

**LE CONTRAT DE FRANCHISE - ASPECTS INTERNATIONAUX**

Patrick Wautelet

Professeur ordinaire (ULg)

- I. LA RÉOLUTION DES LITIGES**
  - 1. Les clauses contractuelles de résolution des litiges**
  - 2. Les fors compétents en l'absence de stipulations contractuelles**
  - 3. Le for belge pour les litiges relatifs à l'information précontractuelle**
    - A. L'article 9 et les clauses au bénéfice de juridictions extra-européennes
    - B. L'article 9 et les conventions d'arbitrage
  
- II. LES RÈGLES APPLICABLES**
  - 1. Une réglementation internationale du contrat de franchise?**
  - 2. Les efforts nationaux**
  - 3. Les règles de conflit de lois**
    - A. Le choix de la loi
      - A1. Le contrat principal
      - A.2. Le contrat de master-franchise
      - A.3. Les contrats connexes
    - B. A défaut de choix de loi
      - B.1. Le contrat de franchise
      - B.2. Le contrat de master franchise
      - B.3. Les contrats d'exécution

Le franchisage est, comme la plupart des opérations commerciales, susceptible de dépasser les frontières d'un Etat. L'internationalisation de la franchise n'est d'ailleurs pas un phénomène récent, puisque, dès le départ, la formule est née de la volonté d'entreprises, pour la plupart américaines, de reproduire sur le continent européen une formule commerciale à succès. Il n'est dès lors pas inutile de s'interroger sur les diverses questions juridiques que peut soulever le caractère international de la franchise.

Avant d'aborder les questions classiques relatives à la détermination des tribunaux compétents (I) et des règles applicables (II), quelques remarques préliminaires s'imposent.

Le contrat de franchise a pour objet de définir les termes de la relation entre le franchiseur et le franchisé. Au-delà de cet objectif premier, le contrat contient généralement d'importantes indications relatives aux autres contrats susceptibles de se nouer entre parties. L'opération de franchise est en effet la plupart du temps une opération 'cadre', qui donne lieu à la conclusion de contrats d'application. Il faudra y être attentif au cours de l'analyse, notamment pour mesurer les effets sur les contrats d'application d'une clause d'*electio juris* ou d'une clause attributive de juridiction insérée dans le contrat-cadre.

L'on sera aussi attentif à la variété des contrats de franchise : si la trame est commune - il s'agit toujours d'un contrat par lequel un franchiseur qui dispose d'un savoir-faire particulier et de signes distinctifs particuliers accorde à un autre commerçant le droit d'exploiter ce savoir-faire contre rétribution – il faut bien avouer qu'en pratique les applications sont fort diverses : outre la distinction entre franchise de produits ('*Produktfranchising*' ou '*Vertriebsfranchising*'), de services ('*Dienstleistungsfranchising*'), ou de production ('*Produktionsfranchising*'), la franchise peut concerner les domaines les plus divers : le secteur hôtelier, le secteur des services, tant aux consommateurs qu'aux professionnels, voire le secteur industriel. Ceci pourrait rendre difficile l'adoption de règles communes à tous les contrats.

Il faudra enfin tenir compte de l'existence, au-delà du contrat de franchise proprement dit, des contrats d'application ou contrats annexes, parmi lesquels l'on retrouve les contrats d'approvisionnement, les contrats relatifs à l'achat ou à la location d'équipements ou encore les contrats de licence de logiciel. Encore une fois, ce foisonnement contractuel met à l'épreuve les mécanismes classiques de détermination du juge compétent et du droit applicable.

L'objet de la présente contribution est limité : l'on n'abordera dans les lignes qui suivent ni les délicates questions posées par la fiscalité des contrats de franchise internationaux,<sup>1</sup> ni les questions de structuration d'une opération internationale de franchise – faut-il par exemple constituer avec un partenaire local une joint venture qui sera chargée de développer le

<sup>1</sup> Et notamment le traitement fiscal des redevances qui seront versées par le franchisés ou les master-franchisés au franchiseur. Voy. par ex. A. FOGARASI, « Tax aspects of international franchising », *Int'l Business L. J.*, 1988, 466 e.s.

réseau de franchise ou le franchiseur doit-il confier cette tâche à un tiers avec lequel il conclut un contrat dit de 'master-franchising'.<sup>2</sup>

## I. LA RÉOLUTION DES LITIGES

Deux méthodes retiendront l'attention au titre de la résolution des litiges qui peuvent naître à l'occasion d'opérations de franchisage : d'une part le recours à la justice arbitrale et d'autre part l'intervention du juge d'un Etat. Dans les deux cas, l'attention se portera avant tout sur les clauses contractuelles que les parties peuvent prévoir. Comme annoncé, l'on s'interrogera également sur la transmission de ces clauses dans le cadre d'ensembles contractuels.

L'on n'évoquera pas la médiation sauf pour souligner qu'elle peut rendre d'utiles services dans le domaine du franchisage, comme dans tous les domaines où la coopération des parties s'inscrit dans la durée.<sup>3</sup>

### 1. Les clauses contractuelles de résolution des litiges

Tout contrat destiné à régir des relations dépassant les frontières d'un Etat devrait idéalement prévoir des stipulations expresses déterminant l'instance compétente en cas de litige. Le choix offert aux parties contractantes est bien connu : elles peuvent confier la résolution de leurs litiges à un tribunal arbitral ou aux juridictions d'un Etat. A ce sujet, le contrat de franchise ne se démarque pas du droit commun des contrats internationaux. L'on n'insistera dès lors pas sur les avantages et les inconvénients – parfois plus supposés que réels – des deux méthodes de résolution des litiges.<sup>4</sup>

Deux points méritent cependant de retenir l'attention. Le premier, classique, concerne la nécessité de veiller à la rédaction la plus claire possible des clauses de litige. Le praticien

<sup>2</sup> Sur l'ensemble des questions stratégiques que le franchiseur doit se poser avant de s'adjoindre un réseau de franchise internationale, voy. l'excellent aperçu de R. MELLERIO et D SAVOVA, « La franchise internationale ou comment exporter un concept original », *JCP*, Ed. E, 2005, n° 1144, pp. 1285 e.s.

<sup>3</sup> Sur la possibilité de prévoir une clause de médiation en l'absence même de litige, voy. PH. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2003, 71, n° 197. On notera que les différents Code de déontologie (*infra*) insistent sur la médiation comme solution première aux litiges, voy. par exemple l'article 2-4(b) du Code de déontologie européen de la franchise.

<sup>4</sup> Sur les avantages et les inconvénients spécifiques de l'arbitrage dans le secteur de la franchise, voy. A. S. KONIGSBERG, *International Franchising*, 3ème éd., Juris Publishing, 2008, 262-265. L'auteur mentionne en particulier le fait que si la sentence n'est pas favorable au franchiseur, elle demeurera confidentielle et n'aura dès lors pas d'impact sur les litiges éventuels entre le franchiseur et d'autres franchisés, contrairement à une décision d'une cour ou d'un tribunal d'Etat, qui pourrait, si elle est défavorable au franchiseur, encourager d'autres franchisés à saisir la justice. Il ne faut toutefois pas oublier que la confidentialité qui caractérise l'arbitrage est loin d'être absolue et qu'elle ne s'impose en principe pas aux tiers. Adde les observations de R. B. LAKE, « Choice of Forum and Choice of Law Clauses in International Franchise Agreements », *J. Int'l. Franchising & Distribution Law*, 1986, 58-61.

trouvera de nombreux exemples de clauses, notamment dans les diverses publications de la CCI. Comme pour l'ensemble des contrats, le leitmotiv doit être celui de la ligne claire : que chacun puisse comprendre sans difficulté la portée de la clause. Sur cette base, l'on évitera le choix pour les juridictions d'un Etat désigné par référence à l'établissement d'une partie (« . . . *les tribunaux de l'Etat du franchiseur*. . . ») ou encore le choix *non-exclusif* pour les juridictions d'un pays (« . . . *les litiges qui découlent du présent contrat peuvent être soumis aux juridictions françaises* . . . ») ou pour un mode de résolution des litiges. L'absence d'exclusivité contractuelle prive en effet la clause d'une grande partie de son efficacité.<sup>5</sup> L'on sera aussi attentif à bien définir la transition entre les différents modes de résolution si l'on opte pour une clause complexe qui impose aux parties un détour par la médiation avant de recourir soit à l'arbitrage, soit aux juridictions d'un Etat donné. Il est à ce propos important de préciser à quel moment et dans quel(s) délai(s) la médiation peut ou doit faire place à une autre forme de résolution des litiges.

Il est également déconseillé de distinguer entre plusieurs volets potentiels du litige pour confier ces différents aspects à des instances distinctes. Lorsque les parties optent pour l'arbitrage, il est parfois suggéré de préciser que le tribunal arbitral n'aura pas compétence dès lors que la litige porte sur les questions liées à l'usage de la marque dont le franchiseur est titulaire.<sup>6</sup> L'argument est que certains actes du franchisé requièrent une réaction immédiate. Parmi les exemples cités, l'on note les actes de concurrence déloyale par le franchisé ou encore la divulgation par le franchisé d'informations confidentielles.<sup>7</sup> La préoccupation est légitime. L'arbitrage n'est pas une juridiction permanente et la constitution du tribunal arbitral peut s'étendre sur plusieurs semaines, voire plusieurs mois. L'on comprend que si une réponse rapide doit être apportée à des faits susceptibles de causer un dommage important, l'arbitrage n'apparaisse pas comme la réponse la plus appropriée.

Tenter d'exclure certaines actes de l'emprise de la convention d'arbitrage semble cependant délicat. Outre que certaines institutions arbitrales ont mis en place une procédure accélérée,<sup>8</sup> il est généralement admis que l'existence d'une clause d'arbitrage n'empêche au demeurant pas les parties de s'adresser en cas d'urgence à la justice étatique pour obtenir des mesures provisoires et conservatoires.<sup>9</sup> Il semble dès lors dangereux de procéder de façon pointilliste en excluant certaines catégories de litiges du bénéfice de l'arbitrage. La définition de la ou

<sup>5</sup> En pratique, la clause d'élection de for doit être exclusive par défaut. Seules des considérations particulières propres à un cas d'espèce peuvent justifier que l'on s'accorde sur une clause d'élection de for non exclusive. Le cas échéant, le franchiseur pourra se réserver la possibilité d'agir devant une autre juridiction que celle retenue, l'exclusivité ne s'imposant dès lors de façon absolue qu'à l'égard du franchisé.

<sup>6</sup> Voy. p. ex. A. S. KONIGSBERG, *International Franchising*, 3ème éd., Juris Publishing, 2008, 265-266.

<sup>7</sup> Voy. par ex. le *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*, édité par Unidroit, Rome, 2000, 204 (qui conseille de réserver la question des mesures provisoires et conservatoires ainsi que le contentieux des atteintes aux droits de la propriété intellectuelle, ces aspects devant connaître un traitement distinct).

<sup>8</sup> Voy. le référé pré-arbitral mis en place par la CCI.

<sup>9</sup> P. ex. l'article 1696-1° C. Jud. En général, voy. S. BESSON, *Arbitrage international et mesures provisoires : étude de droit comparé*, Schulthess, Zurich, 1998, 422 p.

des catégories exclues est en outre susceptible de susciter plus de questions qu'elle n'apporte de réponses.

Le second point sur lequel il faut s'étendre est la nécessité d'adopter une approche *globale* de la résolution des litiges. Les opérations de franchise mettent le plus souvent en jeu une pluralité de contrats distincts. Même s'il n'est pas exclu qu'un litige donné ne concerne qu'un seul des contrats, à l'exclusion de tous les autres, bien souvent le litige ne pourra être résolu sans prendre en compte l'ensemble des contrats conclus entre parties – à côté du contrat de franchise proprement dit, l'on pense aux différents contrats d'exécution comme les contrats de vente-achat ou encore aux contrats annexes, par exemple un contrat accordant au franchisé la possibilité d'utiliser une marque.

Il importe dès lors de veiller à ce que les litiges éventuels puissent faire l'objet d'un traitement uniforme. Plusieurs options sont possibles pour éviter un morcellement du contentieux.<sup>10</sup> La plus simple consiste à insérer dans tous les contrats pertinents une clause en faveur des tribunaux d'un Etat donné. Les règles de procédure de cet Etat permettront le plus souvent d'assurer la consolidation des procédures.<sup>11</sup> Ainsi, si le contrat de master-franchise et les contrats de sous-franchisage prévoient chacun une clause en faveur des juridictions du même Etat, il sera possible de saisir les juridictions de cet Etat pour statuer tant sur la résiliation du contrat de master-franchise que sur les conséquences de cette résiliation pour les sous-franchisés.

Il est plus difficile d'arriver au même résultat lorsque l'arbitrage constitue la méthode privilégiée de résolution des litiges. Les techniques de consolidation des litiges complexes sont en effet moins abouties dans l'arbitrage.<sup>12</sup> Lorsque tous les contrats concernés sont conclus entre les mêmes parties, l'on peut garantir une certaine concentration du contentieux en prévoyant des clauses d'arbitrage identiques. A condition de nommer les mêmes arbitres dans chacune des procédures qui pourrait naître de l'ensemble contractuel, l'éclatement du contentieux peut ainsi être évité. Lorsque certains contrats lient d'autres parties que celles entre qui la relation de franchisage est née, par exemple une société liée au franchiseur qui détient la ou les marques commerciales, l'exercice se révèle plus délicat. A moins de déléguer la nomination des tous les arbitres à une institution arbitrale, le risque est grand qu'en cas de litige, des arbitres différents soient nommés pour se pencher sur les

<sup>10</sup> Nous n'examinerons pas la question de savoir si une clause d'élection de for insérée dans une relation contractuelle peut 'rayonner' et être invoquée dans une autre relation contractuelle entre parties – l'on pense à une clause d'élection de for insérée dans les conditions générales de vente du franchiseur, que ce dernier souhaiterait invoquer pour contraindre le franchisé à saisir les juridictions élues, alors que le litige concerne non pas les opérations de vente conclues entre franchisé et franchiseur, mais la relation commerciale de base. Sur cette question, voy. P. HOLLANDER, « Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale », in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 275 e.s., n° 6 e.s.

<sup>11</sup> En Belgique, l'article 566 du Code judiciaire permet de regrouper les différentes demandes entre lesquelles existe un lien de connexité au sens de l'article 30 du même Code.

<sup>12</sup> Voy. parmi bien d'autres contributions, les explications de O. CAPRASSE, « La constitution du tribunal arbitral en cas d'arbitrage multipartite », *Rev. Dr. Aff. Intles*, 2006, 197-215.

différents morceaux du puzzle, rendant une consolidation illusoire. D'autres techniques existent dans ce cas pour pallier les inconvénients d'une pluralité de procédures parallèles, parmi lesquelles l'on mentionnera la possibilité d'étendre par voie contractuelle l'autorité de chose jugée d'une sentence aux parties qui n'étaient pas impliquées dans la procédure. L'on se reportera pour plus d'information aux ouvrages classiques qui abordent cette question en détail.

## 2. Les fors compétents en l'absence de stipulations contractuelles

En l'absence de clause spécifique à cet effet dans le (ou les) contrat(s) entre parties, celles-ci ne pourront pas soumettre leur litige à un arbitre, réserve étant toutefois faite de la possibilité pour les parties d'opter pour l'arbitrage une fois le litige né. Force sera donc de recourir aux juridictions nationales. La détermination de la juridiction compétente est fonction des règles pertinentes, qui peuvent varier selon le pays dont les juridictions sont saisies. Pour simplifier le propos, l'on examinera dans la suite les seules règles européennes de compétence et en particulier celles prévues par le Règlement (CE) 44/2001 du 27 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

La règle la plus importante est sans conteste l'article 5-1<sup>o</sup> du Règlement 44/2001. Certes, en cas de litige, le demandeur pourra aussi assigner son cocontractant devant les juridictions du domicile de ce dernier, voire assigner l'ensemble des défendeurs devant les juridictions du domicile de l'un d'entre eux - en vertu de l'article 6(1) du Règlement. Ces possibilités ne nous semblent pas soulever de difficultés propres à la matière de la franchise.<sup>13</sup>

Il en va autrement de l'application du for contractuel européen.<sup>14</sup> L'article 5-1 du Règlement permet, on le sait, d'attirer un cocontractant devant le tribunal du lieu d'exécution de l'obligation. Cette règle générale connaît, depuis l'adoption du Règlement, deux versions : la première impose de s'attacher de façon précise à l'obligation spécifique qui fonde la demande, la seconde retient de manière générique une obligation présumée être caractéristique de deux catégories générales de contrat.

Le choix entre ces deux versions du texte est essentiel pour plusieurs raisons. La plus importante est sans doute que si l'on s'en tient à la première version de la règle, il s'imposera de disséquer le contrat pour sélectionner l'obligation pertinente, la compétence du juge saisi étant limité au seul contentieux qui porte sur cette obligation. Dès lors que le

<sup>13</sup> Comme en d'autres matières, l'on sera attentif dans le choix d'une juridiction aux difficultés relatives à l'exécution des décisions étrangères, comme le rappelle fort à propos le *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*, édité par Unidroit, Rome, 2000, 205.

