

JOURNAL OF INTERNATIONAL DISTRIBUTION LAW
 JOURNAL DU DROIT DE LA DISTRIBUTION INTERNATIONALE

Volume 9 – N° 1 – 2009

Contributors | Rédaction

E. Lippovitz, ed.

dr. J. Mandl, Esq.
 dr. M. Halmai
 dr. R. Takacs
 C. Blei, Esq.
 J.-M. Bournoville
 Z. Cohen, Esq.
 E. Klaiman, Esq.
 E. Sternberg, Esq.

Contents

- Private international law aspects of international franchising
- Regulation n° 864/2007
- Galerie Kléber v. Max Mara, Manifatture del Nord SPA
- Master franchise
- Bibliography

Contenu

- Le Droit international privé et le franchisage international
- Règlement n° 864/2007
- Galerie Kléber c. Max Mara, Manifatture del Nord SPA
- Franchise principale
- Bibliographie

Practice

“If the franchisor is located in country A and the franchisee in country B, what is the applicable law? Which country's courts have jurisdiction?”

• **Applicable law.** Before answering, one must first ask: “applicable to what?” A different legal system might apply to substantive contractual matters than the one regulating procedure or tort. This list is not exhaustive, but it should demonstrate that the answer depends on the specific issue at hand.

Let's suppose that one is trying to determine the law applicable to the franchise contract itself. The first place to look for the answer to this question is the text of the contract, which should contain an *electio juris* clause. If this is valid (according to the law applicable to its validity) and if it applies to the specific aspect in question (which is not always the case), then it determines the applicable law.

Even if there is a valid clause, some aspects relating to the contractual relationship will be governed by *lois de police* (mandatory rules) or rules of *ordre public* (public policy). These are laws or principles that, in the estimation of the courts, override conflict of laws rules or the law that such rules designate as applicable (cf. Paris Court of Appeals, Nov. 30 2001, *Cohen et al. v. Punto - Mango France*, RG n° 1999/21972, referenced on our website). A franchise relationship could also raise issues relating to criminal law, competition law, consumer law, administrative rules, *etc.* that will apply irrespective of the law chosen in the contract.

If the contract does not contain such a clause, an international instrument (treaty, convention, regulation) might designate the applicable law. For example, EU Regulation n° 864/2007 (cf. *infra*) might define the law applicable to acts of unfair competition perpetrated by the franchisor, or to the franchisee's infringement of the franchisor's intellectual property rights.

If no such instrument exists, or if the question at hand does not enter into its scope, the court hearing the case will apply its own conflict of laws rules. These vary from country to country, but generally lead to the laws of the country having the closest links to the contract.

The application of any conflict of laws rule, whatever the source, supposes that the court has defined the type of contract being examined. This step is often difficult in the field of international franchising, because the parties can develop the franchise concept internationally through a variety of master franchise types (cf. *infra*). The question we were asked seems to relate to a “simple” franchise, but even this contract is not well defined in many jurisdictions...

Pratique

“Si le franchiseur se trouve au pays A et le franchisee au pays B, quelle est la loi applicable? Les juridictions de quel pays sont-elles compétentes?”

• **Loi applicable.** Avant de répondre, l'on doit au préalable demander: “applicable à quoi?” Un système juridique différent pourrait s'appliquer au fond du contrat que celui régissant la procédure ou les aspects délictuels. Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle devrait démontrer que la réponse dépendra de la matière litigieuse.

Supposons que l'on essaie de déterminer la loi applicable au contrat de franchise lui-même. Le premier endroit où il faudrait chercher la réponse à cette question est le texte du contrat, qui devrait contenir une clause d'*electio juris*. Si elle est valide (selon la loi applicable à sa validité) et si elle s'applique à l'aspect précis en cause (ce qui n'est pas toujours le cas), alors elle détermine la loi applicable.

Même s'il y a une clause valide, certains aspects relatifs à la relation contractuelle seront régis par des lois de police ou par des règles d'ordre public. Ce sont des lois ou principes qui, dans l'estimation des tribunaux, priment les règles de conflit de lois ou la loi que ces règles désignent comme étant applicable (v. CA Paris, 30 nov. 2001, *Cohen et al. c. Punto - Mango France*, RG n° 1999/21972, référencé sur notre site Web). Une relation de franchise pourrait également soulever des questions liées à la loi pénale, aux règles de concurrence, au droit de la consommation, aux règles administratives, *etc.* qui s'appliqueront en dépit de la loi choisie dans le contrat.

