

FRANCHISING IM WANDEL

GEDÄCHTNISSCHRIFT FÜR
WALTHER SKAUPY

VERLAG C.H.BECK



Dr. Walter Kaupy

FRANCHISING
IM WANDEL

GEDÄCHTNISSCHRIFT
FÜR WALTHER SKAUPY

HERAUSGEGEBEN
VON

DR. ECKHARD FLOHR

(in Zusammenarbeit mit der EFLaw – European
Franchise Lawyers Association EEIG, Brüssel)



VERLAG C. H. BECK MÜNCHEN 2003

Verlag C. H. Beck im Internet:
beck.de

ISBN 3 406 50794 8

© 2003 Verlag C. H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München

Druck: Druckhaus Thomas Müntzer
Neustädter Straße 1-4, 99947 Bad Langensalza

Satz: Richarz Publikations-Service GmbH
Bahnstraße 7, 53757 St. Augustin

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

AUTORENVERZEICHNIS

Manfred Maus

Aufsichtsratsvorsitzender der OBI AG, Wermelskirchen

Dr. Hubertus Boehm

Geschäftsführender Gesellschafter, Syncon Gesellschaft für
Marketing + Kooperation mbH, München

Marc Abel

Rechtsanwalt, Field, Fisher & Waterhouse, London

Reinhard Böhner

Rechtsanwalt, München, Mitglied der E.F.Law – European
Franchise Lawyers Association

Rita d'Avis

Rechtsanwältin, TIGGES Rechtsanwälte, Düsseldorf

Ruth Dünisch

Rechtsanwältin, Klein & Partner, München

Günter Erdmann

Rechtsanwalt, Wenke Erdmann, Hamburg, Mitglied der E.F.Law –
European Franchise Lawyers Association

Dr. Eckhard Flohr

Rechtsanwalt, TIGGES Rechtsanwälte, Düsseldorf, Mitglied der
E.F.Law – European Franchise Lawyers Association

Prof. Dr. Aldo Frignani

Studio Legale Frignani, Turin

Oliver Gast

Avocat à la Cour, Paris

Prof. Dr. Habermeier

Lehrstuhl für bürgerliches Recht und Gesellschaftsrecht, Universität
Greifswald

<i>Rechtsanwalt Olivier Gast</i> UNIDROIT: Vers une loi mondiale sur la franchise?	111
<i>Prof. Dr. Stefan Habermeier</i> Internationales Franchising und nationales Markenrecht	119
<i>Marco Hero</i> Franchise-Systeme und Europäisches Markenrecht	137
<i>Rechtsanwalt Dr. Kay Jacobsen</i> Sanierung und Franchising: Gemeinsames Wagnis – gemeinsames Risiko?	159
<i>Rechtsanwalt Joachim Klapperich</i> Geschichte des Franchising	187
<i>Rechtsanwälte Christoph Liebscher und Dr. Alexander Petsche</i> Franchising und der Österreichische Oberste Gerichtshof	193
<i>Rechtsanwalt Dr. Helmuth Liesegang</i> Keine Prospekthaftung des Franchisegebers	225
<i>Bret Lowell</i> Entering the U.S. Market: Choosing franchising or distribution	235
<i>Prof. Dr. Dr. Dr. hc. Michael Martinek</i> Standortanalyse und Wirtschaftlichkeitsberechnung für Franchisebetriebe – Was lehren uns die Betriebswirtschaftler?	241
<i>Prof. Dr. Martin Mendelsohn</i> The UNIDROIT model Law	293
<i>Rechtsanwalt Dr. Karsten Metzloff</i> Preiswerbung in Franchisesystemen	307
<i>Rechtsanwalt Albrecht Schulz</i> EG-Gruppenfreistellungsverordnung für vertikale Vertriebsbindungen – Interpretations- und Anwendungsprobleme	333
<i>Prof. Dr. Holger Senne und Elke Platzhoff</i> Arbeitsrecht und Schuldrechtsmodernisierung – Dogmatische Reflexionen und praktische Auswirkungen ausgewählter Fragestellungen	361