<sup>14</sup> Le for contractuel prévu par l'article 97 du Code de droit international privé, pourrait également susciter des difficultés. *Brevitatis causae*, elle ne seront pas évoquées dans le cadre de la présente contribution. Voy. en général nos explications in « Les litiges contractuels transfrontaliers – le domaine résiduel du droit international privé : le droit belge », in *Enforcing contracts. Aspects procéduraux de l'exécution des contrats transfrontaliers en droit européen et international Les litiges contractuels transfrontaliers*, M. DEFOSSÉZ et J. SENECHAL (éd.), Larcier, 2008, 133-159, spéc. pp. 145-150.

litige concerne plusieurs obligations distinctes, le risque existe que différentes parties du contentieux doivent être soumise à différentes juridictions – la connexité ne possédant au sein de l'espace judiciaire européen aucun pouvoir créateur de compétence.<sup>15</sup>

Il s'impose dès lors de déterminer si le contentieux du contrat de franchise peut bénéficier de la deuxième version de la règle, consacrée à l'article 5(1)(b) du Règlement. Cette disposition distingue les contrats de vente de marchandises des contrat de fourniture de service. Il est évident que le contrat de franchise ne peut être rangé dans la première catégorie – qui pourra par contre accueillir sans difficulté aucune certains contrats d'exécution comme les contrats de livraison de produits.

Reste à déterminer si le contrat de franchise peut prétendre appartenir à la seconde catégorie, celle des contrats de service. Les limites de la catégories 'services' sont délicates à tracer.<sup>16</sup> Indéniablement, cette catégorie fort large est susceptible de renfermer un grand nombre de contrats. Si l'unanimité se fait pour accepter que la notion de contrat de services doit être définie de façon *autonome*,<sup>17</sup> les contrats de distribution suscitent à cet égard bien des difficultés. La Cour de cassation française a ainsi retenu qu'un contrat de concession exclusive n'était pas un contrat de services au sens de l'article 5(1).<sup>18</sup> La même Cour a cependant qualifié un contrat d'agence commerciale de contrat de fourniture de services.<sup>19</sup> On le voit, la ligne de démarcation n'est pas des plus faciles à tracer.

Le contrat de franchise semble occuper une position différente des autres contrats de distribution. Comme l'explique Mme Gaudemet-Tallon, le contrat de franchise vise principalement à organiser la transmission d'un savoir-faire et d'une formule commerciale

<sup>15</sup> Sur ce travers classique du for contractuel européen, maintes fois dénoncé, voy. par exemple H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001 et Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2002, 10-143, n° 185 e.s.

<sup>16</sup> Sur l'ensemble de la question, voy. P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du Règlement 'Bruxelles I' », *J.D.I.*, 2008, 675-717.

<sup>17</sup> Ceci se déduit implicitement de l'attendu 26 de la Cour dans l'affaire Falco : C.J.C.E., 23 avril 2009, en cause *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, non encore publié in *Rec.*

<sup>18</sup> Cass. fr., 23 janvier 2007, *D.*, 2007, 1575, note H. KENFACK ; *JCP*, G, 2007, II, 10074, note T. AZIZI et Cass. fr., 5 mars 2008, *Procédures*, mai 2008, 17, n° 143, commentaires de C. NOURISSAT. Dans le premier arrêt prononcé dans le cadre d'un litige opposant un fournisseur allemand à deux entreprises françaises avec lesquelles il avait conclu un contrat de concession exclusive, la Cour a indiqué que « *le contrat de concession exclusive n'est ni un contrat de vente ni une fourniture de services* ». Sur cette base la Cour a cassé l'arrêt soumis à censure au visa de l'article 5(1)(a) du Règlement. Dans le deuxième arrêt, la Cour a répété sa position de manière claire, indiquant que « *le contrat de distribution exclusive n'est pas un contrat de fourniture de services . . .* ».

<sup>19</sup> Cass. fr., 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, *J.D.I.*, 2007, 132, note V. EGEA et D. MARTEL ; *D.R.C.*, 2007, 474, note P. DEUMIER. La Cour casse l'arrêt déféré à sa censure, qui avait retenu que l'obligation de paiement d'une indemnité de clientèle réclamée par l'agent français, constituait une obligation autonome devant s'exécuter au domicile du principal. Ce faisant, la Cour d'Appel avait implicitement mais certainement fait application de l'article 5(1)(a). Pour justifier sa censure, la Cour de cassation relève que les parties « *étaient liées par un contrat de fourniture de service . . .* ». Dans le même sens toujours à propos d'un contrat d'agence commerciale, Gand, 28 avril 2004, *R.A.B.G.*, 2004, 1333, note S. VERMEERSCH et K. DAELE.

et non la vente et l'achat de produits. Dans cette mesure, l'on peut accepter avec cet auteur que le contrat de franchise constitue, au moins en règle générale, un contrat de services au sens de l'article 5-1 b) du Règlement.<sup>20</sup>

Cette lecture semble confirmée par une récente décision de la Cour de justice, qui était appelée à se prononcer sur l'application de l'article 5(1)(b) à un contrat par lequel le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle concède à son cocontractant le droit de l'exploiter en contrepartie du versement d'une rémunération.<sup>21</sup> Après avoir souligné que le système et l'économie des règles de compétence énoncés par le règlement exigeaient d'interpréter « restrictivement les règles de compétences spéciales, dont celle qui figure, en matière contractuelle, à l'article 5, point 1 »,<sup>22</sup> la Cour a décidé que la notion de services « implique, pour le moins, que la partie qui les fournit effectue une activité déterminée en contrepartie d'une rémunération ». <sup>23</sup> En l'espèce, le contrat de licence d'un droit de propriété intellectuelle ne satisfaisait pas à cette exigence, puisque, selon la Cour, le titulaire du droit de propriété intellectuelle n'accomplit aucune prestation en en concédant l'exploitation et s'engage seulement à laisser son cocontractant exploiter librement le droit.

Si l'on considère la pratique du franchisage, il nous semble acquis que le contrat de franchise répond à l'exigence minimale fixée par la Cour : le franchiseur ne se contente en effet pas de concéder certains droits au franchiseur. Dans la plupart des cas, il assumera certaines obligations de faire – par exemple de participer aux efforts de publicité et de marketing de la formule commerciale sur le territoire concédé au franchiseur. A ce titre,

<sup>20</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, 2002, 147, n° 188. Dans le même sens, P. BERLIOZ, « La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1 b) du Règlement 'Bruxelles I' », *J.D.I.*, 2008, (675), 713, n° 148 ; M.-L. NIBOYET-HOEGY, « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.*, 2001, Doctr., (943), 946 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Difficultés d'apprécier le tribunal compétent en matière de contrat de concession exclusive », note sous Cass. fr., 5 mars 2008, *Contrats Concurrence Consommation*, Mai 2005, comm. 128 ; S. LEBRETON-DERRIEN, note sous Cass. fr., 5 mars 2008, *Rev Jur Comm.*, 2008, (290), 294 et T. AZZI, « Contrat de concession exclusive : détermination du tribunal compétent par application de la loi du pays d'établissement du concédant », note sous Cass. fr., 23 janvier 2007, *J.C.P.*, ed. G, 2007, II, 10074. *Comp.* toutefois avec H. KENFACK, note sous Cass., fr., 23 janv. 2007, *D.*, 2007, (1575), 1577 (pour qui le contrat de franchise, qu'il soit de distribution, de services ou industrielle, n'est pas un contrat de services au sens de l'article 5(1)(b) mais un contrat « complexe ») et C. NOURISSAT, note sous Cass. fr., 5 mars 2008, *Procédures*, mai 2008, n° 143, p. 18 (qui semble approuver la position adoptée par la Cour de cassation à propos des contrats de distribution, ceux-ci possédant des spécificités justifiant un traitement particulier).

<sup>21</sup> C.J.C.E., 23 avril 2009, en cause *Falco Privatstiftung et Thomas Rabitsch contre Gisela Weller-Lindhorst*, C-533/07, non encore publié in *Rec.* (question de l'Oberster Gerichtshof).

<sup>22</sup> Attendu n° 37. La Cour déduit de cette règle d'interprétation que l'on ne saurait avoir égard, pour interpréter la notion de services qui figure à l'article 5(1) aux contours de cette notion telle qu'elle figure à l'article 50 du Traité CE ou dans les instruments de droit communautaire dérivé. La Cour relève à ce propos que l'interprétation de ces dernières dispositions est motivée par le souci que le plus grand nombre d'activités économiques ne relevant pas de la libre circulation des marchandises, des capitaux ou des personnes n'échappe pas à l'application du traité. Cette justification n'a aucune pertinence s'agissant d'interpréter des règles de compétence judiciaire.

<sup>23</sup> Attendu n° 29.

l'application de l'article 5(1)(b) au contrat de franchise se justifie dès lors pleinement.<sup>24</sup> Il n'y a pas de raison apparente d'adopter une autre interprétation à propos du contrat de master franchise, qui constitue lui aussi un contrat de fourniture de services au sens de l'article 5(1)(b).

Une fois accepté que le contrat de franchise appartient bien à la catégorie des services,<sup>25</sup> il faut encore déterminer le tribunal compétent. Pour ce faire, l'attention doit se porter sur l'article 5(1)(b) sur le lieu où les services sont fournis. Une hésitation est possible à ce sujet. Quel est en effet le service qui caractérise le contrat de franchise ? S'agit-il de la transmission du savoir-faire et de la mise à disposition de la formule commerciale par le franchiseur ou doit-on au contraire accepter que le service caractéristique du contrat est la reproduction par le franchisé de la réussite commerciale du franchiseur ?<sup>26</sup> Si la seconde interprétation est retenue, il ne fait pas de doute que le lieu d'exécution est celui où opère le franchisé. La première alternative, qui devrait à notre sens l'emporter,<sup>27</sup> soulève plus de difficultés. L'on est en effet en droit d'hésiter entre le lieu où le franchisé opère et l'établissement du franchiseur qui met à la disposition de son cocontractant savoir-faire et l'enseigne.<sup>28 29</sup>

On le voit, le for contractuel européen demeure d'une application délicate. Nombreuses sont les questions qui demeurent difficiles à résoudre – et les difficultés pourraient aller en croissant si l'on considère les contrats de master franchise.<sup>30</sup> Ces difficultés d'application de

<sup>24</sup> Cette application peut d'ailleurs s'appuyer sur une lecture attentive du Préambule qui accompagne le Règlement Rome I (infra sur ce Règlement). L'attendu n° 17 de ce Préambule indique que « [s]'agissant de la loi applicable à défaut de choix, les notions de 'prestation de service' et de 'vente de biens' devraient recevoir la même interprétation que celle retenue pour l'article 5 du Règlement [44/2001] [...]. Les contrats de franchise ou de distribution, *bien qu'ils soient des contrats de service*, font l'objet de règles particulières ». Cette dernière précision laisse subsister peu de doute : dans l'esprit du législateur européen, le contrat de franchise est un contrat de services et cette qualification doit être retenue tant pour l'application du Règlement Bruxelles I que pour celle du Règlement Rome I. Une autre lecture n'est possible qu'à la condition de considérer que les attendus du Préambule ont été rédigés de façon arbitraire, ce qui n'est guère pensable.

<sup>25</sup> Ce que fait également M<sup>e</sup> Hollander (P. HOLLANDER, « Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale », in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 285 e.s., n° 13), qui invoque pour ce faire l'autorité d'une définition de droit interne.

<sup>26</sup> M. Berlioz plaide pour la seconde alternative : *loc.cit.*, *J.D.I.*, 2008, (675), 713, n° 148-149.

<sup>27</sup> En ce sens également P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 285, n° 13.

<sup>28</sup> Pour une analyse fouillée des différentes alternatives, l'on consultera l'article déjà cité de Me Hollander (P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 285-287, n° 13).

<sup>29</sup> *Comp.* à propos du contrat d'agence avec la décision de la Cour de cassation française dans l'affaire Solinas qui opposait un agent français à un fournisseur portugais : la Cour a retenu que « *les prestations de services devaient s'exécuter en France* » (Cass. fr., 1<sup>ère</sup> civ., 3 octobre 2006, *J.D.I.*, 2007, 132, note V. EGEE et D. MARTEL ; *D.R.C.*, 2007, 474, note P. DEUMIER).

<sup>30</sup> On peut en effet se demander quel service il faut retenir pour déterminer la juridiction compétente lorsque le litige porte sur un contrat de master franchise. Faut-il accepter que, comme pour le contrat de franchise, ce sont les obligations du franchiseur qui doivent être retenues pour fonder la détermination de la

l'article 5-1 du Règlement 44/2001, qui ne sont pas propres au contrat de franchise, démontrent l'impérieuse nécessité de prévoir une clause d'élection de for pour l'ensemble des contrats.

### 3. Le for belge pour les litiges relatifs à l'information précontractuelle

La loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariats commercial prévoit une disposition spécifique qui intéresse directement le règlement des litiges. L'article 9 de la loi dispose en effet que la phase précontractuelle relève de la compétence des juridictions belges.

L'objectif visé par le législateur belge est manifeste : permettre au franchisé – ainsi qu'aux autres commerçants qui bénéficient de la protection de la loi – de saisir les juridictions belges pour obtenir l'application des dispositions de la loi. A ce titre, il faut sans doute considérer que malgré les termes fort généraux utilisés par le législateur belge, le for impératif qu'il a entendu mettre en place n'est disponible que pour les seules questions expressément visées par la loi. Il ne saurait dès lors être question de se prévaloir de l'article 9 pour soumettre aux juridictions belges un litige né entre deux parties engagées dans des négociations contractuelles, dès lors que les conditions matérielles d'application de la loi ne sont pas remplies.<sup>31</sup> Une autre interprétation ferait de l'article 9 une disposition générale de droit international privé visant toutes les négociations d'accords de partenariat commercial sans distinction aucune. Ceci dépasserait de loin l'objectif visé par le législateur de 2005.<sup>32</sup>

Comme on a pu le remarquer, la protection offerte par l'article 9 est loin d'être entièrement efficace.<sup>33</sup> Il y a va tout d'abord du fait que la loi belge ne peut restreindre le jeu des règles internationales en vigueur en Belgique.<sup>34</sup> Ceci vise particulièrement le Règlement 44/2001.

compétence ou doit-on au contraire, comme semble le suggérer Me Hollander, considérer qu'à la différence de la franchise ordinaire, ce sont les services fournis par le master franchisé qui sont décisifs (P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 285-287-288, n° 14).

<sup>31</sup> En ce sens, J. TORO, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial en droit international privé », *R.D.C.*, 2006, (923), 930.

<sup>32</sup> La rédaction de l'article 9 est d'ailleurs non seulement trop générale, elle est aussi trop étroite puisqu'en ne visant que la « phase précontractuelle » de l'accord de partenariat commercial, le législateur semble avoir oublié que l'article 7 de la loi du 19 décembre 2005 concerne la phase contractuelle proprement dite d'un tel accord et en particulier l'interprétation des dispositions de l'accord. Une interprétation cohérente du dispositif législatif nous semble commander que l'on accepte le jeu du for prévu à l'article 9 dans toutes les situations dans lesquelles une partie entend se prévaloir d'une disposition de la loi du 19 décembre 2005.

<sup>33</sup> MM. Retornaz et Volders évoquent à ce propos à fort juste titre un « parapluie troué » : V. RETORNAZ et B. VOLDERS, « Dissection d'un parapluie troué », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006, 441-444.

<sup>34</sup> Il est à cet égard indifférent que l'article 9 ne réserve pas expressément le jeu des dispositions du droit international, comme le fait par exemple l'article 27 de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale. En ce sens, P. HOLLANDER, « Questions de droit international privé et d'arbitrage touchant à la distribution commerciale », in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 274-275, n° 4. L'on notera que le texte initial de l'avant-projet de loi prévoyait une telle réserve

En présence d'une clause d'élection de for valablement conclue au bénéfice d'une juridiction d'un autre Etat membre, il est dès lors hors de question pour le juge belge de s'appuyer sur l'article 9 pour revendiquer compétence.<sup>35</sup> La circonstance que la loi du 19 décembre 2005 constitue une loi d'application immédiate (*infra* sur cette question), ne modifie en rien cette conclusion.<sup>36</sup> L'on ne pourrait par ailleurs pas tirer argument du fait que l'article 9 ne vise, à l'instar de la loi qui renferme cette disposition, que la phase précontractuelle des relations entre parties, pour écarter une clause d'élection de for. Sauf dans l'hypothèse, peu probable, où les parties auront limité le champ d'action de leur convention attributive de juridiction aux seules questions nées après la conclusion de leur contrat, une clause d'élection de for rédigée en termes généraux, doit en effet s'appliquer aux litiges relatifs à la phase précontractuelle.<sup>37</sup>

Au-delà de cette première hypothèse, il est nécessaire de distinguer deux situations qui appellent des commentaires particuliers. La première voit les parties s'accorder pour conférer compétence aux juridictions d'un Etat non européen, la seconde concerne la validité des conventions d'arbitrage. Si dans les deux cas, l'article 9 peut réduire sensiblement l'efficacité de l'accord des parties, le raisonnement suivi n'est pas identique.

#### A. L'article 9 et les clauses au bénéfice de juridictions extra-européennes

Il ne sera pas rare que lorsque le franchiseur est une entreprise établie hors de l'Union européenne, le choix des parties se porte sur une juridiction d'un Etat non membre – les tribunaux de l'Etat de New York par exemple. Il n'est pas exclu que dans ce cas de figure, la clause d'élection de for cède devant le caractère impératif de la loi du 19 décembre 2005.<sup>38</sup> L'article 7 du Code de droit international privé, qui règle les effets du choix par les parties de soumettre leurs litiges à une autre juridiction que les juridictions belges, réserve

---

(*Doc. Parl.*, Chambre, n° 51-1678/001), qui a été supprimée lors de la discussion du texte à la Chambre.

<sup>35</sup> En ce sens, P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 278, n° 8 et A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, (103), 131 (solution implicite).