Si le contrat ne comporte pas une telle clause, un instrument international (traité, convention, règlement) pourrait désigner la loi applicable. Par exemple, le Règlement n° 864/2007 (v. *infra*) pourrait définir la loi applicable aux actes de concurrence déloyale commis par le franchiseur, ou à la contrefaçon commise par le franchisee.

Si un tel instrument n'existe pas, ou si la question de l'espèce n'entre pas dans son champ d'application, la cour saisie de l'affaire appliquera ses propres règles de conflit de lois. Celles-ci varient de pays en pays, mais aboutissent généralement sur les lois du pays ayant les liens les plus étroits avec le contrat.

L'application de toute règle de conflit de lois, peu importe la source, suppose que la cour ait qualifié le contrat en cause. Cette étape est souvent difficile en matière de franchise internationale, car les parties peuvent développer le concept franchise à l'étranger à travers plusieurs types de franchise principale (v. *infra*). La question qui nous a été posée semble se rapporter à une franchise “simple”, mais même ce contrat n'est pas bien défini dans beaucoup de pays...

• **Jurisdiction.** It appears that the question concerns the jurisdiction of judiciary courts, and not that of administrative or arbitral tribunals. As with the applicable law, we must first ask: "jurisdiction on what aspect?" The question of jurisdiction may be approached differently depending on whether it pertains to the application of a foreign court's ruling, to interlocutory measures, to a judgment on the merits, *etc.*

Assuming that there is no valid forum selection clause in the contract, one must turn to the relevant private international law rules of the *for*. The definition of the matter at hand will determine which of these rules applies, for example, one of the numerous international conventions on jurisdiction or rather the rules created by local caselaw. Insofar as international franchises are concerned, one might mention, amongst others, EU Regulation n° 44/2001.

Even if such an international instrument is applicable, it will probably not mention franchise contracts by name (though see the commentary on EU Regulation n° 593/2008 on our website). The court seized of the case will thus have to interpret both the contract and the relevant convention to rule on jurisdiction. It is thus impossible to provide a simple answer to the question we were asked, and to precisely predict which courts will be granted jurisdiction. In the interest of foreseeability, we suggest including a forum selection clause in international franchise contracts, and avoiding oral agreements whenever possible...

• **Compétence.** Il paraît que la question concerne la compétence des juridictions judiciaires, et non celle des tribunaux administratifs ou arbitraux. Comme en matière de loi applicable, l'on doit d'abord demander : "la compétence à connaître de quel aspect?" La question de compétence pourrait être abordée différemment selon si elle est liée à l'application d'une décision étrangère, aux mesures provisoires, à un jugement au fond, *etc.*

Si l'on assume qu'il n'y ait pas de clause attributive de juridiction valide dans le contrat, l'on doit se tourner vers les règles pertinentes du droit international privé du *for*. La qualification de l'espèce déterminera quelle règle s'applique, par exemple, l'une des nombreuses conventions internationales sur la compétence ou plutôt les règles jurisprudentielles nationales. En ce qui concerne les franchises internationales, l'on pourrait mentionner, entre autres, le Règlement n° 44/2001.

Même si un tel instrument international est applicable, il ne mentionnera probablement pas la franchise nommément (v. cependant le commentaire du Règlement n° 593/2008 sur notre site Web). La cour saisie devra donc interpréter aussi bien le contrat que la convention pertinente pour régler la question de compétence. Il est donc impossible de répondre simplement à la question posée, et prédire précisément quels tribunaux seront compétents. Dans un souci de prévisibilité, nous conseillons l'insertion d'une clause attributive de compétence dans les contrats internationaux de franchise, et d'éviter les accords verbaux dans la mesure du possible...

Regulations, etc.	Lois, etc.
--------------------------	-------------------

EU *Regulation n° 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations ("Rome II")*

Article 6 : Unfair competition and acts restricting free competition

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of an act of unfair competition shall be the law of the country where competitive relations or the collective interests of consumers are, or are likely to be, affected.

2. Where an act of unfair competition affects exclusively the interests of a specific competitor, Article 4 shall apply.

3. (a) The law applicable to a non-contractual obligation arising out of a restriction of competition shall be the law of the country where the market is, or is likely to be, affected...