<i>Andrew J. Sherman</i> Breaking the Myths: Understanding Franchising Regulation in the United States	375
<i>Rechtsanwalt Dr. Benedikt Spiegelfeld</i> Der Franchisevertrag und das österreichische Konsumentenschutzgesetz	393
<i>Rechtsanwalt Dr. Dieter Stummel</i> Rechtsfragen der außerordentlichen und fristlosen Kündigung von Franchiseverträgen	413
<i>Rechtsanwalt Christian Treumann</i> Franchiserecht in der Rechtspraxis – eine Fallstudie	431
<i>Rechtsanwalt Dr. Christoph Wildhaber</i> Die Bekanntmachung zu Vertikalabreden der schweizerischen Wettbewerbskommission	451
<i>Philip F. Zeidman und Lee J. Plave</i> Application of U.S. Franchise Laws to International Transactions	455
<i>Chantal Zimmer</i> La Franchise s'auto-discipline: Le code Européen de la franchise	461
ZWEITER TEIL. BETRIEBSWIRTSCHAFTLICHE FRAGEN DES FRANCHISING	
<i>Prof. Dr. Dieter Ahlert/Frank Markmann/Julian Steiff</i> Zertifizierung von Franchisesystemen	473
<i>Wirtschaftsprüfer und Steuerberater Prof. Dr. Thomas Katz</i> Handels- und steuerrechtliche Besonderheiten des Franchising	491
<i>Dr. Jürgen Knigge</i> Franchise-Finanzierungs-Erfolg mit professionellem Franchise-Finanzkonzept und -Businessplan	509

OLIVIER GAST

UNIDROIT: Vers une loi mondiale sur la franchise?

La franchise est certainement le mode de distribution qui s'est le plus développé à travers le monde ces trente dernières années.

Devant cette expansion, UNIDROIT (Institut International pour l'Unification du Droit Privé) a décidé d'élaborer une loi mondiale sur la divulgation des informations en matière de franchise. Un comité d'experts gouvernementaux, chargé d'élaborer une loi type sur ce sujet, devenue loi-type sur la divulgation des informations en matière de franchise, s'est réuni lors de deux sessions à Rome, des 25 au 29 juin 2001 et 8 au 12 avril 2002 (I).

Parmi ces nombreux experts, l'U.I.A. (Union Internationale des Avocats), dont je préside la Commission Franchise, était présente. Je suis effectivement de près ce projet de loi mondiale sur la franchise depuis ses origines et me félicite de l'avancée des derniers travaux qui témoigne d'un rapprochement de la loi type UNIDROIT vers la loi Doubin du 31 décembre 1989 (II).

I. De La nécessité d'élaborer une loi mondiale sur la franchise

UNIDROIT s'intéresse à la franchise depuis déjà de nombreuses années.

UNIDROIT a été créé en 1926 comme organe auxiliaire de la Société des Nations. Suite à la dissolution de celle-ci, il fut reconstitué en 1940 en vertu du Statut organique d'UNIDROIT, acte multilatéral. 59 Etats sont aujourd'hui membres de l'Institut, dont le siège est à Rome.

Il s'agit d'une organisation intergouvernementale indépendante qui étudie les moyens d'harmoniser et de coordonner le droit privé d'Etats ou de groupes d'Etats et prépare graduellement l'adoption de règles uniformes de droit privé par divers Etats.

Le Secrétariat, dirigé par le Secrétaire Général, représente l'organe exécutif d'UNIDROIT. Il est chargé de la mise en œuvre du programme de travail. Les moyens d'atteindre les objectifs de l'Institut sont déterminés par le Conseil de Direction, qui supervise également les travaux du Secrétariat. Enfin, l'Assemblée Générale vote le budget annuel et approuve le programme de travail.