<sup>36</sup> L'on se reportera à la doctrine et à la jurisprudence qui acceptent que l'article 4 de la loi sur les contrats de concession exclusive de vente doit céder devant les dispositions européennes, voy. par exemple H. VAN HOUTTE, « Uitsluitende bevoegdheidsgronden », *Europese ipr-verdragen*, H. VAN HOUTTE et M. PERTEGÁS SENDER (eds.) Leuven, Acco, 1997, 57, n° 2.26 (« *Zo zet een forumbeding ten voordele van een rechter uit een andere verdragsstaat, de Belgische Alleenverkoopwet 1961 dat in elk geval de Belgische rechter bevoegd verklaart, terzijde* »); M. WAGEMANS et C. LEVY, *Tw Concession (exclusive de Vente)*, *R.P.D.B.*, Compl. IX, Bruylant, 967, n° 348) et dans la jurisprudence, Comm. Termonde, 26 octobre 2001, *A.J.T.* 2001-02, 667; Comm. Bruxelles 10 décembre 1987, *J.T.* 1988, 197; *T.B.H.* 1987, 791; Comm. Bruxelles 20 juillet 1984, *T.B.H.* 1985, 415; Comm. Gand 5 juin 1997, *T.G.R.* 1997, 151 et récemment Gand, 7 mars 2005, *Tijdschrift@ipr.be*, 2006/2, 60.

<sup>37</sup> Voy. sur cette question Comm. Termonde, 29 avril 2008, *R.A.B.G.*, 2008, 1118.

<sup>38</sup> La question se pose dans la mesure où la plupart des clauses d'élection de for seront rédigées en des termes fort généraux, qui permettent de considérer que les parties ont entendu étendre la compétence de la juridiction saisie à tous les litiges nés du contrat, même ceux qui sont liés à la phase précontractuelle.

en effet cette possibilité aux seuls litiges pour lesquels les parties « *disposent librement de leurs droits* ». Cette exigence doit s'apprécier en vertu du droit belge.<sup>39</sup>

L'article 9 de la loi du 19 décembre 2005 doit-il conduire à accepter que les parties ne disposent plus librement de leurs droits et qu'ils ne peuvent dès lors convenir de conférer compétence à un juge étranger? Au contraire du régime mis en place par le Règlement Bruxelles I, qui repose sur un principe général d'admissibilité des clauses d'élection de for, le Code impose de distinguer selon la nature des litiges pour apprécier la possibilité pour les parties de déterminer par elles-mêmes le juge compétent. Ceci se comprend logiquement lorsque l'on se rappelle que le Code de droit international privé a vocation à régir l'ensemble du contentieux civil et commercial, en ce compris le contentieux familial.

Selon les travaux préparatoires, il faut tenir compte, dans le droit belge, non seulement de la nature du rapport juridique en cause, mais également de l'existence éventuelle de règles de protection, pour apprécier si les parties disposent librement de leurs droits. Pour illustrer le premier cas, l'on peut se référer à l'ensemble du droit familial qui est considéré comme indisponible et dès lors insusceptible d'accord entre parties sur le juge compétent.<sup>40</sup>

Quant à l'existence de règles de protection, les travaux préparatoires font référence, sans grande surprise, aux contrats de distribution et aux dispositions du droit belge qui dans cette matière visent à protéger certaines parties.<sup>41</sup> Ceci laisse augurer d'une approche moins généreuse vis-à-vis des clauses d'élection de for que celle imposée par l'espace judiciaire européen. Le sort d'une clause d'élection de for prévue dans un contrat de concession exclusive de vente, d'agence ou de franchise pourrait ainsi différer selon que les parties ont accordé compétence à une juridiction d'un Etat membre ou d'un Etat tiers. Dans le premier cas, la rigueur européenne contraindra les juridictions belges à s'incliner sans réserve aucune devant le choix des parties. Dans l'autre cas de figure, le Code de droit international privé n'exclut pas que la juridiction belge, saisie malgré l'existence d'un accord en faveur d'une juridiction étrangère, procède à un examen de l'admissibilité de la clause pour écarter

<sup>39</sup> La précision est importante. Elle permettra d'éviter les controverses qui ont pu faire peser une lourde épée de Damoclès sur les conventions d'arbitrage à propos desquelles l'on s'est longtemps demandé, notamment dans le cadre du contentieux des contrats de distribution, si l'arbitrabilité devait être appréciée selon la loi applicable au contrat ou la loi du for. Voy. récemment Cass., 16 novembre 2006 (*Van Hoplynus Instruments / Coherent Inc.*), *J.L.M.B.* 2007, 472. Voy. également Cass., 15 octobre 2004 (*Colvi / Interdica*), *NjW* 2005, 630, note M. PIERS et H. VERBIST ; *R.W.* 2004-05, 1063, note M. PIERS ; *R.D.C.* 2005, 488, notes M. TRAEST et P. HOLLANDER ; et, en général, M. NEUT, « De beoordeling door de Belgische rechter, ten tijde van het opwerpen van de exceptie van onbevoegdheid, van de arbitreerbaarheid van een geschil inzake de eenzijdige beëindiging van een alleenverkoopconcessie », *R.W.* 1999-00, 1304-1308.

<sup>40</sup> Voy. le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, p. 33 – ci-après 'Rapport Sénat' (intervention du Professeur Marc Fallon selon qui la matière familiale n'est pas 'disponible').

<sup>41</sup> Exposé des motifs accompagnant la Proposition de loi portant le Code de droit international privé, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003, n° 3-27/1, p. 33 (ci-après 'Exposé de motifs'). Voy. aussi le Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par Mme Nyssens et M. Willems, *Doc. Parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-27/7, pp. 32-33 (intervention du Professeur van Houtte).

*in fine* celle-ci.

Aucune difficulté ne surgira dans ce contexte lorsqu'il apparaît que le juge étranger désigné par les parties est tenu d'appliquer le droit belge. A l'instar d'une jurisprudence bien établie en matière de convention d'arbitrage, il nous semble que dans ce cas de figure, il faut nécessairement conclure à la validité de la clause de juridiction insérée dans un contrat de franchise. Le droit conféré au franchisé par l'article 9 de la loi du 19 décembre 2005 n'est en effet pas remis en question puisque le franchisé bénéficiera devant le juge étranger des dispositions de cette loi.

L'appréciation est plus délicate lorsque le contrat n'impose pas au juge étranger choisi par les parties de faire application des dispositions de la loi belge. Sans doute faudra-t-il d'abord examiner le niveau de protection offert par le droit étranger applicable. La comparaison peut s'avérer cependant délicate. Peut-on se contenter de constater que le franchisé bénéficie, selon les dispositions du droit étranger, d'une protection qui n'est pas celle du droit commun des contrats, pour conclure à la validité de la clause d'élection de for ou doit-on au contraire, pour admettre le jeu de l'autonomie de la volonté, déterminer que la protection offerte par le droit étranger se rapproche du régime dont bénéficie le franchisé selon la loi du 19 décembre 1995 ? Le critère de libre disponibilité retenu par le législateur belge n'offre pas de solution précise à cette question.

Au-delà des difficultés liées à la libre disponibilité des droits, il faudra également tenir compte, avant de se prononcer sur l'efficacité d'une clause d'élection de for, d'une autre limite imposée par l'article 7 du Code de droit international privé. Selon cette disposition, le juge belge peut en effet écarter une clause accordant compétence à une juridiction étrangère dès lors qu'il peut prévoir que la décision que prononcera le juge choisi par les parties, ne pourra être reconnue en Belgique. Sur ce point également, il est difficile de prédire quelle sera la réaction des juridictions belges confrontées à une décision prononcée par un tribunal siégeant dans un Etat hors Union européenne, qui n'a pas tenu compte des dispositions de la loi du 19 décembre 2005. Il n'est pas exclu, même si ce résultat constituerait une extension considérable de la règle, qu'une juridiction estime qu'une telle décision contrevient à l'ordre public international tel qu'il est conçu en Belgique. Dans cette hypothèse, le juge belge pourrait refuser de donner suite à la clause d'élection de for des parties en faveur d'un tribunal établi en dehors de l'Union européenne.

## B. L'article 9 et les conventions d'arbitrage

Il faut également s'interroger sur les relations qu'entretient l'article 9 de la loi du 19 décembre 2005 avec l'arbitrage comme méthode de résolution des litiges relatifs à une relation de franchisage. L'article pourrait-il être utilisé, par exemple par un franchisé, pour écarter une convention d'arbitrage? La question est délicate.

L'on sait qu'à l'égard des concessions exclusives de vente, la jurisprudence belge a adopté

une position originale, qui exclut l'arbitrabilité des litiges dès lors qu'il n'est pas certain que les arbitres retiendront l'application de la loi du 27 juillet 1961.<sup>42</sup> Il y a fort à parier que certains plaideurs s'inspireront de cette position pour tenter d'écarter les conventions d'arbitrage relatives aux accords de partenariat commercial. Quoique l'on puisse penser de l'opportunité de la solution fortement restrictive consacrée par la jurisprudence à l'égard de l'arbitrabilité des litiges relatifs aux concessions exclusives de vente,<sup>43</sup> la cohérence interne du droit belge de la distribution impose d'adopter une solution identique à l'égard des litiges qui justifient l'application de la loi du 19 décembre 2005.<sup>44</sup> Il s'en déduit qu'il faudra d'une part refuser de faire droit à un déclinatoire de compétence soulevé par une partie qui entend obtenir l'exécution d'une clause d'arbitrage pour s'opposer à la saisine des juridictions belges et d'autre part, sous réserve d'un régime plus strict applicable en vertu d'une convention internationale, refuser de donner effet à une sentence arbitrale prononcée sur base d'une telle clause. Dans les deux cas, sans doute sera-t-il possible d'éviter la saisine des juridictions belges si le franchiseur consent expressément à l'application du droit belge, fût-ce après la naissance du litige.

L'on sera cependant attentif au fait que, tout comme la loi relative aux contrats de concession, l'article 9 de la loi du 19 décembre 2005 ne vise pas l'ensemble du contentieux de la franchise. Seules les questions relatives à la phase précontractuelle sont visées. Dès lors qu'un contrat de franchise contient une convention d'arbitrage, rien ne s'oppose à ce que cette convention sorte ses effets et que le litige entre parties soit soumis à un tribunal arbitral lorsque le litige porte sur l'exécution du contrat de franchise ou sa résiliation, à l'exclusion des questions liées à la phase précontractuelle.

En pratique, il faut néanmoins s'attendre à ce que le franchisé cherche à profiter de la protection offerte par l'article 9 pour échapper à l'obligation de soumettre les litiges à l'arbitrage. Que faire lorsqu'un litige naît entre parties à propos par exemple de la résiliation du contrat et que le franchisé soulève une demande fondée sur la loi du 19 décembre 2005 ? Cette hypothèse ne pourra se vérifier que si le délai particulier prévu par la loi de 2005 n'est pas écoulé. En vertu de l'article 5 de la loi, le non-respect d'une des obligations d'information imposées par la loi ne peut conduire à la nullité de l'accord que « *dans les deux ans de la conclusion de l'accord* ». Si le litige naît après l'écoulement de ce délai, il faut sans doute conclure que le franchisé ne pourra pas invoquer la loi du 19 décembre 2005. *A fortiori*, il ne pourra se prévaloir de l'article 9 pour tenter d'écarter la clause d'arbitrage.

<sup>42</sup> Pour le dernier état de la question, voy. Cass., 16 novembre 2006 (*Van Hopplynus Instruments / Coherent Inc.*), *J.L.M.B.* 2007, 472 et les explications de P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 313-317, n° 40-43.

<sup>43</sup> Voy. le plaidoyer de Me Hollander, qui estime avec vigueur que l'interdiction de recourir à l'arbitrage en matière de concession de vente est aujourd'hui inopportune (P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 317 e.s., 44 e.s.).

<sup>44</sup> Dans le même sens quoique fort prudemment, A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, (103), 133. Hésitant également P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, (253), 260, n° 119.

Si au contraire, les conditions sont remplies pour que le franchisé invoque l'article 9 de la loi, faut-il en conclure que la clause d'arbitrage n'est pas valable ? Ou peut-on envisager de distinguer selon la nature des réclamations ? Si c'est le cas, l'on pourrait conclure à la nullité partielle de la clause d'arbitrage seulement dans la mesure où elle empêche le franchisé de saisir les juridictions belges d'une demande relative à la phase précontractuelle. Par contre, le franchisé ne pourrait s'appuyer sur l'article 9 pour saisir ces juridictions d'une réclamation liée par exemple à la résiliation du contrat de franchise. Pour ce dernier aspect, le franchiseur pourra valablement lui opposer la clause d'arbitrage.

On le voit, l'analyse montre que l'article 9 pourrait conduire à des situations délicates où les différents pans du litige sont soumis à des instances différentes.

Lorsque l'article 9 s'applique, encore faut-il tenir compte des limites de cette disposition. Le for spécial prévu en faveur du partenaire commercial ne peut selon les termes de l'article 9 jouer que si la personne « *qui reçoit le droit exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord principalement en Belgique* ». <sup>45</sup> La protection ne peut selon cette disposition bénéficier qu'aux commerçants exerçant leur activité en Belgique. Dès lors que le franchisé n'exerce ses activités qu'à l'intérieur du territoire belge, aucun doute n'est possible. Il est en droit de revendiquer la protection du for spécial. La circonstance que le franchisé serait établi en dehors de la Belgique - par exemple qu'il s'agirait d'une personne morale de droit néerlandais dont le siège statutaire est établi aux Pays-Bas - n'est à notre estime pas de nature à priver le franchisé du bénéfice de l'article 9. Le législateur a en effet retenu le lieu où l'activité est exercée et non le lieu d'établissement. Inversement, lorsque le franchisé est établi en Belgique, mais que l'activité qu'il exerce concerne exclusivement un autre pays - par exemple le Luxembourg - rien ne permet au franchisé de bénéficier de l'article 9.

Qu'en est-il lorsque le franchisé exerce son activité tant en Belgique qu'à l'étranger ? L'on pense au master-franchisé actif en Belgique, aux Pays-Bas et au Luxembourg. Le législateur a prévu un critère supplémentaire permettant d'apporter une première solution à cette difficulté. L'application de la loi est en effet justifiée lorsque l'activité est exercée « *principalement* » en Belgique. Il faudra dès lors distinguer l'essentiel de l'accessoire. L'activité sur le territoire belge peut en effet être prépondérante ou au contraire ne constituer qu'une activité minoritaire. <sup>46</sup> Dans le second cas, le franchiseur ne pourra

<sup>45</sup> On rapprochera l'expression du critère retenu par l'article 4 de la loi du 27 juillet 1961 relative aux contrats de concessions de vente exclusive (« *concession de vente produisant ses effets dans tout ou partie du territoire belge* »). Le critère retenu par la législation relative aux contrats d'agence (art. 27 de la loi du 13 avril 1995) est d'une autre nature puisque sont visées les activités des agents ayant leur « *établissement principal* » en Belgique.

<sup>46</sup> M. Toro propose de s'appuyer sur les critères suivants pour distinguer l'essentiel de l'accessoire : l'endroit où le partenaire réalise la part prépondérante de son chiffre d'affaires, le lieu de son principal établissement ou de son siège réel (*l.c.*, 931). *Cons.* cependant à ce propos les réflexions de Me Hollander sur la possibilité de tenir compte, pour déterminer le lieu d'activité principal du franchisé, des éléments postérieurs à la conclusion du contrat (P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 312-313, n° 39).

bénéficiaire de la protection offerte par l'article 9.

Au total, l'article 9 constitue une importante limite à l'autonomie de la volonté dont il faudra tenir compte lors de la négociation et rédaction des contrats de franchise à vocation internationale.

## II. LES RÈGLES APPLICABLES

Il ne suffit pas de déterminer devant quelle(s) instance(s) les litiges nés de la relation de franchise devront être portés. Encore faut-il s'interroger sur les normes sur base desquelles le litige devra être tranché.

A ce sujet, il est évident que le contrat constituera le premier point de repère pour résoudre les éventuelles difficultés entre parties. Bien souvent, il ne suffira cependant pas de consulter le contrat. Celui-ci peut en effet être demeuré muet sur une question précise. Il arrivera également qu'une des parties conteste la validité du contrat ou d'une de ses dispositions. Dans toutes ces hypothèses, il importe de se référer à des normes extérieures au contrat qui pourront le compléter ou l'invalider, en tout ou en partie. Ces normes peuvent être de nature diverse : outre certaines règles internationales propres au contrat de franchise (1),<sup>47</sup> il faudra surtout tenir compte des règles édictées par certains législateurs nationaux en vue de protéger les franchisés (2). De manière générale, l'on n'évitera pas de s'interroger sur le droit national applicable au contrat de franchise (3).

### 1. Une réglementation internationale du contrat de franchise?

Il existe un grand nombre de textes internationaux ayant spécifiquement pour objet les opérations de franchise.<sup>48</sup> A l'analyse, il faut bien constater que ces textes n'ont pour la plupart qu'un objectif modeste – il ne s'agit pas de mettre en place des dispositions possédant valeur contraignante, mais bien plutôt de proposer aux praticiens, voire aux législateurs nationaux des outils susceptibles de rendre d'utiles services dans l'élaboration des contrats ou l'adoption de législations particulières.

Le droit uniforme classique n'a pas beaucoup de prise sur le contrat de franchise.<sup>49</sup> L'on

<sup>47</sup> L'application éventuelle au contrat de franchise, par analogie, des règles prévues par la Directive européenne relative aux contrats d'agence commerciale (86/653) fait l'objet d'un débat classique qui ne sera pas évoquée plus avant ci-après. Les juridictions allemandes et autrichiennes semblent avoir accepté une telle application, en tout cas pour permettre au franchisé de solliciter, dès lors que le franchiseur met fin à la relation contractuelle, le paiement d'une indemnité de clientèle (*Ausgleichsanspruch*). Voy. les références citées par A. DUTTA, « Franchiseverträge », in *Internationales Vertragsrecht : das internationale Privatrecht der Schuldverträge*, C. REITHMANN et D. MARTINY (éds.), Otto Schmidt, 2010, (939), 959, n° 2120.

