que des investisseurs, il ne le prévoit pas à l'égard des franchisés qui ne peuvent entrer dans le régime du Code que par l'accord des franchiseurs qui doivent inclure dans leurs nouveaux contrats de franchise une disposition imposant aux franchisés de respecter le Code. Par ce moyen, les nouveaux franchisés intégrant ces réseaux sont couverts par les dispositions du Code.

A l'égard des franchisés qui appartiennent déjà à leur chaîne, les franchiseurs qui se sont enregistrés auprès du Conseil doivent tout mettre en oeuvre afin d'encourager leurs franchisés à se conformer aux dispositions du Code. De cette manière, les franchisés actuels qui ont d'ores et déjà conclu un contrat avec un franchiseur enregistré deviendront soumis aux dispositions du Code. Il est précisé qu'un franchiseur ne sera pas supposé être responsable d'un manquement au respect du Code, dans l'hypothèse où un franchisé refuserait de se conformer à ses dispositions.

Le Conseil étant chargé de rechercher le respect des dispositions du Code par chacune des parties concernées, les franchiseurs seront requis d'en garantir le respect en informant contractuellement leurs franchisés de l'obligation mise à la charge de ces derniers de se conformer aux règles de ce document. Il ne devrait pas y avoir de difficultés pour obtenir l'engagement des franchisés existants de respecter le Code, dans la mesure où presque toutes les obligations ainsi que les devoirs sont mis à la charge du franchiseur, les franchisés bénéficiant quant à eux de la plupart des avantages de l'adoption du Code. En tout état de cause, ce document n'élabore pas de guide relatif aux moyens par lesquels les franchiseurs doivent mettre leurs anciens contrats de franchise aux nouvelles normes. La lumière n'est pas faite sur le point de savoir s'ils doivent se diriger vers la voie d'un simple accord tacite, ou si la conclusion d'un accord signé par chacune des parties est nécessaire.

Bien qu'il n'y ait aucune contrainte formelle de respecter le Code, le rapport de la Task Force a clairement disposé qu'une contrainte suffisante résultera de l'adoption de certaines méthodes et techniques, ainsi que de l'exercice de pressions morales et commerciales.

Les méthodes, techniques et pressions précitées incluent notamment :

- une déclaration préalable des parties selon laquelle elles s'engagent à respecter le Code, sera requise préalablement à l'octroi d'un numéro d'enregistrement ;
- on peut s'attendre à ce que les banques et les institutions financières enregistrées ne délivrent des services personnalisés qu'aux seuls franchiseurs capables d'apporter la preuve de leur numéro d'enregistrement ;
- le même système devrait s'appliquer à l'égard des publicitaires ainsi que des investisseurs ;
- le conseil rendra public son rapport annuel dans lequel sera incluse la liste des parties qui ont accepté de se conformer au Code, ainsi que de celles qui ont été retirées du Registre en raison d'une violation du Code ;
- ce registre sera considéré comme un document public, et mis à la disposition de toute personne intéressée.

CHAMP D'APPLICATION DU CODE

Le Code s'appliquera aux systèmes de franchise en Australie, et inclura la vente de franchises "multiples" par des franchiseurs étrangers. La vente d'une seule master-franchise australienne de la part d'un franchiseur étranger sera exemptée. Le Code ne s'appliquera pas à la vente de franchises australiennes à des personnes qui résident en dehors de l'Australie, lorsque la franchise sera exécutée en dehors du territoire australien.

Conformément au Code, le terme 'Franchise' signifie un "contrat, accord ou arrangement, express ou tacite, écrit ou oral, entre deux personnes ou plus, par lequel une partie au contrat de franchise (le franchiseur) autorise ou permet à l'autre partie à l'accord (le franchisé) le droit de s'engager dans le commerce d'offre, de vente, de distribution de biens ou de services en Australie, et que le contrat de franchise contient au moins les obligations ou dispositions suivantes :

- le franchiseur accorde au franchisé le droit d'utiliser la marque du franchiseur ;

- le franchisé est tenu d'exploiter sa franchise conformément au système ou aux plans marketing, commerciaux ou techniques tels que spécifiés par le franchiseur ;

- une disposition par laquelle le franchiseur doit fournir aux franchisés une assistance continue d'ordre marketing, commercial ou technique.

Le Code dispose que l'absence de l'une ou de l'ensemble des obligations ou dispositions précitées n'entraînera pas systématiquement disqualification du contrat de franchise.

PRINCIPALES DISPOSITIONS DU CODE

Le document de disclosure

Une des principales priorités du Code est de favoriser la délivrance d'une information pré-contractuelle de qualité.