En raison de sa nature intergouvernementale, la plupart des règles uniformes élaborées par UNIDROIT prennent la forme de conventions internationales, qui priment sur le droit interne des Etats les ayant ratifiées.

Cependant, étant donné les difficultés souvent rencontrées dans l'application des conventions internationales, UNIDROIT préfère parfois recourir à d'autres moyens.

L'Institut édicte également des principes généraux qui s'adressent directement aux magistrats, arbitres et parties contractantes, chacun restant libre de leur application.

L'on peut par exemple citer les Principes relatifs aux contrats du commerce international.¹ Enfin, les lois modèles sont utilisées afin d'assister les Etats dans la préparation d'une réglementation nationale sur une matière déterminée.

Cependant, si l'élaboration de règles uniformes semble prématurée, l'Institut peut simplement éditer un guide juridique, plus particulièrement destiné aux professionnels des nouvelles techniques commerciales, encore peu répandues.

Ainsi, sous l'impulsion de l'adoption du Règlement communautaire d'exemption du 30 novembre 1988², la mise en place d'un Comité d'étude en matière de franchise a été décidée par le Conseil de direction d'UNIDROIT en 1993.

Il en est résulté, après une période d'observation du déroulement des événements en la matière au niveau national et international l'élaboration d'un „Guide sur les Accords Internationaux de Franchise principale³“, consacrant l'importance de la master franchise dans la pratique internationale.

De leur côté, nombre d'Etats ont légiféré en matière de franchise. Malheureusement, tous les Etats n'ont pas suivi l'exemple du législateur

¹ Principes relatifs aux contrats du commerce international, UNIDROIT, 1994, 263 p.

² 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, J.O.C.E. L. 359/46 du 28 décembre 1988).

³ Guide sur les Accords Internationaux de Franchise Principale, 1998, UNIDROIT, 304 p.

français qui, en adoptant la loi DOUBIN le 31 décembre 1989, a répondu à l'attente des réseaux de franchise.

Certaines législations régissaient les relations entre les parties ou bien contenaient des dispositions trop restrictives. Ceci risquait fort de mettre un frein au développement de la franchise.

Or la franchise encourage la croissance économique. La loi type sur la franchise représente donc une opportunité pour les pays en développement. La franchise encourage la création d'entreprises. Je soulignais déjà dans mon projet de loi:

„C'est parce qu'il y a dans notre pays plusieurs milliers d'entrepreneurs potentiels, de franchisés virtuels, que la P.M.E. performante et conquérante peut espérer en constituant des chaînes solides, percer son marché et redevenir concurrentielle.“

L'élaboration d'une loi mondiale sur la franchise est apparue à UNIDROIT comme une nécessité. En décembre 2000, le Comité d'étude d'UNIDROIT proposait un projet de loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise, accompagné d'un rapport explicatif.

La formule de la loi type a été retenue comme le meilleur moyen d'encourager les Etats ne bénéficiant pas encore d'une réglementation en matière de franchise ou ayant une législation restreignant son épanouissement, à adopter une loi en la matière ou à réformer la loi déjà existante.

Le projet a été soumis une première fois à un Comité d'experts gouvernementaux lors d'une session tenue à Rome du 25 au 29 juin 2001. S'étaient alors opposées deux approches: l'approche anglosaxonne, faisant primer la liberté précontractuelle et l'approche européenne soutenant au contraire un certain formalisme aux fins de protection du futur franchisé.

L'on a pu cependant constater lors de la seconde session du Comité du 8 au 12 avril 2002, la reconnaissance par la quasi-totalité des délégations présentes de l'importance de la protection du candidat à la franchise.

⁴ Olivier Gast, extrait de l'introduction de son projet de proposition de loi sur la franchise, publiée en mars 1985.

*II. La loi type UNIDROIT sur la divulgation
des informations en matière de franchise:
Une loi fortement inspirée par la loi Doubin*

La seconde session du Comité d'experts gouvernementaux chargé d'élaborer une loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise a attiré un plus grand nombre d'Etats que la première. Ils se sont tous fédérés autour d'une idée: la protection du franchisé.