<sup>48</sup> L'on n'examinera pas dans la présente contribution l'impact, important, que peut avoir le droit de la concurrence, et en particulier le droit européen de la concurrence, sur les relations de franchisage.

<sup>49</sup> L'on ne s'attardera pas dans cette section sur les nombreux Codes de déontologie élaborés par et pour le secteur de la franchise. L'on pense par exemple au Code de déontologie européen de la franchise, élaboré par la Fédération européenne de la franchise en 1972 et complété et amendé en 2003 ([www.fbf-bff.be/files/code/CODEDEDEDEONTOLOGIEFR.pdf](http://www.fbf-bff.be/files/code/CODEDEDEDEONTOLOGIEFR.pdf)). Ces différents Codes n'ont pas de valeur normative propre. En cas de litige, ils peuvent au mieux informer les juges ou arbitres chargés de résoudre le litige sur l'existence de certaines pratiques. M. Ferrier écrivait à juste titre qu'il était prématuré de reconnaître à ces codes la valeur de règles coutumières ou d'usages transnationaux (D. FERRIER, « La franchise

pense par exemple à la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.<sup>50</sup> Il est manifeste que cette convention n'a pas vocation à s'appliquer aux contrats de franchise.<sup>51</sup> Il ne faut toutefois pas oublier que l'opération de franchisage entraînera bien souvent la conclusion d'autres contrats entre parties : outre le contrat-cadre qui définit de façon générale les termes de la relation entre parties, il faudra compter avec les contrats d'application. Parmi ceux-ci, il ne sera pas rare de trouver des contrats de vente, par exemple de produits fabriqués par le franchiseur ou pour son compte. La Convention de Vienne conserve pour ces contrats un titre à s'appliquer.<sup>52</sup>

Au titre du droit international, il faut également mentionner l'existence de la loi modèle<sup>53</sup> adoptée par Unidroit.<sup>54</sup> Cette loi a un objectif modeste, à savoir proposer des règles uniformes précisant les obligations d'information reposant sur chacune des parties en matière de franchise. Comme la loi belge,<sup>55</sup> qui sera évoquée ci-après, la loi modèle vise donc la phase précontractuelle et vise à assurer une information équilibrée entre les parties au contrat de franchise. Elle détaille essentiellement les informations que le franchiseur est tenu de fournir au candidat franchisé avant la conclusion du contrat. Ces informations concernent le réseau de franchise, y compris le produit, les investissements et l'information

---

internationale », *J.D.I.*, 1988, (622), 647, n° 19). En général sur ces Codes, voy. A. LOMBART, « Les codes de déontologie », in *Le contrat de franchise*, CDVA, Bruylant, 2001, 117-129. *Adde* les considérations de P. KILESTE et A. SOMERS, « L'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *J.T.*, 2006, (253), 254, n° 11 (ces auteurs considèrent que les Codes de déontologie ne peuvent être considéré comme reflétant les usages du secteur au sens de l'article 1135 du Code civil, puisque « certains franchiseurs font volontairement le choix de ne pas adhérer aux fédérations existantes précisément pour ne pas être tenus de suivre les dispositions de ce code »).

<sup>50</sup> Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises, Loi du 4 septembre 1996 (*M.B.*, 1er juillet 1997), ci-après CVIM.

<sup>51</sup> En ce sens par ex. PH. LE TOURNEAU, *o.c.*, 64, n° 183 et A. DUTTA, « Franchiseverträge », précité, 943, n° 2087. De façon générale pour l'inapplicabilité de la Convention de Vienne aux contrats de distribution, V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises*, LGDJ, 2000, 75, n° 79 ; P. HUBER et A. MULLIS, *The CISG*, Sellier, 2007, 48 et D. SEYSEN-GUÉRIN, *Le contrat de distribution international*, thèse Paris XI, 2001, 224-235, n°s 282-298. *Adde* N. WATTÉ en A. NUYTS, « Le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l'épreuve de la pratique », *J.D.I.*, 2003, (365), spéc. pp. 390-398, n° 8 (ces auteurs proposent une analyse nuancée qui permet de retenir l'application de la Convention aux contrats de distribution, comme par exemple le contrat de concession de vente, tout en retenant que la Convention ne permettra pas de régir tous les aspects de tels contrats).

<sup>52</sup> En ce sens pour les contrats de vente conclus en application d'un contrat de distribution, V. HEUZÉ, *o.c.*, 75, n° 79. Voy. aussi Cass. (Com.) fr., 20 février 2007, *Sté Mimusa c Sté Yves Saint-Laurent Parfums*, *Bull. civ.*, IV, n° 52 (la chambre commerciale reconnaît que la Convention de Vienne avait vocation à s'appliquer aux contrats de vente de parfum « sans qu'il importe que ces opérations soient intervenues en application d'un contrat-cadre de distribution exclusive, lui-même non soumis à ladite convention »).

<sup>53</sup> Loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise (2004), Rome.

<sup>54</sup> Unidroit est une institution intergouvernementale établie à Rome, dont l'objectif est d'œuvrer à l'unification du droit commercial. De nombreux Etats sont membres d'Unidroit. Parmi les réalisations les plus récentes d'Unidroit, l'on trouve notamment la Convention du Cap sur les garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles, qui est assortie de plusieurs protocoles. Unidroit édite une revue fort utile, la *Revue du droit uniforme* ([www.unidroit.org/french/publications/main.htm](http://www.unidroit.org/french/publications/main.htm)).

<sup>55</sup> Il est étonnant, pour ne pas dire plus, de ne trouver aucune référence à la loi type élaborée par Unidroit dans le projet de loi (*Doc. Parl.*, Chambre, 2004-2005, Doc. 51-1687/001) qui a conduit à l'adoption de la loi du 19 décembre 2005.

financière. Il est intéressant de noter que la loi prévoit la possibilité de mettre fin au contrat si le document d'information précontractuelle ne répond pas aux exigences qu'elle pose.<sup>56</sup>

Au-delà des efforts d'Unidroit pour offrir un cadre uniforme à la phase précontractuelle du contrat de franchise, l'on peut également tenir compte, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'appartenance de ce contrat à une éventuelle *lex mercatoria*, du contrat type mis sur pied par la Chambre de Commerce Internationale (CCI).<sup>57</sup> La CCI a développé un savoir faire particulier pour la rédaction de contrats-types.<sup>58</sup> Les avantages du contrat type proposé par la CCI sont nombreux.<sup>59</sup> Le praticien qui se réfère à cet outil, est d'abord assuré d'y trouver un contrat équilibré, où les droits et obligations des deux parties sont bien pensés. Ensuite, le contrat type offre un panorama complet et détaillé, bien charpenté du contrat de franchise : outre une définition du contrat de franchise,<sup>60</sup> le contrat détaille les différentes obligations imposées au franchiseur et au franchisé. Ce tableau est complété par des dispositions traitant des thèmes classiques de la confidentialité, du transfert de contrat ou encore des clauses de non-concurrence. L'on relèvera encore que les articles 32 et 33 du contrat type prévoient des dispositions claires sur la loi applicable et le tribunal compétent. L'on sera cependant attentif au fait que le contrat type ne vise que les opérations de franchise internationale directe, c'est-à-dire conclues sans l'intermédiaire d'un master-franchisé.

La principale utilisation du contrat type est de servir de source d'inspiration lors de la rédaction de contrats.<sup>61</sup> Les parties peuvent également choisir de reprendre le contrat dans son ensemble. Il est évident que le contrat type de la CCI ne peut avoir d'effet que si les parties ont expressément incorporé ses dispositions dans leur documents contractuels. A défaut, le contrat type ne possède aucune valeur normative.<sup>62</sup> Il est douteux que l'on puisse reconnaître au contrat type une quelconque valeur d'usage du commerce international, comme on a pu le faire, de manière discutable d'ailleurs, pour d'autres productions de la

<sup>56</sup> L'on notera que Unidroit a également publié un intéressant guide pratique qui offre un panorama complet des accords de franchise principale (*Guide sur les accords internationaux de franchise principale*, Unidroit, Rome, 2000, 304 p. et 2ème éd., 2007). Voy. en général, O. BINDER, « Les initiatives d'Unidroit en matière de franchisage », *Rev. dr. unif.*, 2000, 707-716.

<sup>57</sup> Contrat modèle CCI, publication CCI n° 557, 2000.

<sup>58</sup> A côté du contrat type relatif à la franchise, la CCI a également développé des contrats types portant sur l'agence commerciale, la vente internationale et d'autres opérations courantes du commerce international.

<sup>59</sup> Le contrat modèle de la CCI a fait l'objet de commentaires détaillés, notamment par D. FERRIER, « Contrat modèle de franchise internationale de la CCI : les obligations du franchiseur », in *Le contrat de franchise*, CDVA, Bruylant, 2001, 133-141 et CL. VERBRAEKEN, « Contrat modèle de franchise internationale de la CCI : les obligations du franchisé », in *Le contrat de franchise*, CDVA, Bruylant, 2001, 143-153.

<sup>60</sup> Selon l'introduction générale, le contrat de franchise est « l'accord par lequel le franchiseur concède au franchisé, moyennant une contrepartie financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter un ensemble de droits de propriété intellectuelle ou industrielle consistant principalement en un savoir-faire et des signes distinctifs, ainsi que le droit de recevoir une assistance continue pendant toute la durée du contrat ».

<sup>61</sup> En ce sens, O. VAES, *Franchising. Guide pratique pour juristes*, Bruylant, 2007, 165, n° 187.

<sup>62</sup> Voy. à ce sujet les explications de O. VAES, selon qui une certaine confusion est apparue dans les milieux de la franchise sur la nature du contrat type, certaines associations craignant que le contrat n'impose une réglementation contraignante de nature à nuire aux codes de déontologie existant (*o.c.*, 164-165, n° 187).

CCI et notamment les Inco-terms.<sup>63</sup> Compte tenu de sa relative nouveauté, le contrat type de la CCI relatif à la franchise ne peut prétendre à un tel statut.<sup>64</sup>

## 2. Les efforts nationaux : application immédiate des lois de protection des franchisés ?

Les relations de franchisage n'intéressent pas uniquement les instances internationales. Dans de nombreux pays, le législateur est intervenu pour imposer au franchiseur d'importantes obligations d'information préalable au bénéfice du franchisé.<sup>65</sup> L'on connaît en droit belge la loi du 19 décembre 2005 relative à l'information précontractuelle dans le cadre des accords de partenariat commercial.<sup>66</sup> Cette loi est directement inspirée de la loi française dite loi *Doubin* (loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989).<sup>67</sup> En Europe, l'Italie,<sup>68</sup> l'Espagne<sup>69</sup> et la Roumanie imposent des obligations du même type. Au-delà, les lois japonaises et américaines sont sans doute les plus connues.

Face à la multiplication de ces interventions législatives, une question s'impose : doit-on

<sup>63</sup> Dans la jurisprudence arbitrale, certaines sentences ont retenu l'application d'Inco-terms alors même que les parties ne s'y étaient pas référé, considérant que les Inco-terms avaient valeur d'usage. Voy. par ex. les sentences CCI n° 3130 (*J.D.I.*, 1981, 932) n° 3894, *J.D.I.*, 1982, 987 (toutes deux à propos de contrats de vente).

<sup>64</sup> Pas plus d'ailleurs que les principes élaborés par le groupe 'contrats de service' actif au sein du *Study Group on a European Civil Code* ([www.sgecc.net](http://www.sgecc.net)) et qui visent les contrats d'agence, de franchise et de distribution (M. HESSELINK, J.W. RUTGERS, O. BUENO DIAZ, M. SCOTTON et M. VELDMANN, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Sellier, 2006, 376 p.). La publication de ces principes a provoqué une réaction très forte de l'*International Distribution Institute Project*, qui a qualifié le texte de « *exercice purement académique* », ajoutant qu'il s'agissait d'une initiative « *plutôt dangereuse* » ([www.idiproject.com/news.ucw?id=6](http://www.idiproject.com/news.ucw?id=6)). En général, voy. l'étude de O. BUENO DIAZ, *Franchising in European Contract Law. A comparison between the main obligations of the contracting parties in the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts* (PEL CAFDC), *French and Spanish law*, Sellier, 2008, 292 p.

<sup>65</sup> Voy. le très intéressant aperçu comparatif fourni par F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly Ed., 2009, 536-541, n° 857-870.

<sup>66</sup> *M.B.*, 18 janvier 2006.

<sup>67</sup> Aux termes de l'article 1er de cette loi (devenu l'article L.330-3 du Code de commerce), « *toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères qui lui permettent de s'engager en connaissance de cause* ». Pour plus de détails sur les obligations imposées par la législation française, voy. récemment O. CLEVENBERGH, « La place de l'étude de marché et du plan prévisionnel au sein de l'information précontractuelle à fournir au franchisé en vertu de la loi du 19 décembre 2005 et du droit commun. La sanction du caractère inexact ou incomplet des informations communiquées », note sous Versailles, 7 juin 2007, *R.D.C.*, 2008, 188-204.

<sup>68</sup> Loi n° 129 du 6 mai 2004 *su'll norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale* (*Gazzeta Ufficiale* n° 120 du 24 mai 2004).

<sup>69</sup> Loi n° 7/1996 du 15 janvier 1996 *de Ordinacion del Comercio Minorista* (*Boletín Oficial del Estado*, n° 15 du 17 janvier 1996).

considérer que ces législations ou certaines d'entre elles appartiennent à la catégorie des lois d'application immédiate ? Si c'était le cas, ceci ne manquerait pas d'avoir un impact considérable sur la détermination des normes applicables à la relation de franchisage. L'on sait en effet que les lois d'application immédiate s'imposent aux juridictions nationales, sans qu'il soit nécessaire de vérifier quel droit régit la relation en vertu de la règle de rattachement appropriée.<sup>70</sup>

La réponse à cette question n'est pas uniforme : alors que de nombreux éléments plaident pour retenir une application immédiate des législations particulières, les avis sur cette qualification divergent. En Belgique, un consensus semble se faire pour considérer que la loi du 19 décembre 2005 constitue une loi d'application immédiate.<sup>71</sup> Ceci se déduit du fait qu'elle vise à protéger une catégorie de contractants en position d'infériorité économique, qu'elle prévoit la nullité des stipulations contractuelles contraires et qu'elle instaure un for spécifique.

En France par contre, il n'est pas certain que les dispositions de la loi *Doubin* doivent être considérées comme immédiatement applicables aux espèces internationales. La Cour d'Appel de Paris a refusé cette qualification dans une espèce relative à un contrat entre un franchisé français et une entreprise espagnole, qui était expressément soumis à la loi espagnole. Le franchisé français reprochait à son cocontractant la violation de la loi *Doubin*, dont il cherchait à justifier l'application au contrat litigieux au titre de loi de police. La Cour d'Appel de Paris a cependant considéré que la loi *Doubin* n'était pas une loi de police.<sup>72</sup> Cette solution a parfois été approuvée. La doctrine est cependant partagée.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Comme le prévoit par exemple l'article 9 du Règlement Rome I.

<sup>71</sup> Voy. surtout l'analyse de J. TORO, *l.c.*, 923-933, spéc. pp. 929-932. *Adde* A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, (103), 133-134 (ces auteurs considèrent que la loi du 19 décembre 2005 est une loi de police) et C. TIJSEBAERT, « De Wet van 19 december 2005 betreffende de precontractuele informatie bij commerciële samenwerkingsovereenkomsten », in *Knelpunten Handelsrecht*, Vanden Broele, 2007, (277), 313, n° 58 ainsi que P. KILESTE et A. SOMERS, *art. cit.*, *J.T.*, 2006, (253), 259, n° 112 et P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 312-313, n° 39. MM. Retornaz et Volders (*l.c.*, (441), 442) retiennent une autre approche : n'évoquant pas directement la qualité de loi de police de la loi du 19 décembre 2005, ces auteurs expliquent que l'article 9 de la loi doit être considéré comme une règle de conflit unilatérale, qui tend à assurer l'application du droit belge dès lors que le litige est porté à la connaissance des juridictions belges. En pratique, le résultat est le même.

<sup>72</sup> Paris, 3ème ch. Sect. C, 30 nov. 2001, n° 1999-21972, *Cohen et a. c. Sté Punto FA SL et al.*, *J.C.P.*, E, 2002, Cah. dr. entr., n° 3, citée par R. MELLERIO et D SAVOVA, « La franchise internationale ou comment exporter un concept original », *JCP*, Ed. E, 2005, n° 1144, (1285), 1289.

<sup>73</sup> M. Manguy approuve la décision de la Cour d'Appel (D. MAINGUY, « Les opérations du commerce international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN et M. MENJUCQ (éds.), Litec, 2005, 454-455, n° 1117). Plus hésitant : M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, 417, n. 785. Ces derniers auteurs citent les écrits de Mme Catherine Kessedjian, en précisant que cette dernière admet le caractère de loi de police de la loi *Doubin* en raison des sanctions pénales qu'elle prévoit. Mme D. SEYSEN-GUÉRIN (*Le contrat de distribution internationale*, Thèse Paris XI, 2001, 270, n° 341) estime que la qualification en loi de police de la législation française constitue une « proposition logique ». M. Berlin partage cette analyse (D. BERLIN, « Droit international et distribution internationale »,

A défaut de pouvoir se prononcer avec certitude sur l'impact des différentes législations nationales,<sup>74</sup> le conseil de l'une ou l'autre partie sera bien avisé de tenir compte, autant que faire se peut, des obligations imposées par ces lois.<sup>75</sup> L'on notera d'ailleurs que même si un contrat donné peut échapper aux obligations de l'une ou l'autre loi de police, certains codes de déontologie prescrivent des obligations d'information pendant la phase précontractuelle qui n'ont rien à envier à celles qui figurent dans les législations nationales.