Aussi, les franchiseurs sont requis de délivrer des disclosures complètes et sincères à leurs franchisés, de manière à permettre à ces derniers d'avoir accès à une information commerciale complète sur les investissements relatifs à la franchise.

Le régime de disclosure requiert de la part des franchiseurs de remplir un document de disclosure exhaustif et très détaillé, de manière à garantir un niveau minimal d'informations au niveau financier. L'énumération de ces dispositions minimales du document de disclosure est détaillée dans une annexe du Code.

Le document de disclosure devra être renouvelé au minimum une fois par an. Il devra être remis aux franchisés actuels au moment du renouvellement de leur contrat, ou à la demande de ces derniers, s'ils expriment le désir d'en prendre connaissance. De cette manière, les franchisés actuels auront eux aussi la possibilité de bénéficier de l'adoption du Code.

L'information devant être délivrée dans le document de disclosure inclut :

- un résumé détaillé de l'expérience commerciale du franchiseur et de ses dirigeants, au regard de la franchise considérée ;
- des déclarations financières relatives, au minimum, aux deux derniers exercices ;
- des renseignements relatifs à toute procédure engagée à l'encontre du franchiseur ou de l'un de ses dirigeants, notamment dans le cadre de l'exercice d'une procédure collective ;

- un résumé très clair des principales caractéristiques de la franchise considérée ;

- une liste détaillée des achats relatifs à l'ouverture de la franchise ;

- des renseignements relatifs aux arrangements financiers proposés aux franchisés, s'agissant particulièrement des prêts pouvant leur être accordés ;

- le nombre des franchises actuelles, le nombre des franchises résiliées ou non renouvelées l'année précédente, ainsi que des détails relatifs aux procédures actuelles avec des franchisés ;

- l'historique du réseau, ainsi que des détails relatifs aux anciennes franchises, incluant les circonstances de cessation des relations contractuelles ;

- lorsque des comptes prévisionnels sont délivrés aux franchisés, ils doivent être accompagnés des documents sur la base desquels ils ont été élaborés.

Lors de la rédaction du document de disclosure, les franchiseurs devront être très prudents de manière à garantir que les renseignements délivrés sont précis et clairs, car si tel n'était pas le cas, ils seraient soumis aux dispositions de l'article 52 de la loi sur les pratiques commerciales. De la même manière, il devrait n'y avoir aucune ambiguïté dans le document d'information ainsi que dans le contrat de franchise.

Il est facilement prévisible qu'à terme, les documents de disclosure seront utilisés comme outils commerciaux, incluant des photos ou des diagrammes, de la même manière que s'agissant des rapports annuels des compagnies publiques.

Autres dispositions essentielles

Le Code contient également d'autres dispositions essentielles telles que :

(1) L'obligation de rédaction d'un engagement au terme duquel, préalablement à la conclusion d'un contrat de franchise, le franchisé certifie qu'il a reçu et lu :

- a) Le document de disclosure, sept jours au minimum avant la date de conclusion du contrat de franchise ;
- b) un guide de publication pour les franchisés, approuvé par le Conseil ;
- c) une copie du Code.

Le franchisé doit alors, soit signer une déclaration au terme de laquelle il déclare que le contrat de franchise lui a été expliqué par un

avocat, soit obtenir un certificat, ayant le même objet, mais émanant d'un avocat. Cette disposition, a pour objet de rappeler aux parties les obligations juridiques résultant de la conclusion d'un contrat de franchise, parallèlement aux obligations commerciales ou financières qui en résultent.

(2) Un numéro d'enregistrement au Code : ce numéro doit apparaître lorsqu'un franchiseur recrute des candidats. Ce numéro doit également figurer dans les publicités et sur le matériel promotionnel utilisé par les conseils et les investisseurs, dans leurs actions de promotion de leurs services spécifiques à la franchise.

(3) Une période de réflexion : c'est-à-dire une période de sept jours pendant laquelle les franchisés peuvent décider de ne pas donner suite au contrat qu'ils ont conclu, et en conséquence, le résilier. Il apparaît que cette période de réflexion n'est pas obligatoire lors d'un renouvellement de contrat de franchise, ou lors de l'achat d'une franchise à un franchisé existant. Peu d'explications ont été données sur le point de connaître les raisons de l'absence de ce délai de réflexion dans le dernier cas précité, bien que l'on puisse légitimement penser que c'est en raison de l'existence d'un équilibre des forces dans le cas où un franchisé achète à un autre franchisé.

Si le franchisé décide, à l'issue de la période de réflexion qui lui est offerte, de ne pas poursuivre l'exécution de ce contrat, le franchiseur n'a le droit de conserver que les seules dépenses qu'il a dû réellement engager dans le cadre des négociations avec ce franchisé.