Article 8 : Infringement of intellectual property rights

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising from an infringement of an intellectual property right shall be the law of the country for which protection is claimed...

Article 12 : Culpa in contrahendo

1. The law applicable to a non-contractual obligation arising out of dealings prior to the conclusion of a contract, regardless of whether the contract was actually concluded or not, shall be the law that applies to the contract or that would have been applicable to it had it been entered into...

UE *Règlement n° 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")*

Article 6 : Concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale est celle du pays sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être.

2. Lorsqu'un acte de concurrence déloyale affecte exclusivement les intérêts d'un concurrent déterminé, l'article 4 est applicable.

3. a) La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un acte restreignant la concurrence est celle du pays dans lequel le marché est affecté ou susceptible de l'être...

Article 8 : Atteinte aux droits de propriété intellectuelle

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'une atteinte à un droit de propriété intellectuelle est celle du pays pour lequel la protection est revendiquée...

Article 12 : "Culpa in contrahendo"

1. La loi applicable à une obligation non contractuelle découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat est, que le contrat soit effectivement conclu ou non, la loi qui s'applique au contrat ou qui aurait été applicable si le contrat avait été conclu...

Caselaw

Jurisprudence

Court of Cassation (French), Commercial Chamber, April 9th, 1996, np° 94-14649.

Cour de cassation (française), ch. commerciale, 9 avr. 1996, np° 94-14649.

Galerie Kléber v. Max Mara, Manifatture del Nord SPA

"But whereas, in accordance with the interpretation given by the Court of Justice of the European Communities by its November 30 1976 ruling, ("*Mines de potasse d'Alsace*"), the judgment [of the appeals court] states that the expression "place where the harmful event occurred" in article 5-3° of the Brussels Convention of September 27 must be understood as being intended to cover both the place where the damage occurred and the place of the event giving rise to it; that, where these places are not identical, the defendant may be sued, at the option of the plaintiff and without other consideration, in the courts of one of these places; that, having ruled that the Galerie Kléber corporation complained of damage occurring in Strasbourg and in Mulhouse to the extent that the litigious models were intended for resale in its two businesses, the court of appeals legally justified its decision ; that the argument is unfounded." [our translation]

jurisdiction • Brussels Convention of 1968 • article 5-3 • "Mines de potasse d'Alsace" ruling • refusal to deal • place of potential damage (acceptance)

NOTE: (Facts and procedure) An Italian manufacturer refused to sell its new line of clothes to a French distributor because this manufacturer had granted a franchise to another distributor for the same territory. The original distributor sued its supplier in the French courts, who accepted jurisdiction. The Italian supplier moved to dismiss for lack of subject-matter jurisdiction "invoking the existence of a forum selection clause in the contracts habitually concluded with the Galerie Kléber corporation". The appellate court rejected the motion, and the Italian company appealed for cassation.

(*First ground of appeal*) The supplier criticizes the appellate ruling for having defined the litigious question as pertaining to matters of tort (which lead to the contested jurisdiction). According to its argument, refusal to deal "constituted one element out of the whole contractual relationship... existing between the parties". According to the appellant, as a matter relating to a contract, the refusal to deal should fall within the scope of article 5-1 of the Brussels Convention of 1968. The Court of Cassation rejects this argument because the "refusal to deal with the Galerie Kléber corporation for the sale of certain articles constitutes an event giving rise to tortious responsibility".

Since, per definition, the contractual relationship in dispute did not exist – even in theory – at the formation of the lawsuit (because the orders were refused), it cannot logically pertain to "matters relating to a contract". Indeed, it doesn't matter whether or not other contracts were concluded or will continue to be concluded, because article 5-1 applies to the "obligation in question" (*i.e.*, the contract in dispute).