En théorie, le conseil chargé de la rédaction d'un contrat de franchise devrait également être attentif à la possibilité qu'une juridiction tienne compte, non seulement de ses propres lois de police, mais également des dispositions d'application immédiate d'autres juridictions qui peuvent présenter un lien avec le contrat ou l'opération. L'on sait que l'article 7 § 1 de la Convention de Rome ouvrait la possibilité au juge de retenir l'application de lois d'application immédiate étrangères. La pratique a cependant démontré la grande réticence des juridictions face à ce mécanisme.<sup>76</sup> Une décision allemande isolée a d'ailleurs confirmé cette tendance dans le domaine de la franchise.<sup>77</sup> En outre, le Règlement Rome I, qui a remplacé la Convention de Rome à compter du 19 décembre 2009,<sup>78</sup> limite

*D.P.C.I.*, 1993, n° 123).

<sup>74</sup> M. Dutta suggère que les dispositions nationales imposant au franchiseur des obligations d'information ne constituent pas des lois d'application immédiate dans la mesure où elles servent avant tout les intérêts des franchisés et seulement (A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 943, n° 2087).

<sup>75</sup> On notera cependant qu'il faudra sans doute adopter une approche différente face à un contrat de master-franchise. Lorsque dans un tel contrat, le franchisé principal s'engage non pas à ouvrir et développer lui-même certaines franchises, mais à sélectionner les franchisés et à assurer auprès de ceux-ci le recouvrement des redevances au nom et pour le compte du franchiseur, il est peu probable que la relation entre le franchiseur et le master-franchisé justifie l'application des dispositions de la loi du 19 décembre 2005.

<sup>76</sup> Voy. les commentaires autorisés de M. Wilderspin à propos de l'application par les juridictions nationales de l'article 7(1) de la Convention de Rome. M. Wilderspin conclut que cette disposition n'a été invoquée qu'en de « rares occasions » (M. WILDERSPIN, « The Rome Convention : Experience to date before the courts of Contracting State », *Harmonisation of Substantive and Private International Law*, O. LANDO et U. MAGNUS (éds), P. Lang, 2003, (111), 131).

<sup>77</sup> Cour d'Appel de Munich, 15 février 1980, trad. française parue in *J.D.I.*, 1985, 957, obs. E. JAYME (en l'espèce un franchiseur allemand avait mis fin à un contrat de franchise le liant à un franchisé installé dans l'Etat du New Jersey. Ce dernier postulait devant les juridictions allemandes l'application d'une loi de son Etat d'origine, au motif que celle-ci devait l'emporter sur la loi allemande, choisie par les parties pour régir leur contrat, en raison de sa nature impérative. La Cour a refusé purement et simplement de faire droit à cette demande et n'a eu égard qu'au seul droit allemand, notamment au motif que le franchisé opérait dans l'ensemble des Etats-Unis, ce qui rendait difficile l'application de la seule loi du New Jersey).

<sup>78</sup> Le Règlement 'Rome I' (Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.U.E.*, 4 juillet 2008, L-177/6) s'est substitué à la Convention de Rome du 19 juin 1980 à compter de son entrée en vigueur. Il s'appliquera aux contrats conclus après le 19 décembre 2009. Sur ce Règlement, voy. M. WILDERSPIN, « The Rome I Regulation : Communitarisation and modernisation of the Rome Convention », *ERA Forum*, 2008, 259-274 ainsi que S. LEIBLE et M. LEHMANN, « Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ('Rom I') », *R.I.W.*, 2008, 528 e.s.; R. WAGNER, « Der Grundsatz der Rechtswahl und das mangels Rechtswahl anwendbare Recht (Rom I-Verordnung) », *IPRax*, 2008, 377 e.s.; C. NOURRISSAT *et alii*, « Le nouveau droit des contrats internationaux : le Règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *R.L.D.A.*, juillet/août 2008, n° 1752, 61 e.s.; K. BOELE-WOELKI et V. LAZIC,

substantiellement la possibilité de faire triompher une disposition d'application immédiate étrangère sur la loi normalement applicable au contrat.<sup>79</sup>

Enfin, l'on peut se demander si, compte tenu du domaine d'application de la loi du 19 décembre 2005, il est encore permis de se référer au Règlement Rome I pour donner suite aux lois d'application immédiate d'un législateur étranger. L'on sait en effet que la question de la responsabilité précontractuelle, si discutée en droit international privé, est revendiquée, apparemment de manière exclusive, par le Règlement Rome II. C'est donc ce Règlement qui est pertinent pour cette question. Or, à la différence de son jumeau relatif aux obligations contractuelles, le Règlement Rome II ne permet pas au juge saisi de tenir compte des lois de police étrangères.<sup>80</sup> Au total, il est dès lors fort peu probable qu'une juridiction étrangère retienne l'application de la loi du 19 décembre 2005 au titre de loi de police étrangère à propos d'un contrat de franchise appelé à être exécuté en Belgique.<sup>81</sup>

Un dernier point mérite d'être souligné. Il ne suffit pas d'accepter que la loi du 19 décembre 2005 appartient à la catégorie des lois d'application immédiate. Encore faut-il déterminer quelle est sa sphère d'application. On aurait pu hésiter à ce propos. Si certains critères comme la nationalité des parties auraient pu être exclu d'emblée, d'autres, comme le lieu de conclusion du contrat, aurait pu se révéler pertinents, puisque la loi 2005 vise précisément la phase précontractuelle. Le législateur a vidé cette querelle en retenant expressément le lieu où s'exerce l'activité à laquelle se rapporte l'accord. Concrètement, c'est donc le lieu où le franchisé exerce son activité qui est pertinent.<sup>82</sup> Dès lors qu'il appartient au juge belge

---

« Where Do We Stand on the Rome I Regulation? », in *The Future of European Contract Law. Essays in honour of Ewoud Hondius*, K. BOELE-WOELKI et al. (éds.), Wolters Kluwer, 2007, 19-42; C. VAN DER PLAS, « Verbintenissen uit overeenkomsten : van EVO-Verdrag naar Rome I-Verordening », *NTER*, 2008, 318-329; J. DE MEYER, « Verbintenissen uit grensoverschrijdende overeenkomsten », *N.j.W.*, 2008, 854-869; F. MARRELLA, « Les nouveautés du Règlement européen (Rome I) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles », *Bulletin CCI*, 2008, vol. 19/1, 91-95; S. FRANCO, « Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles . - Dernier né de l'espace 'Liberté Sécurité Justice' », *Europe*, oct. 2008, étude n° 8; F. MÉLIN, « Le règlement « Rome I » du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Aperçu rapide », *JCP*, éd. Entreprise et Affaires, 24 Juillet 2008, act. 368; A. CRUQUENAIRE, « Le Règlement européen sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I') dans le contexte du commerce électronique », *DAOR*, 2008, 315-325; B. VOLDERS, « Nieuw verwijzingsrecht voor grensoverschrijdende overeenkomsten. De Rome I-verordening inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst », *R.W.*, 2009, 642-666.

<sup>79</sup> Voy. les commentaires de A. NUYTS, « Les lois de police et dispositions impératives dans le Règlement Rome I », *R.D.C.*, 2009, (553), 561-564.

<sup>80</sup> Sur cette différence, voy. par ex. S. FRANCO, « Le Règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles. Présentation générale », in *Actualités de droit international privé*, Anthemis, 2009, (67), 101-102.

<sup>81</sup> Voy. par exemple Cass. fr., (1ère civ.), 25 novembre 2003, *J.C.P.*, 2004, II, 10046 à propos d'une concession exclusive accordée par un concédant français à un concessionnaire belge. En l'espèce, si la Cour de cassation censure l'arrêt qui avait retenu l'application de la loi de 1961, ce n'est qu'au motif que la Cour d'appel aurait du se référer à la prestation de fourniture des produits comme caractéristique du contrat. L'article 7 de la Convention de Rome ne semble pas avoir été invoqué.

<sup>82</sup> Dans un sens comparable en France à propos de la loi *Doubin*, M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, 417, n° 785.

de se prononcer, il pourra retenir l'application de la loi du 19 décembre 2005 si le franchisé opère, au moins partiellement, sur le territoire belge. Encore faudra-t-il déterminer s'il faut tenir compte, pour déterminer le lieu où le franchisé exerce son activité, uniquement des « données objectives disponibles au moment où les parties vont entamer leurs négociations précontractuelles », <sup>83</sup> ou s'il sera au contraire permis de prendre en considération certains éléments survenus pendant l'exécution du contrat.

---

<sup>83</sup> Comme le suggère avec force Me Hollander (P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 313, n° 39).

### 3. La solution subsidiaire : détermination du droit applicable sur base des règles de conflit de lois

L'analyse qui précède a révélé que le contrat international de franchise pouvait déjà faire l'objet d'importantes réglementations d'origine internationale et nationale. Ces réglementations n'épuiseront cependant pas, loin s'en faut, l'ensemble des questions que peut susciter la relation entre le franchisé et le franchiseur. Au-delà des contrats-types, codes déontologie et autres lois d'application immédiate, il sera bien souvent nécessaire de faire appel à un droit national pour compléter le cadre juridique des relations de franchisage.<sup>84</sup>

Avant de s'interroger sur la détermination du droit applicable, il est une question préliminaire qui mérite réflexion. Il est souvent enseigné que le contrat de franchise est un contrat d'adhésion ou en tout cas se rapproche fortement du contrat d'adhésion.<sup>85</sup> Il est vrai que bien souvent le franchisé ne pourra que fort peu imprimer sa marque sur les conditions que lui propose le franchiseur. Il ne faudrait cependant pas en déduire que le franchisé peut revendiquer le bénéfice de l'application des règles de rattachement visant les contrats de consommation.<sup>86</sup> Ces règles ne peuvent en effet s'appliquer qu'à la condition que l'une des parties agisse pour des fins étrangères à tout occupation professionnelle.<sup>87</sup> Il est évident que ce critère exclut catégoriquement les relations de franchisage<sup>88</sup> et ce même lorsque le candidat à la franchise n'exerce aucune activité professionnelle lors des discussions précédant la conclusion du contrat de franchise.<sup>89 90</sup>

<sup>84</sup> L'on ne s'attardera pas, dans cette contribution, sur la question de savoir quand un contrat de franchise possède une dimension internationale suffisante pour justifier l'application des règles de rattachement. Sur cette question fort académique, l'on consultera les explications de PH. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchisage*, Litec, 2003, 59-60, n° 176 ainsi que D. MAINGUY, « Les opérations du commerce international », in *Droit du commerce international*, J. BEGUIN et M. MENJUCQ (éds.), Litec, 2005, 446, n° 1102.

<sup>85</sup> Voy. par ex. A. MOTTET HAUGAARD et M. VERHULST, « La nouvelle loi relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial », *D.A.O.R.*, 2006, 103.

<sup>86</sup> L'on pense en particulier à l'article 5 de la Convention de Rome, devenu l'article 6 du Règlement Rome I. En général sur la qualification du franchisé en consommateur, voy. R. FABRE, « Réglementation législative du contrat de franchise dans d'autres pays. L'esquisse d'une philosophie », in *Le contrat de franchise*, CDVA, Bruylant, 2001, (105), 113.

<sup>87</sup> Voy. par exemple l'article 6 § 1 du Règlement 593/2008 (Règlement Rome I), selon lequel un contrat de consommation est conclu par « une personne physique . . . pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle. . . ». Dans le même sens, l'article 15 § 1 du Règlement 44/2001.

<sup>88</sup> Comme le note p. ex. A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 944, n° 2089.

<sup>89</sup> Voy. à propos de cette hypothèse, C.J.C.E, 3 juillet 1997, *Francesco Benincasa c. Dentalkit Srl*, aff. C-269/95, *Rec.*, I-3767. La Cour relève que « seuls les contrats conclus aux fins de satisfaire aux propres besoins de consommation privée d'un individu relèvent des dispositions protectrices du consommateur en tant que partie réputée économiquement plus faible. La protection particulière voulue par ces dispositions ne se justifie pas en cas de contrats ayant comme but une activité professionnelle, fût-elle prévue pour l'avenir, étant donné que le caractère futur d'une activité n'enlève rien à sa nature professionnelle. » (attendu 17).

<sup>90</sup> Sur la possibilité pour le franchisé d'invoquer le bénéfice des règles spéciales de rattachement visant le

Pour respecter un canevas classique, l'on examinera dans un premier temps la possibilité pour les parties de déterminer elles-mêmes le droit applicable à leur contrat (A) pour s'interroger ensuite sur la solution à retenir en absence de choix par les parties (B).

#### A. Le principe : la loi choisie par les parties

Il est bien connu que les parties à un contrat possédant une dimension internationale peuvent elles-mêmes déterminer la loi applicable à leurs relations contractuelles. Cette règle fondamentale, confirmée par l'article 3 du Règlement Rome I,<sup>91</sup> permet au franchiseur et au franchisé de déterminer librement à quel droit leur contrat sera rattaché. Le libre choix n'est bien entendu pas un blanc seing permettant aux parties de soumettre à la loi de leur choix l'ensemble des questions qui pourraient surgir à l'occasion de la relation de franchisage. Cette relation peut en effet faire naître des questions non-contractuelles - l'on pense par exemple à l'appréciation du risque de responsabilité du franchiseur dans la défaillance de son franchisé, notamment à travers la gestion de fait, à la titularité de la clientèle du réseau de franchise ou encore à l'éventuelle requalification du contrat de franchise en un contrat de travail. Ces questions échappent au domaine de la loi du contrat. Les parties ne peuvent dès lors exercer leur libre choix à leur sujet.

En soi, ces principes ne méritent pas de plus amples explications. L'autonomie dont dispose les parties qui concluent un contrat international est bien connue. Il n'est pas non plus nécessaire de s'étendre sur les limites et risques de ce principe général. Dans le contexte particulier de la franchise, quelques remarques s'imposent toutefois pour préciser l'enjeu concret du choix de loi.<sup>92</sup> Pour ce faire, l'on distinguera le contrat de franchise classique du contrat de master franchise ainsi que des contrats annexes que les parties peuvent être amenées à conclure.

---

contrat de travail, voy. A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 945, n° 209.

<sup>91</sup> En général sur l'application du Règlement aux contrats de franchise, voy. L. GARCIA GUTIERREZ, « Franchise Contracts and the Rome I Regulation on the Law Applicable to International Contracts », *Yearb. PIL*, 2008, 233-244.

<sup>92</sup> L'on signalera que le choix de loi peut prendre une importance particulière dans le contexte des relations de franchisage, lorsqu'est mise en cause la responsabilité du franchiseur à qui il est reproché d'avoir fourni, avant la conclusion du contrat, des informations insuffisantes ou erronées. Si cette question ne fait pas l'objet d'une réglementation impérative s'imposant quelle que soit la loi choisie par les parties (*supra*), il faudra selon toute vraisemblance se reporter à la loi applicable à la responsabilité pré-contractuelle du franchiseur. Or cette question est aux termes de l'article 12 du Règlement Rome II soumise à la loi qui s'applique au contrat. Lorsqu'il choisit la loi applicable au contrat, le franchiseur sera dès lors attentif à l'impact que peut revêtir ce choix sur la responsabilité qu'il pourrait encourir (sur ce point, A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 954, n° 2108).

### A.1. Le contrat classique de franchise <sup>93</sup>

Comme déjà rappelé, la première règle en matière de contrat est celle du choix des parties. Le contrat de franchise ne déroge pas à ce principe fondamental, consacré notamment par l'article 3 du Règlement Rome I. A ce titre, l'on veillera à inclure dans le contrat de franchise une disposition stipulant de manière non équivoque la législation applicable.<sup>94</sup> Ceci peut se faire tant dans le contrat que les parties signent pour donner une assise juridique à leur relation que dans des conditions générales d'une des parties, généralement le franchiseur.<sup>95</sup>

A titre d'exemple, le contrat type de la CCI relatif à la franchise propose, parmi d'autres solutions, une disposition simple et directe selon laquelle : « *This Agreement is governed by the law of the country of \_\_\_\_\_* ». <sup>96</sup> Cette formule convient parfaitement. Il est inutile de l'alourdir inutilement en précisant par exemple quelles sont les questions visées par la loi choisie. Il est également inutile d'exclure l'application des règles de rattachement de la loi élue, comme on le voit parfois, la technique du renvoi n'étant généralement pas acceptée en matière contractuelle.

On évitera au demeurant les formules vagues qui soumettent par exemple le contrat de franchise au « *droit international* », à la « *lex mercatoria* » ou encore aux « principes communs du droit commercial des Etats européens ». <sup>97</sup> Ces formules peuvent être valables, notamment lorsque les litiges sont soumis à un tribunal arbitral.<sup>98</sup> Elles ne procurent

<sup>93</sup> En pratique, il est fréquent que les parties signent des accords de réservation avant même de s'engager. Il s'agit d'un contrat préliminaire dont l'objectif est de 'bloquer' la franchise et l'exclusivité pendant que les parties négocient. Ce contrat est soumis aux règles de droit commun du contrat international.

<sup>94</sup> Si une question surgit quant à la validité formelle de la clause d'*electio iuris*, il faudra conformément à l'article 10 du Règlement Rome I, s'en tenir aux exigences soit de la loi choisie par les parties, soit de la loi du lieu de conclusion du contrat.

<sup>95</sup> Dans ce dernier cas, il n'est pas exclu que le droit applicable permette de remettre en cause la validité de la clause de choix de loi, par exemple parce qu'elle est jugée 'surprenante' ou encore 'manifestement déséquilibrée'. Voy. à propos des exigences particulières posées par le droit allemand, A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 944, n° 2088.

<sup>96</sup> Article 32B du Contrat type.