De la même manière que la loi Doubin, la loi type UNIDROIT n'est consacrée qu'à l'information précontractuelle. Réglementer les rapports franchisés-franchiseur serait effectivement plus un frein au développement à la franchise que protecteur des intérêts du franchisé. La primauté du principe de l'autonomie de la volonté doit subsister dans les relations contractuelles.

En revanche, lorsqu'il adhère à un réseau, le franchisé peut avoir à réaliser des investissements assez importants. Une entreprise est créée, raison pour laquelle, il est apparu essentiel pour l'Institut, de même que pour le législateur français, de mettre à même le franchisé de s'engager en connaissance de cause⁵.

La loi type UNIDROIT prévoit ainsi la divulgation de nombreuses informations au candidat à la franchise.

Lors des réunions de Rome, deux approches se sont opposées, l'approche européenne et l'approche anglosaxonne, le formalisme et la liberté précontractuelle. Les Etats-Unis, très présents, ont eu une approche axée principalement sur la franchise internationale et la master franchise. L'approche européenne, sous l'influence de la loi Doubin, a paru plus soucieuse de la protection des intérêts des futurs franchisés.

Lors de la première session, la Loi type ne comprenait aucune disposition de nature économique ou marketing, à l'instar de la loi Doubin et à l'obligation des franchiseurs français de dresser un état du marché général et local des produits ou services faisant l'objet du contrat avec leurs perspectives de développement.

La seconde session a intégré des dispositions marketing très fortement inspirées de la loi Doubin.

La Loi type comprend 10 articles:

- Article 1^{er}: Champ d'application de la Loi;
- Article 2: Définitions,

⁵ Gast O., *Le Guide pratique de la loi Doubin*, Gast, 2^{ème} éd., 1998.

- Article 3: Modalités de remise de l'information précontractuelle;
- Article 4: Présentation du document d'information;
- Article 5: Dispenses de l'obligation de divulgation de l'information;
- Article 6: Contenu des informations fournies;
- Article 7: Clause de confidentialité;
- Article 8: Accusé de réception du document d'information;
- Article 9: Langue utilisée dans le document d'information;
- Article 10: Voies de recours.

La Loi type dispose expressément que l'information pré-contractuelle doit être fournie par écrit. Il convient ici de préciser que le terme écrit couvre également la notion d'écrit électronique, moyen de preuve récemment consacré en France par la loi du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique.

Les principales discussions ont porté sur les articles 5 et 6 de la Loi.

L'article 5 de la Loi type prévoit des dispenses à l'obligation de divulgation d'information, contrairement à la loi Doubin. De nombreux cas de figure sont envisagés par le texte.

Dans le cas où les contributions financières annuelles ou contractuellement prévues sont inférieures à un certain montant, le franchiseur n'a pas à sa charge d'obligation d'information pré-contractuelle. Il en est de même si le candidat à la franchise exerçait depuis plus de deux ans une activité commerciale identique ou similaire et qu'il ne prévoit pas de réaliser, durant la première année plus de 20 % de son chiffre d'affaires cumulé en vertu du contrat de franchise à venir.

En outre, le franchiseur est dispensé de l'obligation d'information précontractuelle si le montant de l'investissement prévu ou de l'actif net du bilan du candidat à la franchise cumulé avec celui de ses affiliés est très élevé ou si la franchise est réservée à une seule personne ou entité sur le territoire d'un Etat.

UNIDROIT considère dans ce cas que la remise d'un document d'information pré-contractuelle serait inutile car en principe, de longues négociations préalables sont nécessaires à la conclusion de tels contrats. De plus, ces personnes ne sont généralement pas novices en matière de commerce.

La Loi type envisage également une dispense de l'obligation d'information précontractuelle lorsque le candidat à la franchise était déjà en possession de nombreuses informations sur le réseau.