(*Second ground of appeal*) The Italian supplier continues to criticize the ruling for the way in which article 5-3 of the Convention was applied. The appellant attempts an unusual argument: "in the matter of refusal to deal, the place where the reported harm occurred is, since the damage suffered is simply alleged, the place where the supposed decision to refuse to deal was made". In other words, since the refusal to deal did not cause any "real" damage (*e.g.*, actual financial loss), one can only refer to the place of the event giving rise to the harm. As the decision to refuse to deal

Galerie Kléber c. Max Mara, Manifatture del Nord SPA

"Mais attendu que, conformément à l'interprétation donnée par la Cour de justice des Communautés européennes par arrêt du 30 novembre 1976 ("*Mines de potasse d'Alsace*"), l'arrêt énonce que l'expression "lieu où le fait dommageable s'est produit" à l'article 5-3° de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 s'entend à la fois du lieu où le dommage est survenu et du lieu de l'événement causal ; que, lorsque ces lieux ne sont pas identiques, le défendeur peut être attrait, au choix du demandeur et sans autre considération devant le tribunal de l'un de ces lieux ; qu'ayant retenu que la société Galerie Kléber se plaint d'un dommage survenu à Strasbourg et à Mulhouse dans la mesure où les modèles litigieux étaient destinés à la revente dans ses deux fonds de commerce, la cour d'appel a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ;"

compétence judiciaire • Convention de Bruxelles de 1968 • article 5-3 • jurisprudence "Mines de potasse d'Alsace" • refus de contracter • lieu du préjudice potentiel (admission)

NOTE: (Facts et procédure) Un fabricant italien a refusé de vendre sa nouvelle gamme de vêtements à un distributeur français parce que ce fabricant avait accordé une franchise à un autre pour le même territoire. Le premier distributeur a assigné le fournisseur devant les tribunaux français, qui se sont reconnus compétents. Le fournisseur italien a soulevé une exception d'incompétence "en invoquant l'existence d'une clause attributive de juridiction dans les contrats passés habituellement avec la société Galerie Kléber". La cour d'appel a rejeté cette exception, et la société italienne a formé un pourvoi en cassation.

(*Premier moyen*) Le fournisseur fait grief à l'arrêt d'appel pour avoir qualifié la question litigieuse comme relevant de la matière délictuelle (ce qui a conduit à la compétence contestée). Selon lui, le refus de vente "constituait un élément de l'ensemble des relations contractuelles... existant entre les parties". Selon l'appellant, en tant que matière contractuelle, le refus de vente devrait tomber sous l'article 5-1 de la Convention de Bruxelles de 1968. La Cour de cassation rejette cet argument, car, le "refus de contracter avec la société Galerie Kléber pour la vente de certains articles constitue un fait de nature à engager la responsabilité délictuelle".

Puisque, par définition, la relation contractuelle en cause n'existait pas – même en théorie – au moment de la formation de l'instance (car les commandes ont été refusées), elle ne peut logiquement pas relever de la matière contractuelle. En effet, peu importe que d'autres contrats ont été conclus et continueront de l'être, puisque l'article 5-1 s'applique à l'"obligation qui sert de base à la demande" (*i.e.*, le contrat litigieux).

(*Second moyen*) Le fournisseur italien fait encore grief à l'arrêt pour la manière dont l'article 5-3 de la Convention a été appliqué. L'appellant tente un argument inhabituel: "en matière de refus de vente, le lieu où le dommage invoqué se produit est, dans la mesure où le préjudice subi est purement allégué, le lieu où la prétendue décision de refus de vente a été prise". Autrement dit, puisque le refus de vente n'a pas causé de préjudice "réel" (*e.g.*, une perte financière actuelle), l'on ne peut que référer au lieu du fait générateur. La décision de refus ayant été prise en Italie, les tribunaux de ce pays devraient être

was made in Italy, it would follow that the courts of this country should have jurisdiction.

After a reminder of the EU caselaw on this point, the Commercial Chamber rejects this ground of appeal because, according to the Court, the harm mentioned in article 5-3 of the Brussels Convention could include even potential damage. In the present case, the sale of other product lines in the past would seem to indicate that the new range would have the same success. The refusal to deal would thus result in the loss of a serious chance to resell the products.

Besides, this ground of appeal has another drawback: it would imply a requirement to examine the validity of the damage (whether or not it is real or simply "alleged") before ruling on jurisdiction. The Court of Cassation reminds us that the claimant's option can be exercised whenever the place the harm occurred and the place of the event generating this harm are not identical, "without other consideration", *i.e.*, without an in-depth examination of these elements.

compétents.