<sup>97</sup> Voy. par exemple l'article 32A du contrat modèle de la CCI qui soumet le contrat de franchise à la *lex mercatoria* et aux Principes Unidroit. Cette disposition se lit de la façon suivante : « *This Agreement is governed by the rules and principles of law generally recognized in international trade together with the UNIDROIT principles on International Commercial Contracts* ». M. Jolivet justifie le recours à la *lex mercatoria* en notant d'une part qu'il est préférable de ne pas soumettre le contrat de franchise à la loi de l'une ou l'autre partie, pour ne pas favoriser le franchisé ou le franchiseur et que d'autre part, il serait regrettable de ne pas prévoir de clause de choix de loi ou de soumettre le contrat à la loi d'un Etat tiers (E. JOLIVET, « Loi applicable et règlement des différends dans le contrat-modèle de franchise internationale CCI », in *Le contrat de franchise*, Bruylant, 2001, (155), 158-161).

<sup>98</sup> L'existence d'une clause d'arbitrage dans le contrat de franchise permet en effet de faire appel aux juridictions des Etats (et notamment à ceux qui ont ratifié la Convention de New York de 1958) pour mettre en œuvre la sentence arbitrale qui sera le produit de la procédure envisagée par les parties. Dans cette mesure, l'argument traditionnel utilisé pour critiquer l'hypothèse de l'existence d'une *lex mercatoria*,

toutefois que peu de sécurité juridique.<sup>99</sup> Si un litige naît par exemple à propos du renouvellement tacite du contrat de franchisage ou encore sur la validité d'une résiliation de ce contrat, peut-on espérer de manière réaliste que les arbitres trouvent une réponse claire à la question dans la *lex mercatoria*? La réponse est moins que certaine.<sup>100 101</sup>

En pratique, le franchiseur aura tendance à sélectionner la loi de son propre établissement.<sup>102</sup> Ainsi un franchiseur américain choisira-t-il la loi de l'Etat du New Jersey dans le contrat proposé à un franchisé installé sur le territoire belge. L'avantage pour le franchiseur est évident. Celui-ci peut gérer plus facilement l'ensemble des contrats qu'il conclut, s'il sont soumis à la même loi.

Faut-il pour autant exclure le choix d'une autre loi que celle du franchiseur? On a pu faire remarquer qu'un litige entre franchisé et franchiseur pouvait concerner d'autres dimensions que la dimension purement contractuelle.<sup>103</sup> M. Konigsberg envisage par exemple le litige entre parties à propos de la violation par le franchisé d'une marque ou d'un brevet dont le franchiseur a concédé l'utilisation. Dans ce cas, il est vrai que l'objet du litige est la marque ou le brevet dont le franchiseur est le titulaire pour le pays du franchisé. Il faut toutefois se garder de penser qu'un tel litige ne pourrait pas être résolu ou serait plus difficile à résoudre

---

à savoir que la prétendue communauté des opérateurs du commerce international ne disposerait pas du pouvoir de sanction qui contribue à définir l'ordre juridique, est contourné, puisque par le biais de l'arbitrage, les parties peuvent prétendre bénéficier du monopole de la contrainte que détiennent les Etats.

<sup>99</sup> Voy. en ce sens, R. MELLERIO et D. SAVOVA, *art. cit.*, 1289, n° 17, qui recommandent, à propos du Contrat CCI, de choisir la loi d'un Etat pour répondre au besoin de sécurité juridique. *Comp.* avec A. S. KONIGSBERG, *International Franchising*, 3<sup>ème</sup> éd., Juris Publishing, 2008, 263-264 (selon M. Konigsberg, un choix pour la *lex mercatoria* « *may be an honorable compromise when the parties cannot agree as to the substantive laws of which country should be the governing law* »).

<sup>100</sup> Voy. pour une critique récente et fort convaincante de l'hypothèse de la *lex mercatoria*, P. MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques », *Recueil des cours*, 2007, t. 327, (9), 64-72. Le Professeur Mayer insiste à juste titre sur le fait que les règles et principes qui sont supposés fonder la *lex mercatoria* « *ne règlent qu'un petit nombre de questions* » (p. 68, n° 47).

<sup>101</sup> L'on notera que le contrat modèle de la CCI prévoit que les parties peuvent désigner une loi nationale déterminée. Le choix de la loi d'un Etat est-il susceptible de susciter des difficultés de coordination, comme semble le craindre le Professeur Le Tourneau (*o.c.*, 65, n° 186), qui explique que le contrat modèle a été rédigé dans la perspective de l'application de la *lex mercatoria* et non d'une loi nationale? Nous estimons que les difficultés que pourrait soulever le choix d'une loi nationale dans un contrat de franchise inspiré du contrat modèle CCI sont minimes. La loi applicable n'a en effet vocation à intervenir que si le contrat est muet, vague ou ambigu sur un point. Certes, la loi choisie par les parties servira également de référence pour déterminer la validité des stipulations contractuelles (conformément à l'article 10 du Règlement Rome I). On peut cependant espérer que les parties feront porter leur choix sur une loi qui validera le contenu de leur accord.

<sup>102</sup> Comme l'écrit M. Konigsberg, « *In far too many situations, the franchisor, who generally tends to hold the stronger hand in negotiating international franchise agreements, will usually insist that the jurisdiction of the franchisor's country be the proper jurisdiction and that the laws of that jurisdiction be the laws governing the agreement* » (*o.c.*, 272). *Comp.* avec les indications fournies par le *Guide sur les accords internationaux de franchise principale*, édité par Unidroit, Rome, 2000, selon lequel les parties choisissent le plus souvent « la loi du domicile du franchisé principal comme loi applicable à leurs relations contractuelles » (*o.c.*, p. 199-200).

<sup>103</sup> A.S. KONIGSBERG, *o.c.*, 272.

si les parties ont soumis leur contrat à la loi du pays du franchiseur. Le litige peut certes concerner le brevet ou la marque, la demande que pourra formuler le franchiseur s'appuiera avant tout sur les dispositions contractuelles. Ce sont ces dispositions, qui permettent et limitent l'usage par le franchisé de la marque ou du brevet, que le juge devra prendre en considération pour déterminer si un éventuel manquement contractuel peut être imputé au franchisé. Cette appréciation peut se faire sur base de la loi choisie par les parties, que celle-ci soit la loi du franchisé ou du franchiseur.

L'on sera cependant attentif au fait que de nombreuses questions échapperont à l'emprise de la loi choisie par les parties. L'on pense aux règles de concurrence honnête, à la protection des consommateurs, aux règles relatives aux investissements étrangers ou encore aux règles de fonctionnement des personnes morales.

Comme dans d'autres contextes, sélectionner la loi d'un Etat tiers peut fournir une solution neutre lorsqu'aucune des parties n'entend soumettre le contrat à la loi de l'autre.<sup>104</sup> Il faut dans cette hypothèse prendre soin de coordonner le choix de la loi applicable avec celui de la juridiction compétente. Rien ne sert en effet de soumettre un contrat entre un franchisé belge et un franchiseur américain à la loi suisse, si dans le même temps, compétence est accordée aux juridictions de l'Etat de New York pour trancher les éventuels litiges.

Un dernier point mérite de retenir l'attention. Il concerne les difficultés qui peuvent naître de la multiplicité des documents contractuels échangés par les parties. Il ne sera pas rare en effet que le franchiseur dispose de conditions générales, qu'il transmettra au franchisé. Ces conditions pourront comporter un choix de loi. Si celui-ci est identique au choix effectué par les parties dans leur contrat, aucune difficulté particulière ne surgira. Il n'en ira pas de même s'il apparaît que la loi choisie dans les conditions générales du franchiseur ne coïncide pas avec la loi retenue par les parties pour gouverner leurs relations. Une telle combinaison n'est sans doute pas la solution la plus opportune. Il n'en demeure pas moins que les deux choix de loi pourront coexister puisqu'ils visent des relations différentes : la loi retenue dans le contrat a pour vocation de régir le contrat de franchise en tant que tel, alors que le choix effectué dans les conditions générales n'aura en principe pour objet que les ventes individuelles (ou autres opérations récurrentes) conclues entre le franchisé et le franchiseur. Qu'en est-il si le contrat de franchise ne comprend pas de choix de loi? Il faudra dans cette hypothèse avoir égard à la rédaction de la clause de choix figurant dans les conditions générales du franchiseur. Une rédaction large pourrait permettre de justifier l'application de la clause de choix de loi non seulement aux contrats de ventes individuelles conclues entre le franchisé et le franchiseur, mais aussi au contrat-cadre de franchise.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> Le Règlement 'Rome I' permet aux parties de sélectionner la loi d'un Etat avec lequel aucune des parties n'a de liens. Une telle liberté n'est toutefois pas toujours reconnue. Certains systèmes de droit international privé exigent qu'il existe une relation raisonnable entre la loi de l'Etat choisi et le contrat de franchise ou les parties à ce contrat.

<sup>105</sup> Voy. les observations sur ce point de M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, 390, n° 750.

## A.2. Le contrat de master-franchise

Si l'on se penche sur le contrat de master – franchise,<sup>106</sup> deux questions viennent naturellement à l'esprit, qui tiennent aux relations que peut entretenir ce contrat avec les contrats individuels de franchise.

Il importe tout d'abord de se demander s'il est opportun, voire nécessaire de soumettre l'ensemble des contrats à la même loi. En d'autres termes, la gestion des relations contractuelles peut-elle s'accommoder, sans difficulté particulière, d'une différence de régime, le contrat de master-franchise étant soumis à une autre loi (et à une autre juridiction) que les contrats individuels de franchise conclu par le master-franchisé? Selon Konigsberg, « *While there is no legal requirement that a sub-franchise agreement be governed by the same laws as the master-franchise agreement, it is nevertheless suggested that, where possible, both agreements be governed by the same laws, insofar as the unit franchise agreement is entered into pursuant to the master franchise agreement* ». <sup>107</sup> Cette approche paraît *prima facie* devoir être approuvée. Soumettre l'ensemble des contrats à la même loi constitue en effet un choix de pure opportunité, qu'aucune contrainte légale n'impose de façon nécessaire. Un choix de loi unique pourra faciliter la gestion des relations contractuelles. Il en ira d'autant plus ainsi si le master franchiseur conserve une emprise certaine sur les relations qui s'établissent entre le master-franchisé et les franchisés individuels.

On retiendra toutefois qu'une approche uniforme de l'ensemble des contrats peut à son tour soulever d'importantes difficultés aussi bien pratiques que légales. Si le master-franchiseur insiste pour que les contrats individuels de franchise soient soumis à la même loi que le contrat de master-franchise, il paraît opportun d'accompagner ce choix d'une politique identique en matière de résolution des litiges. Ceci devrait donc conduire à insérer dans les contrats de sous-franchise la même clause d'élection de for ou clause d'arbitrage que celle figurant dans le contrat de master-franchise. L'on mesure immédiatement les difficultés qu'un tel choix pourrait susciter, principalement lorsque le choix des parties se porte sur les juridictions de l'Etat du master-franchiseur. Comment en effet justifier qu'un litige entre le master-franchisé et un sous-franchisé doive impérativement être soumis aux juridictions de l'Etat du master-franchiseur? Ceci n'ira pas sans alourdir la conduite de la procédure. Un tel choix pourrait même être écarté par la juridiction élue, au motif que le contrat ne présente pas un lien suffisant avec l'Etat dont les juridictions ont été retenues.<sup>108</sup>

En outre, les contrats conclus entre le franchisé principal et les sous-franchisés ne dépasseront généralement pas les frontières nationales. L'on pense au contrat de sous-franchise conclu par un master franchisé belge avec un sous-franchisé également établi en

<sup>106</sup> En général, voy. E. FLOHR, « Der Master-Franchise Vertrag – Grundsätze des internationalen Franchise-Rechts und Hinweise zur Vertragsgestaltung », *IHR*, 2005, 45-55.

<sup>107</sup> A.S. KONIGSBERG, *o.c.*, 274.

<sup>108</sup> Voy. par exemple l'article 6 du Code de droit international privé.

Belgique. Un choix dans le contrat liant ces deux parties pour une autre loi que la loi belge n'aura que peu d'effet. Il est en effet bien établi qu'un choix de loi dans un contrat interne, ne peut avoir de véritable valeur conflictuelle. Ceci signifie que la loi choisie par les parties est simplement incorporée dans le contrat. Elle doit s'effacer devant les dispositions impératives de la loi qui serait applicable à défaut de choix.<sup>109</sup>

On le voit, il importe de peser soigneusement les avantages et inconvénients d'une politique de gestion uniforme de l'ensemble des contrats liés au contrat de master-franchise.<sup>110</sup>

Une seconde question concerne l'hypothèse dans laquelle les contrats de sous-franchise ne comportent pas de clause de choix de loi. Peut-on, dans cette situation, aligner ces contrats sur le sort du contrat de master-franchise dès lors que celui-ci comprend un choix de loi? La question est classique. Le rayonnement éventuel d'un choix de loi effectué dans un contrat sur des contrats annexes ou liés a en effet déjà suscité beaucoup de réflexions.<sup>111</sup>

En principe, la clause de choix de loi prévue dans le contrat de master-franchise ne peut avoir d'emprise sur les contrats individuels de franchise conclus par le master-franchisé. Il s'agit en effet de contrats distincts, qui plus est conclus entre des parties différentes. Le raisonnement conflictualiste moderne est en outre fondé sur l'indépendance des contrats. La notion de groupe de contrats n'a pas d'influence directe sur le régime des contrats individuels. Un choix de loi effectué dans un contrat de master-franchise ne rayonne dès lors en principe pas sur les contrats de franchise.<sup>112</sup>

L'article 3 du Règlement Rome I dispose toutefois que le choix de loi peut également être retenu lorsqu'il résulte « *de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause* ». <sup>113</sup> On peut dès lors se demander s'il est possible de déduire de l'existence d'une clause de choix de loi figurant dans le contrat principal, une indication que les parties au contrat de sous-franchisage ont entendu soumettre leurs relations à la même loi.

<sup>109</sup> Solution consacrée notamment par l'article 3 § 3 du Règlement Rome I

<sup>110</sup> M. Konigsberg reconnaît qu'il peut être incohérent de soumettre les sous-contrats de franchise à la loi retenue pour gouverner le contrat de master-franchise (A.S. KONIGSBERG, *o.c.*, 274).

<sup>111</sup> Voy. notamment nos réflexions à propos du contrat de sous-traitance in "La sous-traitance internationale : questions choisies", *La sous-traitance*, CDVA, Bruylant, 2003, 269-336, spéc. n° 30 e.s.

<sup>112</sup> Sur cette solution, M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, LGDJ, 1999, 394, n° 755.

<sup>113</sup> Il s'agit alors d'un choix 'tacite'. L'expression de choix 'tacite' peut toutefois prêter à confusion. Il ne s'agit aucunement de revenir à la jurisprudence antérieure à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome, qui prétendait, en l'absence de choix de loi exprès par les parties, rechercher une volonté 'présumée' des parties (Cass., 24 septembre 1987, Pas., 1988, I, 112), recherche qui risquait de porter sur une volonté bien hypothétique et n'était pas exempte d'un risque de 'divination' (voy. sur la différence entre choix 'exprès', 'tacite' et 'préssumé', G. VAN HECKE et K. LENAERTS, *Internationaal privaatrecht*, APR, Story-Scientiae, Gand, 1989, 328-330). L'article 3 de la Convention de Rome évite d'ailleurs toute référence à un choix de loi 'tacite', préférant exiger un choix 'certain'. Le rapport de MM. *Giuliano* et *Lagarde* précise que la référence à l'article 3 au choix de loi tacite « n'autorise aucunement le juge à supposer un choix de la loi par les parties si elles n'ont pas eu l'intention certaine de le faire. Dans ce cas, le contrat est régi par les dispositions de l'article 4 de la présente Convention » (A. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport sur la Convention de Rome du 19 juin 1980, *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, C-282/17).

L'hypothèse inverse se conçoit difficilement, le contrat de sous-franchisage ne pouvant guère imposer sa loi au contrat principal.

La question est difficile. Comme l'explique Mme *Gaudemet-Tallon*, « le droit positif est mal fixé sur la délicate question de la portée d'une clause de choix de loi dans un contrat qui peut se trouver lié à un ou plusieurs contrats dans divers cas de figure ».<sup>114</sup>

Il serait par trop réducteur de déduire de la relation de *dépendance économique* entre le sous-franchisage et le contrat de master-franchise que les parties au contrat de sous-franchisage ont nécessairement entendu s'aligner sur le choix de loi figurant dans le contrat principal. S'il peut être tacite, le choix de loi doit en effet résulter de la volonté « certaine » des parties.<sup>115</sup> Or les deux contrats ont été conclus par des parties différentes et portent sur des objets différents. Les liens économiques incontestables entre les contrats ne suffisent dès lors pas à faire disparaître complètement leur autonomie juridique.

En réalité, l'existence d'un choix de loi dans le contrat principal pourrait au mieux constituer un *indice* d'une éventuelle intention des parties liés par le contrat de sous-franchisage quant au droit applicable à leur relation.<sup>116</sup> Encore faut-il que ce premier indice soit confirmé par d'autres circonstances particulières, qui montrent que les parties ont entendu, de façon certaine, s'aligner sur le choix de loi opéré dans le contrat principal. L'on pense par exemple à l'emprise particulière que pourrait se réserver le master-franchiseur sur la sélection par le master-franchisé de franchiseurs individuels ou encore aux références que peut comporter le contrat de sous-franchisage au contrat de master-franchise.<sup>117</sup>

### A.3. Les contrats connexes

Il faut enfin se préoccuper des contrats annexes que peuvent conclure le franchiseur et le franchisé. L'on pense par exemple aux contrats destinés à assurer l'approvisionnement du franchisé.

<sup>114</sup> H. GAUDEMET-TALLON, « Convention de Rome du 19 juin 1980 », Fasc. 3200, *Juris-Classeur Europe*, 1996, n° 11.