(4) Un franchisé désirant céder une franchise est tenu de délivrer au candidat acquéreur la copie des résultats de ses trois derniers exercices.

(5) Règles de bonne conduite : Il est rappelé que les franchiseurs et les franchisés ne doivent jamais prendre part à des activités contraires à la Loi. Il est également précisé que les franchiseurs et les franchisés doivent respecter une certaine éthique dans le cadre de leurs relations commerciales avec des tiers.

(6) Clause compromissoire : le Code élabore un mécanisme d'arbitrage destiné à résoudre les conflits entre franchiseurs et franchisés, lorsqu'un conciliateur ou un médiateur est désigné par les parties.

Ce recours à l'arbitrage devrait permettre aux parties un gain substantiel de temps et d'argent, tout en insistant sur l'importance pour les parties de la possibilité de poursuivre leurs relations.

(7) Identification : les franchiseurs enregistrés auprès du conseil ont obligation d'imposer à leurs franchisés d'identifier de manière très claire leurs locaux commerciaux, en indiquant qu'ils agissent en qualité de franchisé d'un réseau.

LES CONSEILS

Après avoir donné une définition du terme de "conseils", le Code dispose que les conseils enregistrés auront l'obligation de délivrer à leurs clients actuels et potentiels un document décrivant leur expérience professionnelle ainsi que les domaines dans lesquels ils ont acquis cette expérience.

LES INVESTISSEURS

Certaines banques sont spécialisées dans le financement de réseaux de franchise. Les banques et les institutions financières qui sont enregistrées auront l'obligation de ne traiter qu'avec des franchiseurs enregistrés ou des franchisés appartenant à un réseau dont le franchiseur est lui-même enregistré.

De la même manière, les éditeurs ainsi que les agences publicitaires ne devront exercer leurs activités dans le domaine de la franchise que lorsque la preuve d'un enregistrement près du code apporté par l'autre partie.

Ainsi, les dispositions précitées pourraient entraîner un effet pervers, à savoir pour les franchisés qui n'appartiennent pas à un réseau enregistré l'impossibilité de s'adresser à des banques ou autres organismes précités, lorsque leur franchiseur n'est pas enregistré conformément aux dispositions du Code. Dans une telle hypothèse un franchisé invoque le fait qu'il est réellement désavantagé en raison de l'absence d'enregistrement de son franchiseur, il aura l'autorisation de s'adresser au Conseil afin que ce dernier autorise les investisseurs précités à délivrer leurs services à ce franchisé.

CONCLUSION

L'adoption de ce Code d'auto-réglementation, administré par un conseil comprenant des représentants de différents secteurs de la fran-

chise, doit être applaudi en ce qu'il apporte une réponse à certaines revendications, en dehors d'un cadre purement législatif.

Principalement, le Code a été élaboré dans un langage très simple, facilement compréhensible, de manière à ce que les différentes parties puissent prendre pleinement conscience de la portée de leurs obligations et devoirs respectifs.

Un autre point important est que le document de disclosure crée une lourde responsabilité à la charge du franchiseur, qui doit prendre soin de fournir un document complet, exhaustif et détaillé aux candidats franchisés.

Ce document doit résumer de manière très réaliste l'historique de la franchise, et doit contenir toutes les clés historiques et techniques de l'accord proposé, ainsi que le détail des obligations juridiques qui seront mises à la charge de chacune des parties. L'actuel Ministre Fédéral des petites et moyennes entreprises a déclaré que l'industrie de la franchise a deux ans pour se conformer aux dispositions du Code, à compter de son adoption. Si tel n'était pas le cas à l'issue de ce délai, un processus législatif serait alors introduit.

Bien que certains franchiseurs semblent peu se réjouir de l'adoption des dispositions relatives à l'information précontractuelle, telles que contenues dans le Code, ces impératifs de disclosure semblent cependant très raisonnables. En réalité, cette obligation d'information précontractuelle devrait protéger de manière indirecte les franchiseurs, en informant les franchisés de manière beaucoup plus approfondie de l'ensemble des obligations mises à leurs charges aux termes du contrat de franchise.

Ce Code devrait profondément modifier le contexte dans lequel auront lieu toutes transactions relatives à ces contrats, tout en évitant de trop grands risques d'augmentation des coûts de développement d'une franchise. L'adoption de ce Code représente ainsi une avancée significative en matière de prévention des litiges et contentieux, en favorisant un consentement éclairé de chacune des parties à la franchise.

Traduction par
Maître Olivier GAST,
Avocat à Paris
 Ancien Président de la
 Commission "Franchise" de l'UIA