Après avoir rappelé la jurisprudence communautaire en la matière, la chambre commerciale rejette l'argument du pourvoi parce que, selon elle, le dommage visé par l'article 5-3 de la Convention de Bruxelles pouvait inclure un préjudice seulement potentiel. En l'occurrence, la commercialisation d'autres gammes par le passé porte à croire que la nouvelle gamme aurait le même succès. Le refus de vente résulterait donc en la perte d'une chance sérieuse de revendre les produits.

Par ailleurs, l'argument du pourvoi présente un autre inconvénient: il impliquerait un examen du bien-fondé du préjudice (pour savoir s'il est réel ou seulement "allégué") avant la décision sur la compétence judiciaire. La Cour de cassation rappelle que l'option du demandeur peut s'exercer à chaque fois que les lieux du dommage et du fait générateur ne sont pas identiques, "sans autre considération", *i.e.*, sans examen plus approfondi de ces éléments.

-EL

-EL

Glossary

Lexique

master franchise: "an agreement whereby one undertaking, the franchisor, grants the other, the master franchisee, in exchange of direct or indirect financial consideration, the right to exploit a franchise for the purposes of concluding franchise agreements with third parties, the franchisees;" (Regulation n° 4087/88 of 30 November 1988 "on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of franchise agreements", art. 1-3(c); N.B.: expired)

Whereas a standard franchise corresponds to the licensing of a very particular type of intellectual property (cf. the definition on our website), a "master franchise" obligates a party to "get the IP licensed" by foreign franchisees. The franchisor, who created and tested the franchised concept, might not be familiar enough with the business or legal environment in another country to know the best way to develop that concept in the new territory. The franchisor would thus try to find a local "expert" that would be able to make the necessary adaptations so that the concept can be successfully franchised in the target territory.

This relationship between the franchisor and the master franchisee can correspond, for example, to an agency, brokerage, or service contract, depending on how the master franchisee is supposed to develop the network and on the type of contracts that the master franchisee will propose to the local franchisees.

Nothing prevents a franchisor from developing their concept internationally by themselves and entering into international franchise contracts directly with foreign franchisees. This can also happen through the brokerage of a master franchisee who connects the franchisor to local franchisees. Note that there are important differences between a "master franchise" relationship and a (direct) international franchise contract, for example, from the point of view of private international law, competition law, consumer law, taxation, tortious or contractual responsibility, *etc.*

franchise principale : "un accord par lequel une entreprise, le franchiseur, accorde à une autre, le franchisé principal, en échange d'une compensation financière directe ou indirecte, le droit d'exploiter une franchise en vue de conclure des accords de franchise avec des tiers, les franchisés;" (Règlement n°4087/88 du 30 novembre 1988 "concernant l'application de l'article 85 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords de franchise", art. 1-3(c) ; N.B.: expiré)

Alors qu'une franchise "classique" correspond à une licence d'un type de propriété intellectuelle très particulière (v. la définition sur notre site Web), une "franchise principale" oblige une partie à "faire louer la PI" à des franchisés étrangers. Le franchiseur, créateur et testeur du concept franchisé, pourrait ne pas être assez familier avec l'environnement juridique ou entrepreneurial d'un autre pays pour connaître le meilleur moyen de développer ce concept dans le nouveau territoire. Le franchiseur tentera donc de trouver un "expert" local qui pourrait faire les adaptations nécessaires pour que le concept soit franchisé avec succès dans le territoire cible.

Cette relation entre le franchiseur et le franchisé principal peut correspondre, par exemple, à une agence, un courtage, ou un contrat de prestation de services, selon la façon dont le franchisé principal doit développer le réseau, et selon le type de contrat que le franchisé principal proposera aux franchisés locaux.

Rien n'empêche le franchiseur de développer le concept à l'international tout seul et de conclure les contrats internationaux de franchise directement avec les franchisés étrangers. Cela peut également se réaliser par le courtage d'un franchisé principal qui met le franchiseur en rapport avec les franchisés locaux. Notons que d'importantes différences existent entre une relation de "franchise principale" et un contrat de franchise internationale (directe), par exemple, du point de vue du droit international privé, du droit de la concurrence, du droit de la consommation, de l'imposition, de la responsabilité délictuelle ou contractuelle, *etc.*

Bibliography

Bibliographie

International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), "UNIDROIT Guide to International Master Franchise Arrangements, The". Rome (2007), ISBN 88-86449-16-X.