<sup>115</sup> Le rapport de MM. *Giuliano et Lagarde* insiste sur le degré de certitude suffisant que doit revêtir le choix de loi tacite. Il évoque un choix de loi opéré « sans ambiguïté » ou encore des circonstances dans lesquelles le juge n'a « aucun doute » sur le choix de loi tacite (A. GIULIANO et P. LAGARDE, Rapport sur la Convention de Rome du 19 juin 1980, *J.O.C.E.*, 31 octobre 1980, C-282/17).

<sup>116</sup> Voy. F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Bern, Stämpfli, 2000, 104, n° 204, selon qui il s'agit d'un « starkes Indiz für das Vorliegen einer stillschweigenden Rechtswahl ». *Comp.* avec la jurisprudence anglaise, qui semble plus prompte à voir dans les liens unissant plusieurs contrats une raison suffisante pour déduire un choix de loi tacite, v. les décisions citées par *Dicey and Morris on the Conflict of Laws*, 13<sup>ème</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2000, 1228-1229.

<sup>117</sup> Une simple référence dans le préambule du contrat de sous-franchisage à l'existence d'un contrat principal, éventuellement assortie d'une subordination expresse de la sous-franchise au but poursuivi par le contrat principal, ne nous semble pas suffire pour déduire une volonté implicite mais certaine de soumettre la sous-franchise aux mêmes règles que le contrat principal.

Le principe de l'autonomie de la volonté s'applique pleinement aux contrats d'application ou contrats connexes. Les parties peuvent dès lors librement choisir le droit applicable à ces contrats, selon les modalités identiques à celles déjà examinées pour le contrat de franchise ou de master-franchise.

Comme pour les contrats de master-franchise, l'on peut se demander s'il est utile ou nécessaire de garantir que l'ensemble des contrats conclu entre parties (à savoir le contrat de franchise d'une part et les contrats d'application d'autre part) soient soumis à la même loi. Le franchiseur souhaitera souvent soumettre l'ensemble des contrats à une loi unique, la sienne. Cette solution peut se justifier au regard des impératifs d'une bonne gestion contractuelle. Il est en effet évident qu'il est plus aisé de gérer un ensemble de contrats lorsque ceux-ci sont soumis à la même loi que lorsqu'ils répondent chacun à une loi différente.

Il ne faut toutefois pas perdre de vue que, dans certaines hypothèses, le droit local du franchisé pourrait se révéler plus favorable - l'on pense aux contrats de vente, dès lors que le droit du franchisé se montre plus sévère à l'égard de l'acheteur que le droit du franchiseur, par exemple sur la question du délai dans lequel les éventuelles réclamations doivent être formulées. Seule une étude approfondie des droits en présence, qui ne se justifiera que dans certaines hypothèses, permettra de déterminer s'il est effectivement opportun de dissocier le régime du contrat de franchise et des contrats d'application.

Il faut également être attentif à la rédaction de la clause de choix de loi qui figure dans le contrat de franchise. Le plus souvent, la clause de choix de loi ne visera que le contrat-cadre. Même si elle est rédigée de façon large,<sup>118</sup> elle n'embrassera en effet que les prétentions nées de ce contrat.<sup>119</sup> L'on peut cependant opter pour une rédaction très large qui englobe à la fois le contrat-cadre et les contrats d'application.<sup>120</sup> La formulation suivante peut servir de point de départ :

*« Le présent contrat ainsi que l'ensemble des contrats qui y sont rattachés et qui naîtront entre parties suite à la conclusion du présent contrat seront régis par le droit belge ».*

Dans ce cas, il ne fait que peu de doute que le choix de la loi applicable a vocation à s'appliquer tant au contrat cadre qu'aux divers contrats d'application. La circonstance que ces derniers contrats n'ont pas encore vu le jour au moment où le choix est effectué, ne nous

<sup>118</sup> P. ex. : « *La loi belge s'applique au présent contrat et notamment à sa validité, son exécution et son interprétation* ».

<sup>119</sup> Comp. avec A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 955, n° 2110, qui semble estimer qu'une 'simple' clause de choix de loi figurant dans le contrat de franchise peut être invoquée pour déterminer le droit applicable à un contrat d'exécution.

<sup>120</sup> M. MAINGUY, *o.c.*, 448, n° 1105 (qui parle à cet égard de 'clause-cadre') et M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, LGDJ, 1999, 390, n° 750.

semble pas devoir disqualifier le choix de loi. Lorsque les parties à un contrat de franchise décident de soumettre celui à la loi d'un Etat, ils sont en effet déjà pleinement conscients que leur relation conduira à la conclusion de divers contrats d'application.<sup>121</sup>

A défaut d'une rédaction précise, l'on retombera inévitablement sur des controverses qui ne pourront *in fine* être tranchées que par le juge compétent.<sup>122</sup>

## B. La loi applicable à défaut de choix de loi

A défaut de choix de loi exprès dans l'un ou l'autre des contrats en présence, l'interprète doit composer avec la règle subsidiaire. La Convention de Rome du 19 juin 1980 prévoyait un système complexe où une règle générale, qui liait le contrat à la loi de l'Etat avec lequel le contrat présentait les liens les plus importants, était concrétisée par une série de présomptions, dont la plus importante est sans nul doute la présomption en faveur du droit de l'Etat du débiteur de la prestation caractéristique. Le Règlement 'Rome I' adopté récemment ne modifie pas fondamentalement ces principes, même s'il simplifie la détermination du droit applicable.

L'application de ces principes conduit à des résultats différents selon que l'on considère le contrat de franchise ou les contrats qui y sont connexes.

### B.1. Le contrat de franchise

Sous l'empire de la Convention de Rome, il s'imposait de se laisser guider par la notion de prestation caractéristique retenue par l'article 4-2° de la Convention pour déterminer le droit applicable à un contrat en l'absence d'un choix de loi. Cette notion de prestation caractéristique a donné lieu à certaines difficultés dans le secteur de la distribution commerciale.<sup>123</sup> Ces difficultés se faisaient également sentir à propos du contrat de

<sup>121</sup> Voy. les observations de M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *op. cit.*, LGDJ, 1999, 398, n° 760.

<sup>122</sup> En pratique, l'on retiendra de préférence une double formule qui vise d'abord le contrat cadre et ensuite les contrats d'application, sur le modèle suivant :

« *Le présent contrat est régi par le droit belge.*

*Les contrats d'application conclus en exécution du présent contrat seront également et exclusivement régis par le droit belge ».*

<sup>123</sup> Voy. déjà les excellentes remarques de Lawrence Collins, à l'époque *solicitor*, qui faisait remarquer que dans une opération de distribution la balance peut pencher tantôt du côté du producteur, par exemple lorsque le marché est déjà très bien canevasé et que le distributeur n'aura pas à investir de temps et d'efforts pour trouver des clients, tantôt du côté du distributeur, lorsque l'essentiel des efforts de celui-ci portera sur la prospection et le développement du marché (« Practical Implications in England of the E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations », in *Contract Conflicts. The E.E.C Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations : A Comparative Study*, P. M. NORTH (éd.), North-Holland Publishing, 1982, (205), 209-210). Adde les observations de M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, 402 e.s., n° 768 e.s. MM. Rigaux et Fallon ont

franchise. Ce contrat faisant naître des obligations substantielles dans le chef tant du franchiseur que du franchisé, il n'était en effet pas aisé d'appliquer la présomption de la prestation caractéristique.<sup>124 125</sup>

Plusieurs options pouvaient être retenues pour concrétiser la notion de prestation caractéristique dans le cadre des relations de franchisage.<sup>126</sup> Sous l'empire de la Convention de Rome, une partie de la doctrine optait pour une analyse *globale* du contrat de franchise considéré comme une catégorie particulière de contrats. Dans cette analyse, le plus souvent c'est la loi du franchiseur qui était retenue,<sup>127</sup> même si cette opinion n'était pas unanimement partagée.<sup>128</sup> Se fondant sur la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de contrat de

---

aussi fait observer que l'application du concept de prestation caractéristique au contrat de concession exclusive pouvait se révéler « délicate » (F. RIGAUD et M. FALLON, *Droit international privé*, Larcier, 2005, 911, n° 14.189).

<sup>124</sup> Voy. sur ce point R. PLENDER et M. WILDERSPIN, *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts*, Sweet & Maxwell, 2001, pp. 117 e.s. et plus récemment B. ANCEL, « La loi applicable à défaut de choix », in *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, E. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (éds.), Schulthess, 2008, (77), 85 (M. Ancel explique que le contrat de franchise est « réfractaire au critère de la prestation caractéristique, tant il est difficile de détecter à quelle partie incombe la prestation caractéristique, les obligations du franchisé se coordonnant strictement à celles du franchiseur et inversement... »).

<sup>125</sup> L'on sait que l'application de la règle de la prestation caractéristique a donné lieu à des résultats divergents selon les Etats membres. La jurisprudence française semble par exemple fixée en ce sens que le contrat de distribution est régi par la loi du pays où est établi le fournisseur, celui-ci étant présumé fournir la prestation caractéristique (voy. les références citées par M.-E. ANCEL, « Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement Rome I », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2008, (560), 564 e.s., n° 4). Certaines décisions anglaises vont dans le même sens (p.ex. *Print Concept GmbH v G.E.W. (EC) Ltd.* [2001] EWCA Civ 352 (CA)). En Belgique, la jurisprudence est très pauvre, ce qui s'explique notamment en raison de l'attachement des juridictions aux lois d'application immédiate et en particulier à la loi de 1961 sur les concessions exclusives de vente.

<sup>126</sup> L'on pouvait dès l'entame éliminer une interprétation possible qui reposerait sur l'idée selon laquelle il faut, pour déterminer le droit applicable, tenir compte de l'objectif d'uniformité poursuivi par le franchiseur. Certes, la franchise vise à reproduire la même formule commerciale avec un minimum de déviations et adaptations au marché local. Le franchiseur tentera dès lors d'imposer les mêmes conditions à tous les franchisés. En déduire qu'il est nécessaire de soumettre l'ensemble des contrats de franchise au même droit pour garantir l'uniformité du réseau (comme le faisaient F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *op. cit.*, Stämpfli, 2000, 308, n° 672) ne nous semble pas conforme à la doctrine de la prestation caractéristique.

<sup>127</sup> Voy. par ex. H. VAN HOUTTE, *The Law of International Trade*, Sweet & Maxwell, 1995, 173, n° 5.16 (qui explique que c'est le franchiseur qui fournit la prestation caractéristique); P. LAGARDE, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1991, (287), 309-310, n° 29 (qui retient que la prestation du franchiseur est en règle et sauf « *cas exceptionnels* » la prestation caractéristique); J. TORO, *loc. cit.*, 928; A.-C. VAN GYSEL et J. INGBER, « A la recherche de la prestation caractéristique », *Rev. Dr. ULB*, 1994, (72), 81 ou encore M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *o.c.*, 404, n° 769 (ces auteurs proposent de retenir la loi du franchiseur, estimant qu'est caractéristique de tous les contrats de distribution la prestation du 'fournisseur' en ce qu'il est l'initiateur ou l'organisateur du réseau) et D. FERRIER, *art. cit.*, *J.D.I.*, 1988, (622), 649, n° 46. Adde les références citées par D. SEYSEN-GUÉRIN, *Le contrat de distribution internationale*, Thèse Paris XI, 2001, 135, n° 176, spéc. note 197.

<sup>128</sup> *Comp.* avec le sentiment de M. Konigsberg : sans se référer à une règle de conflit particulière, cet auteur canadien explique qu'à son estime le contrat de franchise doit être soumis, à défaut de choix de loi par les

distribution,<sup>129 130</sup> M. Le Tournau enseignait par exemple que le contrat de franchise devait être soumis à la loi du pays du franchiseur, la communication du savoir-faire et l'assistance technique dont il est redevable constituant la prestation caractéristique.<sup>131</sup>

Une autre partie de la doctrine retenait une approche plus nuancée : partant du constat que le franchisage présente des profils très variés, il était proposé de ne pas retenir d'analyse globale applicable indistinctement à tout contrat de franchise, mais au contraire de ne se prononcer qu'après analyse du contenu du contrat concerné.<sup>132</sup> Il était notamment suggéré de tenir compte de l'existence d'une obligation d'exclusivité – exclusivité de fourniture, exclusivité territoriale, etc. Comme on a pu le remarquer, une telle obligation est

---

parties, à la loi de l'Etat du franchisé, parce que c'est ce dernier qui « (i) is charged with the responsibility of exploiting the franchise, (ii) markets and sells the products and/or services, (iii) is responsible for building or leasing as well as fixturing and equipping office facilities and franchise outlets, (iv) engages management and other personnel, and (v) is therefore clearly charged with performing the more onerous obligations contained in the agreement and assumes the greater risk » (o.c., 273-274). En général sur la question, M. HIESTAND, « Die international privatechtliche Beurteilung von Franchiseverträgen ohne Rechtswahlklausel », *RIW*, 1993, 173 e.s.

<sup>129</sup> La Cour de cassation française estime depuis 2001 (Cass. fr., 1ère civ., 15 mai 2001, Optelec, *JCP*, G, 2001, II, 10634, note J. RAYNARD; *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2002, 86, note P. LAGARDE; *D.*, 2002, Juris., 199) que la prestation caractéristique du contrat de distribution exclusive est « la fourniture du produit ». La Cour en déduit que le droit néerlandais s'appliquait à la demande du concessionnaire français visant à obtenir réparation du dommage causé par la rupture du contrat par le concédant néerlandais. Voy. dans le même sens, Cass., 1ère civ., 25 novembre 2003, *Rev. Lamy dr. civ.*, 2004, p. 7 (la Cour note que « le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits; qu'est présumé présenter de tels liens, celui où le débiteur qui doit la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle; que pour un contrat de distribution, la fourniture du produit est la prestation caractéristique »). *Comp. Cass. fr.*, 23 janvier 2007, *D.*, 2007, 1575, note H. KENFACK ; *JCP*, G, 2007, II, 10074, note T. AZIZI (dans le cadre d'un litige opposant un fournisseur allemand à deux entreprises françaises avec lesquelles il avait conclu un contrat de concession exclusive, la Cour a indiqué que « en application de l'article 4 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la loi compétente est celle du pays où se situe l'établissement qui doit fournir la prestation caractéristique, consistant aux termes du contrat-cadre, pour la société allemande, à assurer l'exclusivité de la distribution des produits à la partie française. . . »).

<sup>130</sup> L'analogie avec les contrats de distribution et les contrats de concession de vente en particulier, ne nous semble pas pertinente. *In fine*, l'objectif du contrat de concession exclusive est la vente de produits par le concessionnaire alors que la franchise et même la franchise de produits, visent avant tout le transfert d'un concept commercial (en ce sens, F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *Internationales Vertragsrecht*, Stämpfli, 2000, 307, n° 671).

<sup>131</sup> PH. LE TOURNEAU, *op.cit.*, 63, n° 180. Voy. aussi en ce sens, F. VISCHER, L. HUBER et D. OSER, *op. cit.*, Stämpfli, 2000, 307-308, n° 672 (ces auteurs estimaient que « *schwerpunktmässig die Leistung des Franchisegeber im Vordergrund steht und deshalb das Recht seines Niederlassungsortes zue Anwendung kommt* ». Pour justifier cette conclusion, ces auteurs expliquaient que « *Die Übergabe des 'package' sowie der konzeptionell-kooperative Aspekt, der insbesondere den 'Absatz' der Dienstleistung bestimmt, legen dieses Ergebnis nahe* »).

<sup>132</sup> Voy. en particulier D. MAINGUY, *o.c.*, 449-452, n° 1110-1115 ainsi que M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, *Economica*, 2002, 179-180, n°246 (Mme Ancel proposait de distinguer selon que le franchiseur procure uniquement un savoir-faire commercial ou technique ou que le contrat comprend, outre la mise à disposition du savoir-faire et des signes distinctifs, une exclusivité à charge du franchisé. Dans le premier cas, Mme Ancel considère que c'est le franchiseur qui doit être considéré comme prestataire caractéristique. Dans le second cas, il faudrait, selon Mme Ancel, considérer que c'est

structurante pour la relation entre parties.<sup>133</sup> Elle peut dès lors être considérée comme caractéristique.

La difficulté était bien entendu qu'en pratique la plupart des contrats imposent aux deux parties une exclusivité - exclusivité territoriale au bénéfice du franchisé, exclusivité d'approvisionnement ou exclusivité d'appartenance à un réseau au bénéfice du franchiseur. Au-delà des obligations d'exclusivité, qui ne permettaient pas de trancher, il était dès lors nécessaire d'avoir également égard au transfert de savoir-faire commercial que le franchiseur met à disposition du franchisé. Ce transfert est essentiel, dans la mesure où il permet à ce dernier de reproduire l'expérience commerciale du franchiseur. Encore fallait-il apprécier l'importance de cette obligation par rapport à l'ensemble contractuel. Pour ne donner qu'un exemple, lorsque la franchise porte sur l'exploitation d'un concept hôtelier, l'obligation d'aménagement d'un hôtel qui pèse sur le franchisé est d'une importance telle qu'elle doit sans doute être considérée, sinon comme la prestation caractéristique, au moins comme d'une importance équivalente au transfert de savoir-faire.

Ce bref aperçu permet de comprendre que si la méthode analytique semble la plus conforme à l'objectif visé par la présomption en faveur de la prestation caractéristique, elle ne permettait pas de résoudre toutes les difficultés.<sup>134</sup> Le Règlement Rome I a heureusement mis de l'ordre et introduit une règle plus lisible pour les praticiens. L'article 4(1)(e) du Règlement retient en effet expressément à l'endroit du contrat de franchise l'application de la loi du franchisé. Il ne s'agit plus d'une simple présomption, mais bien d'un règle de rattachement en bonne et due forme, que seule peut écarter l'application de la clause d'exception prévue par ce même article 4.