Ainsi, si le futur franchisé a été un dirigeant ou un administrateur du franchiseur ou de l'un de ses affiliés pendant les six mois précédant la

signature du contrat de franchise ou s'il s'agit d'un renouvellement ou de la prolongation d'un contrat de franchise existant, le franchiseur n'aura pas à remettre le document d'information pré-contractuelle au franchisé.

Enfin, aucune délivrance d'information n'est requise lorsqu'un contrat de franchise en cours d'exécution est cédé à un autre franchisé dans les mêmes conditions.

L'on pouvait regretter l'énumération trop longue de l'article 5. Le Comité est cependant revenu sur cette liste lors de la seconde session.

Ainsi, l'article 5 (G), qui prévoyait une dispense de divulgation lorsque la somme totale des contributions financières contractuellement prévues était inférieure à un certain seuil a été supprimé. Cette disposition allait en effet à l'antonomie du but de l'obligation de divulgation, qui est la protection de la partie la plus faible.

De même, la dispense du master franchiseur de son obligation d'information envers le master franchisé a été retirée.

L'article 6 énumère, de manière très détaillée, les informations devant être fournies au candidat franchisé par le franchiseur. Cet article a fait l'objet de longs débats durant les réunions.

L'article fait expressément référence à la master-franchise. Le 3^{ème} paragraphe oblige en effet le master-franchisé à fournir au franchisé des informations concernant le master-franchiseur.

La principale question qui s'est posée était de savoir si la liste fournie est exhaustive et fermée, ou au contraire, indicative et donc ouverte.

Après de longues discussions, la majorité des participants a opté pour une liste ouverte, indicative, les législateurs nationaux étant libres de transposer la liste en l'état, de supprimer ou d'ajouter des conditions supplémentaires.

Surtout, l'on soulignera l'ajout à la liste des informations devant être divulguées par le franchiseur d'un élément essentiel pour le candidat à la franchise: la loi type reprend désormais presque mot pour mot une disposition du décret du 4 avril 1991 portant application de l'article 1^{er} de la loi du 31 décembre 1989, décret dont j'ai été co-rédacteur.

L'article 6 impose désormais au franchiseur de présenter au candidat à la franchise:

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

Concernant les sanctions en cas de défaut d'information pré-contractuelle, le projet de Loi type se distingue de la loi Doubin.

L'article 2 du décret d'application de la loi Doubin sanctionne le fait de ne pas remettre au candidat franchisé le document d'information

pré-contractuel 20 jours avant la conclusion du contrat de franchise par des peines d'amende prévues pour les contraventions de 5^{ème} classe.

L'article 10 de la Loi type permet au franchisé de demander la résiliation du contrat de franchise. Elle rejoint ainsi la jurisprudence française qui considère que le contrat de franchise peut être résilié pour défaut d'information pré-contractuelle en cas de vice du consentement.

Il en est de même si le document d'information pré-contractuelle ne contient pas un des faits essentiels requis par l'article 6 ou s'il contient une déclaration portant sur un fait essentiel tendant à induire en erreur le franchisé. Il faut entendre par fait essentiel tout renseignement déterminant du consentement du franchisé.

La résiliation du contrat de franchise doit être demandée, au plus tard un an après l'omission ou l'acte ayant entraîné le franchisé à conclure, ou bien 90 jours après la notification écrite au franchisé indiquant les détails du manquement, accompagné du document d'information pré-contractuelle modifié par le franchiseur.

III. Conclusion

La loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise telle qu'elle résulte des derniers travaux du Comité d'Experts gouvernementaux d'UNIDROIT consacre la protection du franchisé dans la perspective d'un développement de la franchise.

Les Etats n'ayant pas encore légiféré en matière d'information pré-contractuelle en matière de la franchise, peuvent librement choisir les dispositions de la loi type qu'ils souhaiteront transposer dans leur législation nationale. Le prix de cette souplesse n'est-il pas cependant une uniformité moins importante entre les Etats.