Pour le praticien, l'article 4 du Règlement Rome I apporte une heureuse simplification<sup>135</sup> : à défaut d'accord contraire entre parties, le contrat de franchise est régi par la loi de l'Etat où est situé le franchisé.<sup>136</sup> Le Règlement Rome I tente de justifier cette solution par l'impératif

---

le franchisé qui fournit la prestation caractéristique).

<sup>133</sup> D. MAINGUY, *o.c.*, 450, n° 1111.

<sup>134</sup> La controverse n'était pas limitée au cadre franco-belge. La doctrine allemande se divisait également à propos de la loi applicable au contrat de franchise, voy. les références citées par elle pas de nouvelle distinction. Dans le même sens, U. MAGNUS, « Article 4 Rome I Regulation : The Applicable Law in the Absence of Choice », in *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, F. FERRARI et S. LEIBLE (éds.), Sellier, 2009, (27), 41, note 58.

<sup>135</sup> L'on notera cependant que cette nouvelle règle ne peut s'appliquer, au terme de son article 28, qu'aux seuls contrats conclus après le 17 décembre 2009. Avec M. Dutta (A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 947, n° 2093), l'on acceptera dès lors que la controverse née de la formule retenue par la Convention de Rome a encore un bel avenir devant elle.

<sup>136</sup> L'on a pu se demander ce qu'il fallait entendre par contrat de franchise au sens de l'article 4 du Règlement Rome I. L'interrogation porte en particulier sur la franchise de services dont on a pu suggérer qu'elle ressortissait plus à la catégorie des contrats de services visée par une autre disposition de l'article 4. Si cette lecture était acceptée, c'est la loi du lieu de l'établissement du franchiseur qui régirait la franchise de services. Voy. sur ce point H. KENFACK, « Le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) – navire stable aux instruments efficaces de navigation? », *J.D.I.*, 2009 (3), 22, n° 31. A dire vrai, il nous semble que la distinction proposée ne peut

de protection d'une partie jugée faible.<sup>137</sup> L'on ne peut qu'être modérément convaincu par cette justification.<sup>138</sup> D'une part, la règle ne s'applique qu'à défaut de choix par les parties. Il est dès lors très facile au franchiseur d'échapper à la règle dite de protection. D'autre part, force est de constater que l'application de la loi du franchisé ne lui sera pas nécessairement favorable.<sup>139</sup>

Si la solution retenue par le Règlement a indéniablement le mérite de la simplicité, elle conduit toutefois à une réduction de la souplesse que possédait la méthode de la prestation caractéristique. Peut-on encore tenir compte du contenu du contrat et plus précisément de la nature et la portée des obligations imposées au franchisé pour soumettre le contrat de franchise à un autre droit que celui du franchisé? Pourrait-on par exemple considérer que même si le contrat de franchise est en règle régi par la loi du franchisé, une autre solution peut être retenue lorsque par exemple le franchiseur demeure le propriétaire de la marchandise, sur base d'un accord de consignation?<sup>140</sup>

En outre, il faudra s'interroger sur l'emprise de la règle particulière prévue par le législateur européen pour les contrats de franchise. En l'absence de définition spécifique prévue dans le Règlement pour cette catégorie particulière de contrat, est-il permis de se reporter aux autres branches du droit européen, et en particulier au droit de la concurrence qui offre une définition acceptée de longue date du contrat de franchise?<sup>141</sup> L'on a pu en particulier se demander si la règle prévue par l'article 4 du Règlement Rome I pouvait s'appliquer à la franchise de services dont on a pu suggérer qu'elle ressortissait plus à la catégorie des contrats de services visée par une autre disposition de l'article 4. Si cette lecture était acceptée, c'est la loi du lieu de l'établissement du franchiseur qui régirait la franchise de services.<sup>142</sup> A dire vrai, il nous semble que la distinction proposée ne peut emporter la

---

emporter la conviction. Le législateur européen a entendu viser l'ensemble des relations de franchisage, régies par une règle spéciale qui n'appelle pas de nouvelle distinction. Dans le même sens, U. MAGNUS, « Article 4 Rome I Regulation : The Applicable Law in the Absence of Choice », in *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, F. FERRARI et S. LEIBLE (éds.), Sellier, 2009, (27), 41. En tout état de cause, il faut accepter que la notion de contrat de franchise doit recevoir une interprétation autonome – voy. en ce sens, A. DUTTA, « Franchisevertrag », *art. cit.*, (939), 949, n° 2098.

<sup>137</sup> Voy. l'exposé des motifs qui accompagnait la Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles, 15 décembre 2005, COM(2005) 650 final, 15 décembre 2005, p. 6. La Commission faisait allusion au souci de « protéger le franchisé et le distributeur comme parties faibles ».

<sup>138</sup> La règle fait d'ailleurs l'objet de critiques sévères. Voy. les diverses observations citées par A. DUTTA, « Franchisevertrag », *art. cit.*, (939), 946, n° 2092.

<sup>139</sup> En ce sens, B. ANCEL, *art. cit.*, in *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, E. CASHIN RITAINE et A. BONOMI (éds.), Schulthess, 2008, (77), 85.

<sup>140</sup> En ce sens (sous l'empire de la Convention de Rome), J. ERAUW, « The Law Applicable to Distribution Agreements », in *L'arbitrage et la distribution commerciale*, Bruylant, 2005, (59), 86-87.

<sup>141</sup> Voy. en ce sens A. DUTTA, « Franchisevertrag », *art. cit.*, (939), 949, n° 2099, qui voit dans la définition retenue par le Règlement 2790/1999 un « premier point d'ancrage pour dessiner les contours autonomes » d'une définition européenne du contrat de franchise.

<sup>142</sup> Voy. sur ce point H. KENFACK, « Le Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) – navire stable aux instruments efficaces de navigation? », *J.D.I.*, 2009 (3), 22, n° 31.

conviction. Le législateur européen a entendu viser l'ensemble des relations de franchisage, régies par une règle spéciale qui n'appelle pas de nouvelle distinction.<sup>143</sup> En tout état de cause, il faut accepter que la notion de contrat de franchise doit recevoir une interprétation autonome.<sup>144</sup>

L'article 4, 3° du Règlement Rome I laisse subsister la possibilité, déjà prévue par la Convention de Rome (art. 4(5°)) de soumettre le contrat à un autre droit que celui désigné par la règle principale lorsqu'il apparaît que le contrat est plus étroitement lié à un autre Etat. Cette règle, dont les relations avec la règle principale n'ont cessé d'entretenir la controverse,<sup>145</sup> a suscité de nombreux commentaires sous l'empire de la Convention de Rome. Selon une partie importante de la doctrine, le contrat de franchise devait, dès lors qu'il comportait une clause d'exclusivité territoriale au profit du franchisé, être localisé dans le pays du franchisé. Ceci aurait conduit à retenir la loi du franchisé au titre de la loi avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits.<sup>146</sup> Cette lecture de l'article 4(5°) de la Convention de Rome nous semble trop extensive. La clause d'exception n'avait en effet vocation à intervenir que lorsqu'il apparaissait que le contrat de franchise ne possédait qu'un lien ténu avec le droit désigné par la règle de la prestation caractéristique. Même si le franchisé bénéficie d'une exclusivité, le contrat n'en continuait pas moins à présenter un lien étroit avec l'Etat où le franchiseur était établi. L'application de la clause d'exception ne se justifiait dès lors pas.

Avec le Règlement Rome I, la solution ne devrait guère varier. La clause d'exception conserve en effet sa place dans le Règlement. Le seul ajout notable tient au fait que la clause ne peut s'appliquer que lorsqu'existent des liens « *manifestement* » plus étroits avec un autre Etat. La terminologie, classique, traduit l'idée qu'il faut réserver l'application de cette clause aux cas les plus exceptionnels, dans lesquels le mécanisme de la présomption caractéristique faillit de manière évidente à sa mission. Plus exigeante que celle qui figure dans la Convention de Rome, la clause d'exception consacrée par le Règlement Rome I devrait dès lors ne jouer que dans des circonstances somme toute limitées.<sup>147</sup>

<sup>143</sup> Dans le même sens, U. MAGNUS, « Article 4 Rome I Regulation : The Applicable Law in the Absence of Choice », in *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, F. FERRARI et S. LEIBLE (éds.), Sellier, 2009, (27), 41.

<sup>144</sup> Voy. en ce sens, A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 949, n° 2098.

<sup>145</sup> Voy. les explications sur ce point de M. WILDERSPIN, « The Rome Convention : Experience to date before the courts of Contracting State », *Harmonisation of Substantive and Private International Law*, O. LANDO et U. MAGNUS (éds), P. Lang, 2003, (111), 115 e.s.

<sup>146</sup> M.-E. ANCEL, *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002, 180, n° 246 (selon Mme Ancel, « . . . lorsque la mise à disposition du savoir-faire et des signes distinctifs se double d'une exclusivité à charge du franchisé, le contrat s'insère alors dans la catégorie des contrats de distribution intégrée et c'est le franchisé qui apparaît alors comme le prestataire caractéristique »).

<sup>147</sup> *Comp.* avec la suggestion de Me Hollander (P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 298, n° 25), qui estime que dès lors que c'est le franchiseur qui fournit la prestation caractéristique, il n'est pas exclu que la clause d'exception joue un rôle important en matière de franchisage. Ainsi, Me Hollander suggère que la loi du franchiseur doit reprendre ses droits notamment lorsqu'il « apparaît des circonstances de la cause que la transmission du savoir-faire s'est faite dans les installations du franchiseur ». M. Dutta estime quant à lui que la clause d'exception peut permettre

## B.2. Le contrat de master franchise

Les principes qui viennent d'être exposés, ne sont pas nécessairement pertinents pour déterminer le droit applicable au contrat conclu entre le franchiseur et un franchisé-principal ou sous-franchiseur. C'est que l'objet de ce contrat n'est pas tant l'exploitation d'une franchise en tant que telle, mais bien la mise sur pied d'un réseau de franchisage.

En réalité, le contenu du contrat de master franchise peut varier selon les ambitions du master-franchisé. Ce dernier peut n'être qu'un simple mandataire dont la mission est de sélectionner les franchisés et d'assurer auprès de ceux-ci le recouvrement des redevances au nom et pour le compte du franchiseur. Le master-franchisé peut également être un véritable entrepreneur, qui développe lui-même certaines franchises et dispose d'une plus grande marge de manœuvre - par exemple il peut modifier le savoir-faire mis à disposition des franchisés en fonction du marché local.<sup>148</sup> Enfin, dans certains cas, l'on voit les deux parties s'associer dans un contrat de joint-venture, dont l'objet est le développement d'un réseau de franchise.

Dans le premier cas, le contrat liant le franchiseur et le franchisé principal est un contrat de représentation ou de mandat, voire de commission, par lequel le franchisé principal est le représentant du franchiseur et s'engage à conclure, contre rémunération, des contrats de franchise qui, au final, lieront le franchiseur et les sous-franchisés. Il ne peut dès lors être question d'appliquer à cette relation la règle particulière prévue par le Règlement Rome I pour les contrats de franchise (*supra*).<sup>149</sup> L'objet du contrat est en effet différent. Il faudra au contraire considérer qu'il s'agit d'un contrat de prestation de services au sens de l'article 4 § 1, lit. b du Règlement et retenir à ce titre la loi du franchisé principal. La solution n'était pas différente sous l'empire de la Convention de Rome.<sup>150</sup>

Dans le second cas, la relation ne justifie aucunement l'application de la règle spéciale prévue par le Règlement Rome I pour les contrats de franchise. Pour déterminer à quelles normes le contrat sera soumis, l'on pourrait considérer que le contrat liant les deux parties est un contrat d'entreprise, par lequel le franchiseur accorde la possibilité, contre rémunération, au franchisé principal, de reproduire la franchise dans une certaine indépendance. Ceci conduirait à retenir la loi du master-franchiseur. Une autre possibilité

---

de soumettre le contrat à la loi du franchiseur lorsque « *die Hauptleistungspflichten des Franchisegebers ... im Einzelfall so stark ausgeprägt ist, sodass die Pflichten des Franchisenehmers, insbesondere seine Absatzförderungspflicht, in den Hintergrund rücken* » (A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 952, n° 2103.)

<sup>148</sup> La pratique préfère parfois l'expression de '*Area Development Agreement*' pour qualifier un accord de ce type. Il est évident que cette dénomination ne lie pas l'interprète qui doit se fonder sur la nature des droits et obligations des parties pour qualifier le contrat.

<sup>149</sup> En ce sens, P. HOLLANDER, *art. cit.*, in *Le droit de la distribution*, P. HOLLANDER (dir.), CUP, Anthemis, 2009, (271), 298, n° 25.

<sup>150</sup> Voy. D. FERRIER, *art. cit.*, *J.D.I.*, 1988, (622), 647, n° 40.

est de considérer que le contrat de master-franchise s'apparente à un contrat de distribution, soumis dès lors à défaut de choix par les parties à la loi du distributeur.<sup>151</sup>

Enfin, lorsque la relation prend la forme d'un contrat de joint-venture, dont l'objet est le développement d'un réseau de franchise, il faut encore une fois écarter l'application de la règle spéciale visant les contrats de franchise.<sup>152</sup>

### B.3. Les contrats d'exécution

Pour terminer, il faut dire quelques mots du sort des contrats d'application conclus en exécution d'un contrat de franchise. La règle est simple : ces contrats suivent leur propre lot, sans être nécessairement soumis à la même loi que le contrat de franchise auquel ils sont rattachés. Les règles de rattachement ne permettent pas en effet de réserver un sort univoque à des contrats distincts, même si ceux-ci constituent une opération économique intégrée.<sup>153</sup>

L'on notera toutefois que le Règlement Rome I semble poser les premiers jalons d'une doctrine des contrats liés. Le considérant n° 20 du Préambule qui accompagne ce Règlement invite en effet le juge à tenir compte de l'existence de liens étroits existant entre le contrat qui lui est soumis et un ou plusieurs autres contrats. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de cette précision. Elle concerne en effet la mise en oeuvre de la clause d'exception. C'est donc dans les limites, fort strictes, de cette clause qu'il est permis de tenir compte des liens existant entre plusieurs contrats.<sup>154</sup> Il est dès lors nécessaire de démontrer que le contrat d'exécution présente un lien manifestement plus étroit avec le pays dont la loi gouverne le contrat de franchise, qu'avec le droit qui lui est objectivement applicable. On est loin d'un principe général de rattachement accessoire des contrats liés.<sup>155</sup> Un tel principe se heurterait d'ailleurs à la diversité des contrats qui peuvent être liés à une relation de franchisage. En outre, la clause d'exception a uniquement pour vocation de corriger certains résultats et non de se substituer à la règle générale.<sup>156</sup>

Sans prétendre à une quelconque exhaustivité, l'on peut distinguer les catégories suivantes

<sup>151</sup> C'est l'option retenue par A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 951, n° 2101.

<sup>152</sup> En ce sens, A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 950-51, n° 2100.

<sup>153</sup> *Comp.* avec le rattachement accessoire que l'on trouve parfois en matière délictuelle (voy. par exemple l'article 100 du Code de droit international privé).

<sup>154</sup> En ce sens, A. DUTTA, « Franchiseverträge », *art. cit.*, (939), 955, n° 2110 – M. Dutta note que le simple fait que le contrat d'exécution est objectivement lié au contrat de franchise ne permet pas de déduire que les parties au premier contrat ont entendu le soumettre au droit applicable au second. Il n'envisage de rattachement accessoire que dans les conditions fort strictes de la clause d'exception.

<sup>155</sup> Voy. en ce sens les commentaires de T. AZZI, « La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 et 5 du Règlement Rome I », *D.*, 2008, (2169), 2173-2174, n° 14.

<sup>156</sup> *Comp.* avec la lecture que donne Mme van der Plas du considérant n° 20 (C. VAN DER PLAS, *art. cit.*, *NTER*, 2008, (318), 320). Selon Mme van der Plas, le Règlement « *biedt expliciet ruimte voor accessoire aanknopng* ».

de contrats susceptibles d'être liés à une relation de franchisage. La première catégorie porte sur les contrats d'approvisionnement de produits – soit que le contrat de franchise lui-même détermine les conditions générales de l'approvisionnement du franchisé par le fournisseur, soit que ces conditions fassent l'objet d'un contrat distinct. A défaut de choix de la loi applicable dans un tel contrat, c'est surtout vers la Convention de Vienne sur la vente de marchandises qu'il faudra se diriger pour déterminer le régime applicable aux contrats d'approvisionnement. Il faudra bien entendu être attentif aux conditions d'application de cette Convention et notamment à la localisation de l'établissement des parties.

Le contrat de franchisage peut également être lié à un ou plusieurs contrats relatifs à l'achat ou à la location d'équipements spécifiques, développés par le franchiseur pour assurer le succès de la formule commerciale. Encore une fois, les conditions relatives à l'achat ou à la location de ces équipements peuvent figurer soit dans le contrat de franchise, soit faire l'objet d'un contrat distinct. Dans ce dernier cas et en l'absence de choix de loi par les parties, il faudra se reporter en priorité à la Convention de Vienne sur la vente de marchandises. A défaut pour cette dernière de s'appliquer, c'est le droit de l'Etat où le vendeur est établi qui a vocation à gouverner le contrat. La solution est constante.

Enfin, la relation de franchisage conduira souvent à la conclusion par les parties d'un contrat de licence d'exploitation d'un logiciel informatique développé par le franchiseur. Il arrivera aussi que le contrat soit conclu entre le franchisé et une tierce personne, qui a développé le logiciel. A défaut pour les parties d'avoir expressément stipulé le droit applicable à un tel contrat, il faudra se reporter au droit de la partie qui accorde la licence.

\* \* \*